

# SESIÓN III

## PONENCIAS

### **El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones**

*José Luis Moreu*

PAG. 149

### **Intangibilidad cualitativa de la legítima**

*Juan José Brun*

PAG. 411

### **El derecho de alimentos**

*Isabel Rufas*

PAG. 419

### **Coloquio (III Sesión)**

PAG. 427



## EL SISTEMA LEGITIMARIO EN LA LEY ARAGONESA DE SUCESIONES.\*

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Catedrático de Derecho civil en Zaragoza.

**SUMARIO:** 1º) Breves indicaciones históricas. A) *Derecho histórico aragonés del Antiguo Régimen*. B) *Derecho codificado aragonés del Apéndice de 1925 y de la Compilación de 1967-1985*. 2º) Exclusión legal de los ascendientes y del cónyuge viudo. 3º) Fundamento de la institución y cuantía de la legítima. 4º) Ámbito de la legítima y regulación del caudal computable. A) *Generalidades y modo de determinación del valor de los derechos computables*. B) *Momento determinativo del valor de los bienes computables*. C) *Caudal computable en los pactos sucesorios*. D) *Caudal computable y fiducia*. E) *Caudal computable de la legítima y sucesión legal*. 5º) Legitimarios de grado preferente y de grado no preferente. A)

---

\* El trabajo que el lector tiene delante excede con mucho de lo que suele ser el texto escrito de una conferencia jurídica aunque no alcanza a ser una monografía jurídica, al menos tal y como su autor concibe que se debe hacer una monografía de esta clase. Por ello, el trabajo pienso que requiere una cierta presentación y explicación previa. Creo que fue hacia finales de 1988 o principios de 1989 cuando mi maestro, el profesor LACRUZ, me encomendó que estudiara la legítima aragonesa para contribuir con ese estudio al tomo correspondiente de los Comentarios a la Compilación aragonesa que por entonces se estaban elaborando y que él mismo dirigía. Acepté el comprometido encargo. Sin embargo, por diversas circunstancias, no empecé a trabajar sobre ese tema de forma sistemática hasta el año 1996. Durante bastantes meses de ese año y del siguiente recopilé información y empezaba a esbozar lo que tenía la ilusión de que fuera una monografía sobre la legítima aragonesa. Sin embargo, estando dedicado a esa tarea, se supo por esas fechas que se iba a elaborar una nueva Ley de Sucesiones aragonesa que, al menos de modo inmediato, dejaba un tanto inservibles o desfasados los materiales que había estado preparando. Por esa razón, abandoné la idea de elaborar un estudio extenso y completo y escribí un breve escrito de síntesis con las conclusiones a las que me habían conducido, respecto de la regulación de la legítima en la Compilación, meses de estudio y reflexión. Este trabajo se tituló *Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal*. Está publicado en la Revista de Derecho Civil Aragonés de 1997, Tomo III, pp. 9 a 64; y en el Anuario de Derecho Civil de enero-marzo de 1997, pp. 97 a 154. Citaré en este trabajo el que acabo de mencionar, por abreviar, como "mi trabajo de 1997" y por su paginación de la Revista de Derecho Civil Aragonés. A finales de la primavera de 2005 recibí de los organizadores del Foro de Derecho Aragonés el encargo de dar la conferencia sobre la legítima aragonesa para noviembre de 2005, acepté el encargo, y volví a trabajar sobre el tema, ahora respecto de la nueva Ley de 1999. Deseo hacer alguna advertencia más. Cuando cito al profesor LACRUZ me refiero a mi maestro, el profesor José Luis LACRUZ BERDEJO (q.e.p.d.) y no a su hijo, el también profesor Miguel Luis LACRUZ MANTECÓN. Cito el libro de mi maestro titulado *Derecho de sucesiones*, con dos volúmenes de 1971 y 1973, atribuyéndoselo a él, aunque el conjunto de la obra, que tiene varias ediciones posteriores puestas al día las últimas por el profesor RAMS ALBESA, Joaquín, la publicó inicialmente con el profesor SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Atribuyo el libro sólo al maestro LACRUZ por abreviar y porque de la parte de legítima, que es la que manejo en este trabajo, fue él en efecto el autor exclusivo. He manejado la edición inicial de la obra porque es la más extensa y porque la puesta al día respecto del Código civil y su jurisprudencia correspondiente me ha parecido que tenía menos interés

*Generalidades. Regulación de la renuncia a la legítima y de la exclusión absoluta. B) Significado de la distinción: legítima, apertura de la sucesión y delación. C) Titulares de expectativas legitimarias, legitimarios de grado preferente y legitimarios de grado no preferente. D) Límite temporal inicial del concepto de legitimario: los artículos 175-1º y 86-1º de la LS. E) Límite temporal final del concepto de legitimario: legitimarios concebidos tras la apertura de la sucesión y descendientes ulteriores. F) Otras cuestiones y conclusión sobre la nueva regulación legal. 6º) Imputación de liberalidades en la legítima y colación. 7º) Libertad de distribución de la legítima. A) Distribución de la legítima entre legitimarios de grado preferente. B) La amplia casuística de distribución de la legítima. 8º) La “carta” en la que se distribuye la legítima. 9º) Renuncia a la legítima e imperatividad de sus normas reguladoras. A) Antecedentes históricos. B) Clases de renuncia y capacidad y forma para la misma. C) Renuncia a la legítima, sustitución legal y casuística. 10º) Naturaleza del derecho del legitimario y facultades de defensa de su derecho. A) Observaciones sobre la legítima y sobre la preterición en el Derecho general español. a) Visión panorámica sobre la legítima y la preterición en el Código civil. b) Facultades de defensa de su derecho por el legitimario. B) El derecho del legitimario y sus facultades de defensa en el Derecho aragonés. a) Antecedentes doctrinales y naturaleza de la legítima aragonesa. b) Las facultades de defensa del derecho del legitimario preferente. c) La protección por la Ley Hipotecaria al legitimario preferente. 11º) Las acciones básicas de protección de la legítima y su plazo. A) Las acciones básicas o típicas de protección de la legítima y otras acciones. B) Carácter rescisorio de las acciones del artículo 123 de la Compilación. C) El artículo 178-1º, apertura de la sucesión y delación. D) Reclamación de la legítima de causante ya fallecido al determinarse la filiación del legitimario. E) Naturaleza del plazo del artículo 178-1º y otras cuestiones. F) El artículo 178-2º de la LS. G) Plazo de las acciones de cumplimiento de la legítima atribuida en título sucesorio voluntario o legal. 12º) Intangibilidad cuantitativa o acción de lesión de la legítima. 13º) Intangibilidad cualitativa de la legítima. 14º) Cuota legal en caso de preterición y en otros casos asimilados. A) La polémica doctrinal sobre la Sentencia del TSJA de 30 de septiembre de 1993. B) Régimen jurídico de la preterición en la Ley de 1999. a) El problemático intento de supresión de la preterición intencional. I) El art. 192, sus efectos, y sus relaciones con el art. 199. II) El papel de las nuevas “menciones” y las difíciles soluciones interpretativas. b) La restrictiva y problemática regulación de la preterición no intencional. I) Presunción de intencionalidad y otras cuestiones. II) Preterición no intencional y fórmulas de exclusión colectiva de legitimarios futuros. III) Limitación al “caudal relicto” de la acción del artículo 193-1º. IV) La preterición no intencional total y la dualidad de acciones. V) El artículo 188-2º de la LS. 15º) Desheredación con y sin causa legal. 16º) Exclusión simple y exclusión absoluta. 17º) Derecho subsidiario de alimentos del legitimario preferente. 18º) Breve reflexión sobre Derecho intertemporal en la regulación de la legítima aragonesa. A) Sustancial irretroactividad de la regulación de la preterición. B) Retroactividad e irretroactividad de la restante regulación de la legítima. 19º) Valoración de la regulación legal vigente de la legítima aragonesa.*

para un estudio del Derecho aragonés como el que estaba en condiciones de hacer en un plazo algo breve. Finalmente, comprobará el lector que recurro en el texto, y sin bajarlos siempre a las notas, con frecuencia, a ejemplos explicativos más o menos sencillos. Lo he hecho porque en un ámbito como el Foro de Derecho Aragonés esa licencia me ha parecido admisible o más apropiada que en otros trabajos de índole acaso más rigurosamente académica. Además, compruebo que casi todos los que escriben sobre la legítima, con el propio profesor LACRUZ a la cabeza, suelen recurrir bastante a ejemplos explicativos. Deseo también manifestar que me ha resultado muy grato colaborar en la preparación de la conferencia del 22 de noviembre de 2005 con Isabel RUFAS de BENITO, notaria, y con Juan José BRUN ARAGÜÉS, abogado. Agradezco también a los organizadores del Foro de Derecho Aragonés y al Justicia de Aragón que me invitaran a impartir la conferencia y que hayan aceptado publicar este texto, mucho más extenso de lo habitual. Al profesor LACRUZ le escuché decir en alguna ocasión, en relación a los trabajos de investigación jurídica, que el tiempo se venga de lo que se hace sin su colaboración. Yo hubiera deseado tener más tiempo y espero, por eso, algo de esa venganza del tiempo sobre el trabajo que ahora presento. En todo caso, someto mis opiniones a cualesquiera otras mejor fundadas en Derecho.

## 1º) BREVES INDICACIONES HISTÓRICAS.

### A) Derecho histórico aragonés del Antiguo Régimen.

No contamos con una rigurosa historia de la dogmática sobre la legítima aragonesa. Está por hacer. Y hasta aparece dudoso que se pueda reconstruir de forma completa y rigurosa esa historia de la legítima aragonesa sin reconstruir a la vez, sustancialmente, el conjunto del sistema legal sucesorio histórico aragonés, reconstrucción histórico dogmática que también está, sustancialmente, por hacer. Hay un trabajo de alguna utilidad de Ibarra Franco en ADA de 1959-1960<sup>1</sup>, varios trabajos de Arvizu de los que el que más directamente contempla nuestro asunto es uno en AHDE de 1987<sup>2</sup>; trabajos de Lalinde sobre el heredamiento (AHDE de 1961) y sobre la legítima aragonesa (AHDE de 1985)<sup>3</sup>, y un trabajo de Bellod Fernández de Palencia en RDCA de 1997, y cuyas conclusiones volvió a repetir la autora en la sesión del Foro Aragonés del año 2000<sup>4</sup>. Un par de libros de Gómez de Valenzuela de 2002 y 2003<sup>5</sup> nos enseñan muchísimo sobre el Derecho consuetudinario altoaragonés del Antiguo Régimen, que Lalinde había marginado bastante en sus investigaciones, más centradas en las fuentes normativas históricas. Noticias sobre la elaboración de la LS de 1999 en lo relativo a la legítima se pueden encontrar en un trabajo de José Antonio Serrano en el Libro Homenaje al profesor Díez Picazo del año 2003<sup>6</sup>.

En conclusión, y en cuanto pueda interesar a lo esencial de la historia de la legítima y a la aclaración del Derecho aragonés vigente, cabe sostener, con Lalinde y Bellod

1 Cfr. IBARRA FRANCO, Martín, *La legítima en Aragón*, Anuario de Derecho Aragonés, 1959-1960, Tomo 10, pp. 429 a 450.

2 Cfr. DE ARVIZU y GALARRAGA, Fernando, *En torno a un artículo del profesor Lalinde sobre la legítima aragonesa*, Anuario de Historia del Derecho Español, 1987, pp. 665 a 686. Puede consultarse también del autor su libro *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Ediciones de la Universidad de Navarra .S.A., Pamplona, 1977, 399 pp.

3 Cfr. del profesor LALINDE ABADÍA, Jesús, *La problemática histórica del heredamiento*, y *Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*, en, respectivamente, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo 31, 1961, pp. 195 a 233; y 1985, n.º 55, pp. 333 a 387.

4 Cfr. de la profesora BELLOD su trabajo *La tradicional libertad de testar en Aragón desde el siglo XVI hasta el Apéndice de 1926, en base al estudio de los protocolos notariales.*, en la *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n.º 3º, 1997, pp.31 a 49; y su trabajo *Significado jurídico de la preterición desde la perspectiva del Derecho tradicional histórico y contemporáneo aragonés. La preterición y la institución recíproca de herederos.*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000*, 2001, pp. 46 a 51. En el primero de estos trabajos la autora ha aportado información histórica importantísima, que conoce por la investigación que realizó durante su tesis doctoral, como la que explica, entre otros datos doctrinales e históricos de gran interés, que las cláusulas de legítima simbólica se usaron a partir del siglo XVI en "el 100 por 100" de los más de ochocientos testamentos mancomunados que estudió. Sin embargo, como explico en el texto a continuación, yerra su diagnóstico sobre la gestación de la legítima aragonesa en el Derecho aragonés codificado, porque en su trabajo no había estudiado propiamente este tema, sobre el que termina opinando en el otro trabajo de 2000, ni había estudiado las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881, ni había planteado en toda su complejidad todas las graves dudas históricas que plantea la gestación histórica de la legítima aragonesa, lo que sólo ha hecho por ahora el profesor LALINDE en su trabajo también citado de 1985.

5 Cfr. GÓMEZ de VALENZUELA, Manuel, *Testamentos del valle de Tena (1424-1730)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, 381 pp.; *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego (1428-1805)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, 387 pp.; y *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el valle de Tena (1426-1803)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, 390 pp. La autoría de este último libro está compartida con NAVARRO SOTO, Ana L., que realiza un muy interesante estudio histórico y sociológico sobre los documentos aportados luego por GÓMEZ de VALENZUELA.

6 Cfr. SERRANO GARCÍA, José Antonio, *La reforma de la legítima aragonesa*, en el Libro Homenaje al profesor DÍEZ PICAZO, Tomo 4º, 2003, pp. 5537-5556. Por cierto que en la página 5546, al dar noticia de unas sugerencias que trasladé por escrito sobre un borrador de la regulación de la legítima que estaba manejando la Comisión responsable de elaborar el anteproyecto, parece afirmar el autor de este trabajo, por inadvertencia, que yo formara parte de esa Comisión, lo que no era cierto y conviene desmentir, al ser el profesor SERRANO miembro de dicha Comisión y tener la máxima autoridad sobre el asunto que narra y explica en su trabajo.

Fernández de Palencia<sup>7</sup>, que lo que se derivaba de los Fueros y Observancias en cuanto al régimen de la legítima aragonesa aparece muy oscuro y que es casi imposible, al menos en el actual estado de nuestros conocimientos, reconducir a un sistema inteligible el conjunto incoherente de los diversos fragmentos normativos de las fuentes históricas. Sólo está del todo claro y ha trascendido hasta hoy que los conocidos fueros de 1307, en Alagón, y 1311, en Daroca, “*de testamentis nobilium*” y “*de testamentis civium*” habían permitido al padre disponente dejar la herencia a uno solo de sus varios hijos, pudiendo dejar a todos los demás lo que quisiera (*quantum placuerit*), primero como privilegio dicho sistema legal para los nobles y luego generalizándose la norma a todos los ciudadanos y villanos. Es también un dato esencial y digno de mención el que sea muy antigua y esté en los Fueros y Observancias, respetándose también históricamente siempre a rajatabla en el Derecho consuetudinario aragonés, la negación de la legítima a los hijos ilegítimos de toda especie, por influencia, evidentemente, del Cristianismo, con sus aspiraciones de protección a ultranza del matrimonio. Esto ha durado en el Derecho aragonés nada menos que hasta la Ley de 16 de mayo de 1985, que incorporaba ya los nuevos principios constitucionales en materia de filiación<sup>8</sup>.

El otro dato importante que conocemos, demostrado por Bellod Fernández de Palencia en su tesis doctoral, publicada en 1997<sup>9</sup>, es que durante siglos, desde el siglo XVI en adelante, y al menos en ciertas zonas de Aragón, estuvieron absolutamente generalizadas cláusulas en los testamentos mancomunados para excluir posibles reclamaciones hereditarias de hijos que se dejaban sin atribución o incluso posibles reclamaciones contra el testamento de otros parientes. Sin duda que la inseguridad jurídica que se derivaba de la oscuridad del Derecho aragonés normado en esta materia favoreció esta solución consuetudinaria de establecer en los testamentos legítimas simbólicas y su fuerte arraigo social, probablemente hasta considerar los testadores, instruidos sin duda por los notarios aragoneses y por el conocimiento de una tradición siempre respetada, el carácter obligatorio de las legítimas simbólicas (*opinio iuris* requerida para la existencia de una costumbre en tal sentido). Pero es en mi opinión erróneo afirmar, como la profesora Bellod (2000), que en esa etapa histórica la práctica de recurrir a atribuciones simbólicas en los testamentos y la preterición era una cuestión “ajena” a la legítima. También afirma la autora que en el Derecho aragonés vivido había sido siempre amplísima la libertad de testar y muy frecuente que los cónyuges se instituyeran recíprocamente herederos habiendo hijos. Y se ha citado en ocasiones una opinión de Molino, quien en el siglo XVI afirmó tener noticias de que en siglos anteriores al suyo había habido amplia libertad de testar<sup>10</sup>.

7 LALINDE ABADÍA, Jesús, parece aceptar que libertad de testar sí que se ha practicado bastante en Aragón desde el siglo XVI, aunque afirma que antes no se ha demostrado claramente eso, ni se ha demostrado que cuando se practicara la libertad de testar ello tuviera que ver con el *standum est chartae*, como tendieron a explicar los foralistas del siglo XIX. Cfr. *Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*, AHDE, 1985, pp. 358-359, y para sus conclusiones, llenas todavía de graves interrogantes que explicita el propio autor, quien considera el tema necesitado de un estudio histórico, pp. 384 a 387. De la profesora BELLOD FERNÁNDEZ de PALENCIA, Elena, véase su citado trabajo de las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp. 46 a 50.

8 ISÁBAL y BADA, Marceliano, citaba al respecto el Fuero único y observancias 1ª y 2ª *De natis ex damnato coitu* y observancia nº 25 *De generalibus privilegiis*. Cfr. *Voz Legítima (Aragón)*, en la *Enciclopedia Jurídica Española SEIX*, Volumen 21, Barcelona, s.f., pg.257.

9 Se trata del libro “*El testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*”, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, 664 pp.

10 Cfr. por ejemplo esa cita de Miguel de MOLINO en ISÁBAL y BADA, Marceliano, en la *Voz Legítima (Aragón)* de la *Enciclopedia Jurídica Española SEIX*, Volumen 21, s.f., pg. 252. Con todo, en 1968 el profesor LACRUZ afirmaba que lo que contaba MOLINO que había sucedido en siglos anteriores, de ser cierto, habría representado una corrección o rectificación de los Fueros de 1307 y 1311, y que la doctrina aragonesa del siglo XIX había reaccionado luego y reali-

Pero parece algo arriesgado afirmar la generalización en la práctica, y menos en todo Aragón, de la libertad de testar bajo el Antiguo Régimen y en todo el ciclo histórico que ocupó<sup>11</sup>. Es seguro que en los fueros de Daroca y de Teruel el criterio fue el de reparto igualitario de la herencia entre los hijos<sup>12</sup>. Sessé y Piñol dejó afirmado a principios del siglo XVII, siendo citadísimo desde entonces, que en el Reino de Aragón toda la herencia era legítima. Sabemos que en la doctrina aragonesa clásica hubo diversidad de opiniones y según Lacruz (1973)<sup>13</sup> nunca se alcanzó la unanimidad sobre si los padres podían excluir a sus hijos sin causa de su herencia. El ilustrado y jurista Ignacio de Asso, en su famosa *“Historia de la economía política de Aragón”*, afirmaba poco antes de que se iniciara la revolución liberal en España (1798) que en Aragón los padres jamás tuvieron la facultad de desheredar sin causa a sus hijos<sup>14</sup>. Veremos a continuación que también Joaquín Costa parece entender que el *statu quo* de la legítima en el Derecho aragonés histórico había sido el de que los bienes de los padres quedasen siempre para los hijos.

La vaguedad de la expresión del fuero de 1311 *“quantum placuerit”*, y la oscuridad de las fuentes históricas aragonesas, así como la presión en la época sobre un Derecho aragonés a la defensiva primero del Derecho castellano y las Partidas y luego, desde 1889, del Código Civil, hicieron que la jurisprudencia y muchos juristas aragoneses llegaran a defender la existencia de un *“suplemento de legítima”* para los preteridos o *“agraviados”* en el Derecho aragonés del siglo XIX.

Esta es la tesis que prevaleció en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881, en el que encontró amplio eco, pero insuficiente, la defensa que hizo Joaquín Costa de la libertad de testar, invocando el ejemplo anglosajón y de Navarra. La propuesta de imponer la libertad de testar perdió por una ajustada votación (22 votos contra 25) en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. Entre las conclusiones de este Congreso se aprobó, aunque acaso no definitivamente, proponer al Gobierno que los *“agraviados”* o preteridos pudieran solicitar al Consejo de Familia, en la forma que determinase una futura ley, un *“suplemento de legítima”* cuando se les dejase por el padre menos de la quinta parte de lo dejado al hijo más favorecido y no pudiendo superar el suplemento de legítima que se le reconociese al reclamante la cantidad recibida del padre por el *“hijo menos favorecido no querellado”*. Se proponía que el Consejo de Familia había de resolver los agravios *“sin estrépito ni figura de juicio, según su saber y entender y sin ulterior recurso”*.

Se aprobaron también en el Congreso las propuestas de que el padre disponente tuviera que nombrar herederos a todos los hijos y no sólo a uno de ellos; que el dispo-

zado una *“correcta interpretación”* de dichos fueros (o sea, limitando la libertad de disponer a libertad de desigualar a los hijos, que había que considerar destinatarios de toda o casi toda la herencia). Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pp. 506 a 509.

11 Lo que el profesor LACRUZ había explicado era que antes de la Compilación de Huesca de 1247 había existido una fuerte expectativa hereditaria de los hijos y que con posterioridad a dicho cuerpo legal se amplió algo la libertad de disponer. Creía que en el siglo XII debió ampliarse la posibilidad de disponer a favor de extraños y de desigualar a los hijos. Recordaba que el rey Alfonso II confirmó en 1187, en esa línea, la libertad de disponer, con o sin hijos, reconocida en el Fuero de Jaca. Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pp. 506 a 509. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, ha afirmado recientemente que durante sesenta años, de 1187 a 1247, el Fuero de Jaca permitía la plena libertad de testar a *“los hombres de Jaca”* con hijos. Cfr. la obra colectiva dirigida por él *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 45. En ese mismo libro, parece que siguiendo a la profesora BELLOD, arriesga SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, sin apoyo en autoridades ni acotaciones de tiempo ni de espacio, la afirmación de que en el Derecho aragonés habría habido libertad de testar desde el siglo XIV hasta el último cuarto del siglo XIX. Cfr. pg. 573.

12 Cfr. de nuevo DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, quien supone además muy verosíblemente que el Fuero de Teruel, iniciado en 1177, debió seguir dejando sentir su influencia social cuando perdió su vigencia formal en 1598. *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 44 a 47.

13 Cfr. del maestro LACRUZ su *Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1973, pg. 211.

14 Cfr. *Historia de la economía política de Aragón*, Guara Editorial, Zaragoza, 1983 (1798), pp.212-213.

nente pudiera dejar una pequeña parte de la herencia a extraños no descendientes con diversos topes máximos, siendo el mayor de estos topes máximos, para el caso de haber tres o más hijos, precisamente el equivalente a la porción del hijo menos favorecido en la herencia; y finalmente se aprobó también la propuesta de imponer una legítima de los ascendientes consistente en la mitad del usufructo de todos los bienes que el testador hubiera adquirido por título gratuito, y en la propiedad de los bienes que el testador hubiera recibido de los ascendientes por razón de dote o donaciones, y en un derecho subsidiario a los bienes suficientes para producir alimentos para esos ascendientes en el caso de que éstos fueran alimentistas del testador en el momento de fallecer éste. Se partía en principio de la libertad de distribución del disponente también en esta legítima para los ascendientes<sup>15</sup>.

En cuanto a la parte de la herencia posiblemente dejada a extraños, obsérvese la curiosa lógica de la propuesta del Congreso aragonés: el extraño que recibiera más no debía superar en su parte al hijo que recibiera menos. Costa resumía las conclusiones del Congreso de 1880-1881 afirmando que el mismo había mantenido el *statu quo* de la legítima foral que se venía respetando desde el siglo XIII, aunque “adicionado” con una pequeña libertad de disposición a favor de los extraños<sup>16</sup>. O sea, conectaba Costa con la afirmación de Sessé de que en Aragón toda la herencia era legítima, o que, parece, quedaba o debía quedar íntegra en propiedad para los hijos.

En las últimas décadas del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX hubo una gran inseguridad jurídica y una enorme litigiosidad en torno a estos problemáticos “suplementos” de legítima, habiendo estudiado esta jurisprudencia competentemente Biesa Hernández, María, en un trabajo publicado en la RDCA de 1996<sup>17</sup>. En 1926 ya también Marceliano Isabal<sup>18</sup>, que participó en los trabajos del Apéndice aragonés de 1925, había dejado un amplio y jugoso testimonio de esa gran conflictividad judicial sobre el “suplemento de legítima” del hijo aragonés preterido y de la resistencia del Tribunal Supremo a admitir el mencionado “suplemento de legítima”.

## **B) Derecho codificado aragonés del Apéndice de 1925 y de la Compilación de 1967-1985.**

Bellod Fernández de Palencia explica toda esta etapa, incluyendo el Apéndice de 1925 y la Compilación de 1967, hasta la actual Ley de Sucesiones de 1999, como caracterizada por un gran confusionismo y basada en el error conceptual de intentar armonizar dos sistemas legitimarios radicalmente diferentes<sup>19</sup>. No estoy de acuerdo con este juicio que considero ahistórico e inspirado en un cierto anacronismo histórico y en una insuficiente comprensión de la situación jurídica española en el siglo XIX y aun de los esquemas profundos de la actual Ley de 1999, que siguen siendo tributarios, por fortuna, aunque en medida menor de la deseable, de la regulación del instituto en 1925 y 1967.

15 Para todas estas conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881, y sobre algunos de los debates en torno a ellas, véase COSTA, Joaquín, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1883), pp. 104-105; 491-493; 383 a 390; y 495 a 524.

16 Cfr. COSTA, Joaquín, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, citado, pg. 498; y la misma idea del mantenimiento del *statu quo* también en la página 496.

17 Cfr. su trabajo *La legítima foral a través de la jurisprudencia*, en la Revista de Derecho Civil Aragonés, Tomo II, 1996, nº 2, pp. 61 a 96.

18 Cfr. de este autor *Exposición y comentario del Cuerpo Legal “Fueros y Observancias del Reino de Aragón”*, Zaragoza, 1926, pp.267 a 305, y para la referida jurisprudencia, sobre todo, pp. 285 a 305.

19 Cfr. su citado trabajo de las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp. 46 a 50.



En realidad, ya fijado el marco de conservación de los Derechos forales por el Código civil conforme a las ideas de Alonso Martínez, el legislador español de 1925 logró, evidentemente con las conclusiones del Congreso de Zaragoza de 1880 a la vista, una regulación legal muy equilibrada y sensata y redactada con una técnica jurídica razonablemente buena (arts. 30 a 33 del Apéndice). En términos históricos se llegó a una razonable solución de compromiso<sup>20</sup>. Recogió el legislador de 1925 del Congreso de Zaragoza de 1880 la idea de fijar la cuota del preterido singular en la cantidad de la herencia recibida por el legitimario menos favorecido por el testador, y la idea de fijar una amplia legítima material a favor de los legitimarios, haciéndola coincidir en su cuantía global, lógicamente, con la del Código civil, y prescindiendo con acierto de las fórmulas mucho más complejas que el Congreso aragonés de 1880-1881 le había sugerido para lograr en definitiva en el Apéndice un resultado básica o aproximadamente similar a lo que se había solicitado desde Aragón en el Congreso de 1880-1881. Las fórmulas legales del Apéndice fueron, además, más liberales y “aragonesas” que las propuestas del Congreso aragonés, puesto que el legislador estatal reconoció la tradicional libertad aragonesa del testador de distribuir su legítima con total libertad, sin atender las solicitudes del Congreso de que se limitase la misma con topes cuantitativos y de que se tuviese que nombrar herederos a todos los hijos, y sin atender la propuesta de imposición de una legítima de los ascendientes.

El legislador esbozó además con suficiente claridad, y mediante remisión a la representación en la sucesión intestada que incluso copió en forma excesivamente escueta del Código civil (art. 35 del Apéndice), la fundamental división entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos sobre la que todavía reposa hoy la regulación legal de la legítima aragonesa y concebía acertadamente de modo genérico los derechos legitimarios como verdaderos derechos subjetivos o “*derechos forzosos atribuidos por la ley*” (art. 29). No reguló el legislador la legítima simbólica característica del Derecho sucesorio aragonés, probablemente porque la consideró una costumbre que perfectamente podría perdurar en el nuevo marco legal que se fijaba. Reguló aquel legislador de 1925 muy acertadamente, en mi opinión, el derecho de alimentos de los legitimarios excluidos de la legítima como una obligación a cargo de la legítima, considerando paralelamente también al cónyuge viudo alimentante de los descendientes suyos y del cónyuge premuerto (art. 31-2º del Apéndice).

En fin, fue muy acertado recoger la idea de la cuota legal de legítima del preterido singular o del injustamente desheredado en la cuota del legitimario menos favorecido por el testador. Es una ingeniosa idea (aragonesa y procedente del Congreso de 1880-1881) que acertó a señalar una cuota legal de legítima digamos que intermedia entre el no tener ninguna cuota legal de legítima y el tener una cuota mínima de legítima material en todo caso (la legítima corta del Código civil), e idea sobre la que encontró basamento firme –no fácil de hallar, si se es capaz de pensar en retrospectiva con sentido histórico y objetividad- la noción de preterición singular y de desheredación injusta en una legítima colectiva y susceptible de distribución totalmente libre. Había que introducir en el grupo de legitimarios que participaban de la legítima global tanto al preterido como al injustamente desheredado y, desde esa premisa, el porcentaje de lo que se les reconociera fue muy acertado establecer que no pudiera ser superior a lo que hubiera recibido cualquier legitimario favorecido expresamente por el testador. En particular, el legislador de 1925 logró en este punto un admirable y original sincretismo entre las ideas más

<sup>20</sup> Así lo explica autorizada y sensatamente el profesor LALINDE en su citado trabajo *Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*, en AHDE, 1985, pg. 387.

toscas que venían del Derecho aragonés histórico y la sutil, difícil e ineludible problemática de la preterición que estaba desde el principio en la técnica romanística, aunque en ella relacionada con la sucesión intestada y con anterioridad histórica la idea de la preterición incluso a otros aspectos de la legítima y al nacimiento mismo en el Derecho romano de la legítima como legítima material.

Aunque en 1968 el profesor Lacruz<sup>21</sup>, pareció insinuar que el origen directo de la llamada “legítima formal” aragonesa estaría directamente entroncado con el Derecho romano, investigaciones posteriores sobre documentos realizadas en esta última década, creo que hacen hoy más verosímil la hipótesis, dentro del limitado conocimiento que tenemos sobre la evolución histórica de la legítima aragonesa, de que las legítimas simbólicas, casi siempre puestas en los testamentos y pactos sucesorios de los capítulos matrimoniales, fueran una prudente reacción espontánea de los notarios aragoneses para proteger los documentos que otorgaban de posibles impugnaciones de los hijos del disponente o de otros parientes basadas en casi siempre muy oscuros textos y preceptos de los Fueros y Observancias sobre, entre otros, desheredación de los hijos y vinculaciones de bienes. Textos y preceptos oscuros de las fuentes históricas aragonesas relacionados desde luego más bien, en principio, con la sucesión intestada entendida en sentido amplio, que con una noción de legítima, que estaba todavía sumamente borrosa en las fuentes normativas históricas aragonesas. Habría habido, según esto, un corte o solución de continuidad en términos históricos respecto de las menciones que excluían la preterición en el Derecho romano, por lo demás éstas con un sentido preciso distinto y en un contexto también radicalmente distinto.

Desde el punto de vista de la historia de la dogmática, el artículo 32 del Apéndice, el que asignó al preterido y al desheredado injustamente la cuota legal del menos favorecido por el testador, es especialmente significativo y claro de un momento histórico de viraje dogmático respecto al instituto de la preterición y también respecto al de la desheredación injusta, que conforme a toda la tradición romanista (acaso difusamente también, y como eco más o menos remoto de la misma, conforme a la tradición de las fuentes normativas históricas aragonesas) habían estado incardinados en la sucesión intestada, y que en este artículo 32 del Apéndice pasaron a ser absorbidos por el instituto de la legítima. En efecto, el precepto alude repetidamente a la sucesión intestada, pero en realidad, para la regulación decisiva establecía que se dividirían entre los legitimarios “*los dos tercios hereditarios*” (o sea, la legítima, porque aunque más bien presupusiese el precepto que no habría *donatum* o se olvidase del mismo, no por eso iba a dejar de ser supletoriamente aplicable en Aragón la acción de reducción de donaciones inoficiosas del Código civil), y que las porciones atribuidas por la ley al preterido y al desheredado injustamente “*se detraerán de las legítimas de los instituidos a proporción de la cuantía respectiva*”. Estas dos últimas afirmaciones legales determinaban lo esencial del contenido normativo del muy significativo artículo 32, aunque haya que reconocer que las repetidas alusiones a reparto de cuotas entre los legitimarios “*al modo del abintestato*” enturbiaban todavía un tanto el preciso significado de este precepto. Luego veremos que el artículo

---

21 Explicaba el profesor LACRUZ en esa ocasión que la base de la legítima formal estaría en una orientación romana que se acepta luego en todos aquellos sistemas medievales que pasaron de la vinculación sucesoria a la libertad de testar entre los hijos (e incluso entre extraños, como en Navarra) y orientación que les concedió un derecho aparentemente sólo honorífico: el de ser mencionados en el testamento del ascendiente más inmediato si no han percibido nada en vida de éste. Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1968, pg. 521. Muy aventurada y difícil de demostrar me parece la teoría que formuló COSTA, Joaquín, que trató de enlazar la legítima simbólica del Derecho aragonés del Antiguo Régimen nada menos que con las antiguas costumbres celtibéricas. Cfr. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Tomo 1º, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1879,1880,1885), pp. 151 a 153.

123 de la Compilación aragonesa de 1967 mantuvo la esencia del artículo 32 del Apéndice y se desprendió ya definitivamente (aunque todavía no en el artículo 122, relativo a la preterición total) del lastre de las alusiones a la sucesión intestada, con lo que vino a concluir con claridad más que suficiente la transición histórica o absorción de la preterición y de la desheredación injusta, acertadamente equiparadas, por la regulación de la nueva legítima aragonesa.

De modo que en la regulación del Apéndice de 1925 todos los hijos de una persona estaban por ley dentro de la legítima global, salvo que expresamente se les sacase de ella por el testador, lo que se venía haciendo, hoy sabemos que desde hacía siglos, mediante legítimas simbólicas (dejarle al hijo al que se le quería “sacar” o expulsar de la legítima cinco sueldos o, más tarde, una peseta, etc.), legítimas simbólicas que evidentemente eran en el nuevo y muy coherente sistema legal no tanto el respeto a un pretendido derecho honorífico de los hijos, sino una declaración *mortis causa* de carácter negocial; un negocio jurídico exigido razonablemente por la ley para llevar al máximo grado el ejercicio de la libertad del disponente de desigualar hasta el extremo a los hijos, tomando la grave medida de llegar a “expulsar” a alguno o algunos de la legítima global. La preterición actuaba así como parte de la legítima o como una manifestación de ella, y no de la sucesión intestada, y como un freno a la libertad de desigualar a los hijos, afirmando muy expresivamente el legislador de 1925, aparte de las ya transcritas y muy claras frases del artículo 32 en el mismo sentido, que el testador o su fiduciario encontraban “*cortapisas*” en los “*los derechos atribuidos con carácter forzoso por la ley*” (artículo 29). O sea, la expulsión de los hijos a los que el legislador quiso proteger con la cuota legal del menos favorecido por el testador, era una expulsión de la legítima, no de la sucesión intestada.

El nuevo sistema legal era perfectamente lógico no sólo porque, habiendo por hipótesis testamento, más habitualmente no habría de entrar en juego la sucesión intestada y era lógico que tendiera a considerarse por el legislador un problema muy marginal el de la posible sucesión intestada residual que pudiera llegar a haber en algún caso raro, sino que era un sistema legal lógico porque para eludir o comprimir o apurar al máximo el límite de las normas imperativas de la legítima era razonable ponerle al testador la “*cortapisa*” de exigirle una declaración de voluntad expresa, como lo venía siendo desde hacía siglos la legítima simbólica. La lógica era similar a la del Código civil cuando para permitir al testador mejorar a un legitimario respecto de otros (o sea, para desigualar legitimarios) le pone también la “*cortapisa*” de que haga una declaración expresa en tal sentido (art. 825 y 828 del Código civil). Y como ya se ha dicho, la Compilación de 1967 acogió y acabó de perfeccionar y pulir este sistema legal de legítimas aragonesas, salvo en el caso de la preterición total (art. 122), limpiando la regulación de la preterición singular (art. 123), que evidentemente era la regla general en materia de preterición, de toda adherencia o lastre de referencia a la sucesión intestada<sup>22</sup>.

Que el artículo 123 de la Compilación, siguiendo al artículo 32 de Apéndice, reconociera frente a la irregular exclusión de un legitimario del testamento (a la exclusión sin

<sup>22</sup> Es coincidente con lo que explico en el texto, y muy tajante en su formulación, lo que afirmaba en 1968 el profesor LACRUZ, al explicar el artículo 123 de la Compilación, razonando que el precepto no daba lugar a la apertura de la sucesión intestada y contraponiendo esa eficacia como diferencia muy notable a la eficacia del Código civil, en el que la preterición del antiguo (anterior a 1981) artículo 814 del Código civil implicaba la anulación de la institución de heredero y, por tanto, la apertura de la sucesión intestada. Explicaba también el autor insistentemente en ese mismo lugar que el legislador de 1967 se había inspirado para ello en el Apéndice de 1925 y que la idea inspiradora había sido proteger y dejar clara la idea de la libertad del disponente de desigualar a los legitimarios. Cfr. *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en el Anuario de Derecho Civil, 1968, pp. 513 y ss; y en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, tomo 2º, 1992, pg. 474.

“*mención para excluir*”: artículo 120), en un sistema sin cuota legal y material de legítima individual, una acción con el efecto legal imperativo de reordenar la distribución de la legítima hecha por el testador o disponente, demuestra perfectamente, aunque algunos no lo entendieran, que esa exclusión era una exclusión de la legítima y no una exclusión de la sucesión intestada, como había venido siendo hasta 1981 la preterición del Código, puesto que una mera exclusión de la sucesión intestada, regida por normas subsidiarias y dispositivas, no podría haber tenido nunca, faltando cuota de legítima individual, el efecto de modificar imperativa o forzosamente la voluntad del disponente manifestada en el título sucesorio (artículo 123 de la Compilación). Aunque el artículo 123 de la Compilación, aludiendo sólo a porción del “*caudal*” creó luego la duda doctrinal de si se refería al caudal relicto o al caudal computable de la legítima, me parece seguro que se trataba de un precepto inspirado en una lógica nítidamente legitimaria.

Con todo acierto la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967 destacaba en su muy sucinta explicación sobre las legítimas el papel clave de esta cuota de legítima medida por referencia a la cuota del legitimario menos favorecido por el testador. Si alguna vez se hace una especie de juicio histórico riguroso sobre las ideas de Alonso Martínez en cuanto a cómo resolver las relaciones entre el Derecho castellano y los Derechos forales en el momento de la Codificación, pienso que esta feliz síntesis que logró el Apéndice de 1925 sobre la legítima aragonesa y la preterición merecería figurar en el “haber” de dicha evaluación o balance<sup>23</sup>.

Aquí está también el germen de lo que, en mi trabajo de 1997, he propuesto denominar, intentando subrayar la estructura profunda de nuestro original sistema legitimario, “*cuotas legales vacías*” de la legítima aragonesa, que inicialmente son en esencia expectativas hereditarias, pero que pasan a ser derechos legales nada más que la legítima global resulta incumplida al abrirse la sucesión. Este acierto fundamental en la regulación de los efectos de la preterición resta importancia al hecho también cierto de que el Apéndice dejara en la penumbra, y remitiera al Código, el concepto o los requisitos exigibles para que se diera preterición, concepto también poco claro en la letra del Código civil, pero iluminado singularmente, al menos hasta 1981, por el peso determinante de la tradición romana y de las Partidas. Lo acertado de la regulación legal de la legítima por el Apéndice de 1925 se demostró, además, en que desde que el mismo entró en vigor se terminaron las perennes dudas sobre la cuantía del discutidísimo “*suplemento de legítima*” y del “*quantum placuerit*”<sup>24</sup> y cesó brusca y ya definitivamente la enorme litigiosidad que había acompañado desde hacía décadas a la legítima aragonesa<sup>25</sup>.

23 Aludiendo a la polémica largamente existente en Aragón sobre los “suplementos de legítima”, que el profesor LACRUZ no estudió especialmente pero que sin duda conocía, afirmaba el maestro que bajo el Apéndice la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia se inclinó por la libertad absoluta del testador (libertad absoluta de distribución entre los legitimarios inmediatos, quería decir) y la legítima simbólica. Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pg. 508. Y esta opinión fue recogida por VALLET de GOYTISOLO, en su libro *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 2º, 1974, pg. 1034.

24 Como afirmó PALÁ MEDIANO, Francisco, la polémica del siglo XIX sobre el discutidísimo “suplemento de legítima” de los hijos preteridos por el disponente aragonés “no tenía solución en el Derecho antiguo” porque no se había querido fijar “límite matemático”. Cfr. *Dictamen (sobre legítimas en Aragón)*, en Anuario de Derecho Aragonés, tomo 12, 1963-1964, pp. 369-370.

25 Esta positiva valoración de la regulación de la legítima por el Apéndice de 1925, y con la explicación histórica con que la acompaño, creo que es útil advertir que nadie, ni el profesor LACRUZ en ninguno de sus estupendos trabajos sobre la legítima, la había señalado en la doctrina. Creo que en esta concepción historicista de la que parto está la base de algunas de las diferencias que tiendo a mantener con mi maestro en tema de legítima aragonesa. Aunque el profesor LACRUZ valoró positivamente el artículo 123 de la Compilación, creo que no lo valoró suficientemente y en su justa medida, y acaso por ello hizo sobre este precepto legal algunas propuestas interpretativas que me resultan poco convincentes. Por ejemplo, la de flexibilizar para algunos supuestos la fórmula de la cuota de legítima correspondiente a la del legitimario menos favorecido por el testador, al analizar con minuciosidad una serie de complejos supuestos en los que

La valoración de la profesora Bellod Fernández de Palencia sobre la etapa del Apéndice, calificándola de etapa de confusionismo y dominada por el error de querer mezclar dos tipos de legítima radicalmente diferentes, me parece, por eso, no sólo errónea en términos históricos, sino también injusta. La regulación de la legítima aragonesa por el Apéndice fue técnicamente buena y sintonizó con las aspiraciones de la sociedad aragonesa de la época, sin dejar de respetar lo más claro y respetable del Derecho aragonés tradicional y realmente vivido en Aragón. Como he advertido, el Apéndice sobrepasó incluso en aragonesismo y respeto al Derecho aragonés histórico a las propuestas del Congreso de Jurisconsultos de 1880-1881, que a su vez habían sido representativas de la opinión muy mayoritaria en tema de legítimas de la doctrina aragonesa del siglo XIX. En otro sentido, como veremos al explicar la legítima en el Código civil, la regulación del Apéndice foral se anticipó en 56 años a ese cuerpo legal general en un proceso que este último cuerpo legal de 1889 todavía no ha conseguido concluir y clarificar del todo, como es la conveniente, y coherente con la lógica profunda de un sistema legitimario de cuota material, absorción dogmática de la preterición por la regulación de la legítima desplazándola desde la regulación de la sucesión intestada. La regulación de la legítima del Apéndice fue inteligente en un sentido tanto político como histórico y fue moderna en un sentido dogmático<sup>26</sup>.

La Compilación aragonesa de 1967 no hizo, en mi opinión, sino prolongar, desarrollar y depurar técnicamente las líneas de fuerza que ya habían quedado acertadamente fijadas en el Apéndice. Aunque no quedó constancia documental de los debates internos dentro de la Comisión o "*Seminario*", dirigido por el profesor Lacruz, que elaboró a lo largo de siete años el anteproyecto de la que sería la Compilación de 1967, parece improbable, dado el ambiente doctrinal en toda España en esa época y la amplia adhesión que suscitaba la legítima, que esta institución sucesoria fuera internamente cuestionada en su misma existencia dentro de la mencionada Comisión.

Vertebró el nuevo cuerpo legal toda su regulación, como ya anunciaba en la Exposición de Motivos de la Compilación en 1967, en base a la distinción entre legitimarios sin o con "*mediación de persona capaz de heredar*", lo que me pareció a mí, apoyándome en terminología que con frecuencia había utilizado el profesor Lacruz, que permitía distinguir, presuponiendo en cierta medida la aplicabilidad de la normativa sobre la representación en la sucesión intestada del Código civil (la de la propia Compilación sobre la "*sustitución*" legal era muy incompleta), entre unos legitimarios "*inmediatos*" o

me parece que el maestro llegó a desorientarse un tanto. O por ejemplo, al proponer, creo que sin base en la letra clara de la ley y aun contra la lógica profunda de la regulación legal de la legítima, que la cuota legal del menos favorecido por el testador se computase, en principio, sólo dentro de cada clase de descendientes (hijos, nietos, bisnietos, etc). Cfr. *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en el Anuario de Derecho Civil de 1968, y en Estudios de Derecho privado común y foral, Tomo 2º, 1992, pp. 478 a 481. Pero todavía más importante que esto fue acaso que la sólida explicación sobre la legítima aragonesa del profesor LACRUZ, dispersa en varios trabajos publicados en diferentes revistas, no enfatizó cómo el artículo 123 de la Compilación era una pieza clave del sistema, con lo que el maestro lo explicó muy bien pero muy brevemente, ni enfatizó las líneas esenciales o las claves esenciales de ese sistema legal de 1967, que fue, en mi opinión, y como intenté demostrar en mi trabajo de 1997, muy trabado y coherente. En estas carencias de la explicación de LACRUZ sobre las claves del sistema legal de la legítima, o en una cierta falta de pedagogía sobre ello, puede estar una de las razones, dada la enorme autoridad que el maestro tenía y conserva todavía en la doctrina civilista aragonesa, de que hayan sido posibles los considerables desperfectos o menoscabos que ha causado el legislador aragonés de 1999 en el depurado sistema legitimario que había creado el legislador de 1967.

26 Quizás es útil afirmar aquí que el Apéndice aragonés de 1925 ha sido a veces muy criticado por algunos juristas aragoneses pero que ha sido en realidad poco estudiado, acaso porque gran parte de su tiempo de vigencia coincide con la Guerra Civil y la posguerra, que dejaron al país con sus fuerzas intelectuales y morales muy mermadas. Los que lo han estudiado más, como el profesor LACRUZ, se referían siempre a esta ley española con mucho respeto. El profesor DE CASTRO y BRAVO, Federico, lo consideró una obra bienintencionada e inteligente, cuyo mayor mérito había sido adaptar a la vida moderna al Derecho aragonés. Cfr. *Derecho civil de España*, Tomo 1º, Madrid, 1984 (1949), pp. 276-277.

con unas (expectantes) cuotas legales “vacías”, y unos legitimarios “mediatos”, sin ningún derecho legal o necesario sobre la legítima, y que sólo a través de negocios jurídicos atributivos, y por cualquier título, podían llegar a recibir parte de la legítima. En resumen, el legitimario mediato no tenía acción ni frente a la preterición, ni frente a la exclusión por mención, ni frente a la desheredación injusta, figuras que sólo forzada e impropriamente podían referirse a él, ni tenía en su caso el derecho subsidiario de alimentos que como último recurso reconocía a los legitimarios inmediatos excluidos el artículo 121 de la Compilación. Podría resumirse todavía un poco más esa situación del legitimario mediato afirmando que podía tener sólo derechos legitimarios “voluntarios”, pero que no tenía derechos legitimarios “legales”, ni contra no descendientes, ni contra otros legitimarios inmediatos o mediatos.

No trataba genéricamente la Compilación, fuera del artículo 106 sobre renuncia a la legítima, el problema raro e infrecuente, habiendo por hipótesis testamento o pacto sucesorio, de qué legitimarios inmediatos conservaban y cuáles no el derecho a la parte residual de sucesión intestada que pudiera quedar. Creo que la solución era que, conforme al Código civil en esto supletoriamente aplicable, la perdían, la sucesión intestada residual, los indignos y los desheredados con causa y que la mantenían todos los demás, a falta de norma expresa sobre la cuestión, incluidos el preterido con preterición singular o con preterición total, y el legitimario inmediato “excluido” por mención, que es el único para el que podía haber una cierta (y débil) duda. Acaso hubiera habido que explicar que era ésta una cuestión de interpretación del concreto negocio dispositivo por causa de muerte, pero faltando norma concreta que así lo estableciera, no creo que cupiera presumir que la exclusión expresa de la legítima conllevaba necesariamente una exclusión en su caso también de posibles derechos en la sucesión intestada. Y ello, aunque la doctrina más común admite en el Código civil que el testador pueda excluir a un llamado a la sucesión legal de dicha sucesión, mientras que es seguro en dicho cuerpo legal que no podría nunca privarle de su legítima material individual<sup>27</sup>. Pero esta consideración debía tener menor peso en el Derecho aragonés, en el que no existe legalmente cuota material de legítima individual, y en el que el artículo 106 de la Compilación expresamente establecía que la renuncia anticipada a la legítima alcanzaba en principio sólo a las acciones judiciales posibles o “cuotas vacías” provisionalmente de legítima, podríamos precisar, pero no a los derechos que le vinieran posteriormente al renunciante de las disposiciones testamentarias del causante ni de la sucesión intestada. Hubiera podido explicarse que, en trance de reducir posibles derechos del llamado a la sucesión como legitimario y en la sucesión intestada, el artículo 106 de la Compilación, al enfatizar la distinción entre ambos llamamientos legales, se convertía en argumento a favor de la idea de que el excluido expresamente por el disponente de su cuota de legítima no por eso debía entenderse excluido también de la posible sucesión intestada residual. La exclusión de la Compilación aragonesa era una exclusión, como la preterición singular en ella, relacionada sólo con la legítima y no, en principio, con la sucesión intestada.

Con una explicación así, la contraposición que hacía la letra de la Compilación en legítima “formal” y legítima “material”, tomada por nuestro legislador de 1967 de la pandectística alemana, creo que era fácil de demostrar que era una terminología y una sistemática sin contenido sustancial y más bien desorientadora. En la regulación por la

<sup>27</sup> Como afirma, por ejemplo, ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, en el Código civil la exclusión no puede suponer privación de la legítima si no hay causa de desheredación. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 94-95.

Compilación de la preterición no había ni un estricto deber jurídico del disponente de mencionar en el testamento o pacto sucesorio a sus legitimarios inmediatos, ni un verdadero derecho honorífico atribuido a éstos, sino más exactamente un límite fijado por la ley imperativamente a la libertad del disponente de desigualar a sus legitimarios inmediatos o, si se quiere, un requisito negativo en el supuesto de hecho de la norma imperativa de atribución de la cuota legal de legítima del preterido. En la Compilación aragonesa de 1967 era muy bueno el contenido de la regulación de la legítima y algo deficiente técnicamente, en cambio, la envoltura terminológica, por cierto no genuinamente aragonesa (alemana la idea de legítima “formal” y “material”; italiana la idea de “intangibilidad” cuantitativa o cualitativa)<sup>28</sup>.

Se entiende ya bien en este punto que, en el sistema de nuestra Compilación, existían unos legitimarios, los inmediatos, con cuota al resto de legítima en ocasiones y que habrían de percibir siempre al menos una parte de la legítima salvo que fueran justamente desheredados o expresamente excluidos, y otros legitimarios, los mediatos, que sólo habrían de percibir una parte de la legítima si eran expresamente incluidos en ella, mediante atribuciones legitimarias por el disponente. Y los legitimarios mediatos y sus estirpes no “representaban” o “sustituían” legalmente a los legitimarios inmediatos lícitamente excluidos de la legítima colectiva por exclusión o por desheredación justa. La anteposición del legitimario inmediato relevante era la que existiera en el momento de la apertura de la sucesión y tenía efectos legales definitivos en cuanto a dejar definitivamente postpuestos en cuanto a los derechos legales a los legitimarios mediatos.

Esta distinción entre clases de legitimarios y el explicado juego de las cuotas legales de legítima se mostraban decisivos en el sistema legal de nuestra Compilación, imponiendo, siempre que subsistieran a la apertura de la sucesión dos o más legitimarios, una lógica bastante distinta a la del Código civil y bastante distinta a la de la plena libertad de testar, y en la que las cuotas legales que imponía aquella podían ser de cuantía superior a las atribuciones voluntarias de cualquier clase realizadas por el disponente, e incluso en la que una atribución voluntaria de legítima podía en la práctica representar para el atributivo, o aun para otros legitimarios inmediatos, una rebaja efectiva del valor o cuota de legítima finalmente percibidos (al quedar excluida la cuota *ex art.* 123, o al existir una menor cuota del “*menos favorecido*” por la existencia de esa pequeña atribución voluntaria). De modo que, en la distribución interna entre legitimarios, cualquier pequeña atribución voluntaria del disponente producía eventualmente la exclusión de la cuota de preterición. En otro sentido, probablemente podía deducirse del artículo 126-2º de la Compilación la “imputación” en la legítima incluso de las donaciones hechas a legitimarios mediatos, siempre que la expresión “*su haber*” de dicho precepto no se considerase como equivalente de una cuota legal de legítima incluso “vacía”, forma de entender la mencionada expresión legal que podía considerarse tanto defendible como preferible.

Con todo, toda esta forma de explicar la regulación de la legítima en la Compilación, que recibía la inspiración profunda de diversos (estupendos) trabajos sobre la legítima aragonesa del profesor Lacruz publicados entre los años 1967 y 1969, se vio que no era plenamente compartida por todos con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 30 de septiembre de 1993, inspirada en estas mismas concepciones profundas, aunque no acertara la Sentencia a explicarlas excesivamente bien, pero que levantó

<sup>28</sup> Para esta crítica de la terminología legal de la regulación de la legítima en la Compilación, véase mi trabajo de 1997, pp. 51 a 61.

una cálida polémica y fue criticada desde diversos sectores profesionales aragoneses. Vuelvo posteriormente sobre esta polémica al referirme a la preterición en la vigente Ley de sucesiones de 1999.

Una innovación importante de la Compilación fue que cualquier legitimario mediano podía llegar a recibir la totalidad de la legítima y aun de la herencia. La idea primigenia del legislador aragonés de 1967, acaso sólo oscuramente intuida en los primeros trabajos preparatorios de la Compilación, parece que fue la de que, aunque se autorizaba al disponente a sacar de la legítima a algún hijo o a anteponer a uno o varios de sus nietos respecto de todos sus hijos, se le exigía, si de verdad quería hacer lo uno o lo otro o ambas cosas, que lo dijera expresa o claramente en el negocio *mortis causa*. El punto de partida del Apéndice era muy diferente, puesto que se partía en este cuerpo legal, probablemente por influencia inconsciente del Código civil, de una libertad de distribución sólo entre los legitimarios inmediatos (art. 30, párrafo 3º). La idea del legislador de 1967 la recogió expresamente la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967. Y en un momento lógicamente posterior de maduración de la idea originaria se distinguió, integrando implícitamente la normativa sobre representación ya aludida en el Apéndice, no ya entre hijos y nietos sino, más adecuada y correctamente, entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos. Los detalles y el proceso de maduración de estas ideas pueden seguirse en el estudio de los diversos anteproyectos de Compilación. En el Apéndice (cfr. artículos 30, párrafo 3º, y 31-3º) todavía no cabía anteponer a los legitimarios mediatos sobre los inmediatos. Pero esa posibilidad apareció como idea aragonesa en los tres primeros anteproyectos de Compilación<sup>29</sup>. En el anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de 1965 se suprime de nuevo la idea (cfr. art. 117-2º). La definitiva aceptación de esta concepción en cuanto a la posibilidad para el disponente de anteponer los legitimarios mediatos a los inmediatos se produjo, por fin, a partir del anteproyecto de Compilación de 1966 (cfr. art. 119), permaneciendo ya desde entonces en los siguientes anteproyectos y en la versión de la Compilación de 1967.

Otra innovación importante que personalmente he defendido que introdujo la Compilación de 1967, aunque contra el modo más habitual de explicar el tema por la mayoría de los comentaristas aragoneses, es la de que la legítima aragonesa fue concebida por el legislador aragonés, acaso en forma no plenamente consciente, como una "*pars valoris*", lo que me llevó también a concebir con una interpretación muy flexible –más flexible de la que la mayoría de los comentaristas solía defender– la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, que sostuve que era un mero filtro o principio restrictivo respecto de admisión de gravámenes (la necesidad de una "*justa causa*", criterio muy general que no se contenía en el Apéndice) a las titularidades sobre los bienes o derechos adjudicados en pago de legítima, pero que no impedía al disponente tajantemente y por principio gravar esas titularidades en el testamento o acto de disposición. Me parece que la Compilación introdujo ese criterio un tanto restrictivo sobre la admisión de gravámenes en los bienes atribuidos en pago de legítima, aparte de porque era un criterio tradicional en el Derecho general español, porque, dada la dificultad de valo-

<sup>29</sup> El origen concreto de esta idea puede estar en la opinión de PALÁ MEDIANO, Francisco, quien, bastante forzosamente en mi opinión y vigente el Apéndice de 1925, había defendido incluso para ese momento, invocando la Decisión nº 235 de SESSÉ, que habría cabido la anteposición para el nombramiento de heredero del nieto, acaso más apto, viviendo el hijo, en el Derecho aragonés antiguo. Cfr. *Dictamen (sobre legítimas en Aragón)*, en *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo 12, 1963-1964, pp.372 a 375. El Preámbulo de la Compilación de 1967 destacó especialmente esta nueva posibilidad que otorgaba.



rar económicamente con precisión los derechos o titularidades fraccionadas, introduciría la falta de un criterio legal como ése mayores dificultades de las ya habituales para saber si se había infringido la legítima o no y, consiguientemente, inseguridad jurídica en nuestro tema. Llegué a defender que los gravámenes (provisionales, por su naturaleza) con justa causa podían incluso minorar el valor del conjunto de bienes momentáneamente atribuidos a la legítima respecto de la cuota legal fijada en el artículo 119 de la Compilación, cuota legal (dos tercios del caudal computable) que creo podía entenderse como suma del valor económico de las titularidades inicialmente gravadas como si realmente no lo estuvieran y fueran ya (ficticiamente) titularidades plenas. En 1995 también Navarro Viñuales<sup>30</sup> había propuesto tímidamente que la legítima aragonesa se configurase como “*pars valoris*”.

La Ley aragonesa de 16 de mayo de 1985 adaptó la regulación de la legítima de la Compilación al principio constitucional de equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo que pudo hacer con un mero retoque del artículo 119 y suprimiendo un párrafo segundo del artículo 121, que contenía un derecho de alimentos para los hijos entonces denominados “*naturales reconocidos*”.<sup>31</sup> Fue una reforma de enorme calado jurídico y social, pero que no planteó problemas interpretativos nuevos de entidad a la regulación de la legítima aragonesa. Poco después, y en la línea de lo que para el Código civil (art. 108) se había establecido desde 1981, la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, reformó el artículo 19 de la Compilación con la aspiración de equiparar absolutamente a los hijos adoptivos o sus descendencias, o a los adoptados por ellas, a los hijos biológicos.

## 2º) EXCLUSIÓN LEGAL DE LOS ASCENDIENTES Y DEL CÓNYUGE VIUDO.

Cuando el artículo 171-1º de la LS de 1999 afirma que los descendientes de cualquier grado “*son los únicos legitimarios*”, resuelve útilmente en beneficio de la seguridad jurídica, aunque más dudosamente en beneficio de la justicia, un problema que planteaba la Compilación, y es el de que, bajo su vigencia, cabía formalmente plantear la aplicabilidad supletoria en Aragón de la legítima de los ascendientes (arts. 807-2º, 809 y 810) o incluso, más difícil y discutiblemente, la legítima del viudo en casos en que se hubiera

<sup>30</sup> Cfr. del autor *Las instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma*, en las *Actas de los cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1994, 1995*, pg. 118.

<sup>31</sup> Según el artículo 121-2º de la Compilación de 1967: “*Los hijos naturales reconocidos tendrán ese mismo derecho (alimentos), si no concurre descendencia legítima. En otro caso, la cuantía de sus alimentos no podrá exceder del tercio de los frutos del caudal*”. La norma, en consonancia con el ambiente ideológico de la España franquista y con la propia ideología de los autores del proyecto de Compilación, era ultraconservadora, y más conservadora aún que la regulación del Código civil de 1889, que en los artículos 840 y siguientes había otorgado a los hijos ilegítimos naturales y reconocidos cuota de legítima de diversas cuantías según con quiénes concurriesen. Explicando esta diferencia que incluso a él le parecía difícil de aceptar afirmaba el profesor CASTÁN TOBEÑAS, José, que seguramente había resultado un problema arduo desde el punto de vista técnico introducir una cuota de legítima completamente nueva para los autores de la Compilación, dadas las peculiaridades de la legítima global de libre distribución propia del Derecho aragonés. Cfr. *Aragón y su Derecho*, Zaragoza, 1968, pg. 42. Sin embargo, si tanto el Apéndice de 1925 como la Compilación de 1967 dieron un durísimo trato a los hijos naturales reconocidos, ello se debió, en mi opinión, al ambiente histórico ideológico de esos momentos concretos y es responsabilidad sobre todo de sus autores, que en los aspectos puramente técnicos demostraron sobrada pericia jurídica para resolver problemas jurídicos más difíciles que el que planteaba el profesor CASTÁN TOBEÑAS. Piénsese que se hubiera podido reconocer a los hijos naturales reconocidos, en la línea del propio Código civil, en caso de preterición o desheredación injusta, una cuota de legítima igual a la mitad de la del legitimario inmediato menos favorecido por el testador. Lo que, por cierto, nos sirve para mostrar una vez más, y desde un ángulo nuevo, lo fértil que pudo llegar a resultar (todavía más de lo que lo fue históricamente) esta idea de la cuota de legítima igual a la del legitimario inmediato menos favorecido por el testador

producido en Aragón una renuncia total a la viudedad foral en todas sus manifestaciones. El artículo 30 del Apéndice excluía implícita, pero muy claramente, esa posibilidad, pero no así la Compilación. En particular, no la excluía, como equivocadamente había sostenido Vallet de Goytisolo<sup>32</sup>, la frase del artículo 119 de la Compilación según la cual la legítima debe recaer forzosamente “*en descendientes y solamente en ellos*”, porque ese precepto evidentemente contemplaba sólo y exclusivamente la legítima de los descendientes.

Otra cosa es el tema de política legislativa de si debería reconocerse en Aragón o no una legítima a los ascendientes. Este instituto existe y es aceptado parece que bastante pacíficamente en la mayor parte de España<sup>33</sup>, incluyendo las leyes recientes de Cataluña y del País Vasco. En mi trabajo de 1997 di personalmente una opinión en principio favorable a esa inclusión. Aunque sería contraria a la tradición del Derecho aragonés, acaso sería útil en una sociedad como la aragonesa cada vez más envejecida y en la que hay muchas personas sin hijos o con hijos que han fallecido antes que sus padres, por ejemplo en accidentes de tráfico. Acaso la única vez que sabemos que los juristas aragoneses discutieron este tema, que es en el Congreso de Jurisconsultos de 1880-1881, se mostraron mayoritariamente favorables a la inclusión de una legítima de los ascendientes<sup>34</sup>.

### 3º) FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN Y CUANTÍA DE LA LEGÍTIMA.

El artículo 171-1º fija la legítima en la mitad del caudal computable, en lugar de en los dos tercios del mismo que habían establecido tanto el Apéndice de 1925 como la Compilación de 1967. El Preámbulo explica que con ello se atendieron “*las voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron*”. Parece que, en realidad, con base en esos argumentos, una parte de los miembros de la Comisión que elaboró el anteproyecto de ley era partidaria de la supresión de la legítima

32 Cfr. VALLET de GOYTISOLO, Juan B., *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo 1º, 1974, pg. 122.

33 Algunas de las ideas que invocaba ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, para justificar la legítima de los ascendientes, como la del “tributo al principio de la familia” o la de “débil compensación a los sacrificios hechos” por los progenitores, me parece que mantienen hoy sustancialmente su vigencia y justificación. Cfr. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884, Tomo 1º, pp. 224-225.

34 Sobre esto transcribo un pequeño caso práctico que he puesto a mis alumnos este curso 2005-2006. Dolores había sido abandonada por su marido, quien además obtuvo el divorcio tiempo después. Dolores, empleada como cajera en una tienda, tuvo que sacar adelante ella sola, sin ayuda de su marido, que estuvo en paro muchos años, a Buenaventura, hijo de ambos. A los 20 años Buenaventura encontró trabajo, se fue a vivir con su novia Ana y, un par de años después, hizo testamento en su favor nombrándola heredera. Poco después de cumplir 23 años Buenaventura tuvo un accidente de moto y quedó en coma e inconsciente. Ana le cuidó tres meses pero luego se buscó otro novio y tuvo que hacerse cargo de Buenaventura su madre, Dolores. Ésta lo cuidó con esmero durante cuatro años mientras yacía inconsciente en una cama. En el cuarto de esos años al marido de Dolores le tocó en la lotería un millón de euros, pero murió un mes después de un derrame cerebral, dejando heredero legal del millón de euros a Buenaventura. Finalmente, poco después, el 30 de abril de 1999 falleció también Buenaventura. Sabiendo que todos los mencionados son aragoneses, ¿quién heredaría, y en qué proporción, a Buenaventura?. ¿Hubiera sido lo mismo de haber muerto éste el 30 de marzo de 1999? Si se piensa que Dolores no tendría derechos hereditarios en la herencia de su hijo Buenaventura, ¿podría al menos, si quedaba en paro y enfermaba, pedir alimentos a la ingrata Ana, ahora enriquecida por la herencia de Buenaventura? ¿Es justa la solución aportada al caso por la vigente Ley aragonesa de Sucesiones?. La mayoría, o acaso la totalidad, de mis alumnos, supongo que todos o casi todos aragoneses, al acabar el comentario de este pequeño caso, y al preguntarles su profesor directamente al respecto, manifestaron por asentimiento que les parecía injusta la solución de la Ley aragonesa de 1999.

ma y que la mayoría de la misma, que era partidaria de mantenerla, hizo esta concesión a la minoría.

La institución de la legítima se viene discutiendo al menos desde el siglo XIX<sup>35</sup>. En el Congreso de Zaragoza de 1880-1881 la tesis de la plena libertad de testar, propugnada por Costa, fue derrotada por un estrecho margen de votos. Tras conocerse los primeros anteproyectos de Compilación aragonesa a principios de los años sesenta del siglo pasado, también una minoría de profesionales propusieron enfáticamente la supresión de la legítima<sup>36</sup>. Doce décadas después del Congreso de 1880-1881 parece haber ganado en Aragón la tesis del mantenimiento de la legítima con mayor holgura que en aquellas fechas en que Costa intentó introducir en España la libertad de testar, aunque este autor había profetizado que era cuestión de tiempo el que se acabara aceptando la plena libertad de testar como en los sistemas anglosajones<sup>37</sup>. Por ahora, el pronóstico tajante de Joaquín Costa no sólo no se ha cumplido en los países europeos de nuestro entorno, que siguen manteniendo casi todos las legítimas con influencia mayor o menor de la tradición romana, sino que en 1938, y luego en 1975, fue reformado el Derecho inglés en el sentido de limitar sustancialmente la tradicional libertad de testar en beneficio de los hijos, de algunas personas próximas o que eran mantenidas por el causante y del cónyuge<sup>38</sup>. Sólo los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo Derecho está al servicio de la propiedad privada concebido como un derecho sagrado y del capitalismo que en Europa denominamos salvaje, siguen inspirando sus Derechos estatales en la plena libertad de testar, con alguna excepción, y con una levísima atenuación en algunos Estados mediante técnicas similares a lo que nosotros llamamos preterición no intencional.<sup>39</sup> Esta solución o idea de los EEUU parece además ser más bien excepcional en el panorama mundial<sup>40</sup>. No parece que haya habido cambios fundamentales o generaliza-

35 Acaso la explicación más completa y lograda sobre el fundamento de la legítima y recordando las polémicas e ideas doctrinales al respecto en el Derecho intermedio y en el Derecho castellano y la polémica durante la etapa de la Codificación, es la que dio VALLET de GOYTISOLO, Juan B., autor por cierto genéricamente favorable a las legítimas, en su libro *Limitaciones del Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 1º, 1974, 11 y ss. y 49 a 57 para su propia explicación; y pp. 20 y ss. y 24 y ss. para una amplia muestra de opiniones del Derecho antiguo y del siglo XIX.

36 Da cuenta de esa iniciativa un "Informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas sobre el Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón", en el que se explica que tal postura minoritaria no prevaleció, considerando la mayoría, y cito textualmente, que "el verdadero espíritu del Derecho aragonés en esta materia" venía bien recogido por el Anteproyecto de Compilación. Cfr. el documento, editado en Zaragoza en 1963 por los Talleres Editoriales de "El Noticiero", pp.42-43.

37 Afirmaba COSTA, entre otras ideas parecidas, que "los que militan bajo la bandera de la legítima menguan de día en día". Cfr. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, 1981 (1883), pg. 522.

38 Se trata de las reformas introducidas por la *Inheritance (Family Provision) Act* de 1938 y por la *Inheritance (Provision for Family and Dependants)* de 1975. Cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, quien resume y explica el sistema, poniendo de relieve, eso sí, la gran discrecionalidad de que goza el juez, incluso frente a los derechos de los hijos. *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp. 120 a 127.

39 Parece que sólo el Estado de Luisiana tiene un verdadero sistema legitimario. Cfr. para esta información de Derecho comparado el trabajo de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor DÍEZ PICAZO, Tomo 4º, 2003, pp. 5355 a 5358. Reflexione el lector sobre la radicalidad de la diferencia entre los sistemas europeos y los de EEUU, donde no se contempla el conjunto del fenómeno sucesorio y sus relaciones con las donaciones en vida y donde la preterición no intencional, cuando existe, no es sino un mero reforzamiento del papel del error vicio del consentimiento en el negocio jurídico, que es una técnica con la que también contamos en los sistemas continentales europeos. El autor de este trabajo cree que los europeos, y los españoles en particular, deberíamos oponernos enérgicamente –seguir oponiéndonos enérgicamente, mejor, puesto que llevamos haciéndolo siglo y medio- a un sistema tan despreciativo de los valores familiares, tan radicalmente individualista, y tan ajeno desde hace dos mil años a nuestras tradiciones.

40 Parece que en todo Sudamérica existen legítimas o instituciones equivalentes, idea que también inspira los principios religiosos musulmanes y que por influencia de algunos países europeos en la etapa colonial se extendió, coincidiendo a veces con los principios religiosos preexistentes, por varios importantes países africanos o asiáticos. Por lo demás, la idea que se presenta por algunos como novedosa de sustituir la legítima por derechos o prestaciones alimen-

dos en el Derecho comparado desde que afirmara en 1884 Alonso Martínez que el sistema de legítimas castellano tenía de su lado el ejemplo y la autoridad de la mayor parte de los Códigos de Europa y América<sup>41</sup>.

Cuando hace unos años, en 1990, en un momento en que debía parecer finalizado un ciclo histórico de profundas reformas del Derecho de familia y de sucesiones para adaptarlo al nuevo régimen democrático, el legislador estatal quiso regular el Derecho internacional privado y, de paso, el Derecho interregional español, contempló con toda razón como genéricamente presente, tanto en el uno (en el Derecho comparado europeo continental y su zona de influencia histórica) como en el otro (Derecho civil “común” y autonómicos españoles, salvo Navarra), la presencia constante de la legítima de los descendientes (cfr. artículo 9-8º, *in fine*, del Código civil). Y en la Ley estatal 41/2003 sobre especial protección del patrimonio de los incapacitados, Ley posterior a la aragonesa de 1999, el legislador estatal ha mantenido sustancialmente de nuevo el sistema tradicional de legítimas del Código civil y del Derecho histórico castellano, aunque con pequeños nuevos matices y alguna mayor flexibilidad.

Obsérvese, por lo demás, cómo el razonamiento del Preámbulo, sobre todo en su parte final, destila un aroma propio de la mentalidad de la clase media alta o de la clase alta, cuando se da por sentado el “bienestar económico” efectivamente conseguido por ellos mismos de los hijos independizados. El legislador no debería perder de vista que legisla para todos los aragoneses, muchos de los cuales aunque nunca o casi nunca van a ir a testar al notario, tampoco hay que excluir del todo que puedan hacer en casos testamento notarial u ológrafo. En muchas familias al morir el padre o la madre casi el único bien importante que queda para la herencia es el piso consorcial de los padres. A los actuales inmigrantes extranjeros en Aragón, muchos de los cuales acabarán siendo españoles y aragoneses, les va a costar mucho, en general, alcanzar un nivel económico como para asegurarse, ni como progenitores ni como hijos, un “bienestar económico”, cuando alcancen los primeros la edad en la que se contempla próximo el final de la vida.

Además de ello, los argumentos que habitualmente se esgrimen en contra de la permanencia de la legítima pueden ser suficientemente contrarrestados, en mi opinión, con la fuerte protección que depara al cónyuge viudo el usufructo legal de viudedad y con la posibilidad, parece que existente ya desde 1967, de que los hijos acaso bien acomodados económicamente en vida todavía de sus padres, puedan todos ellos, o el único en su caso, renunciar a la legítima a solicitud de su padre o madre disponentes o de ambos. La idea esgrimida por algunos de que si no existiera legítima los hijos tendrían que esforzarse más en cuidar a sus padres ancianos y en hacer méritos para heredarles, aparte de que tiene mucha menos fuerza en Aragón, existiendo varios legitimarios entre los que elegir el disponente, que en el ámbito del Código civil, acaso sería más bien argumento para ampliar

tarias no lo es tanto, puesto que es la solución que adoptó el Código mejicano de 1928. En los años treinta del siglo pasado, MONTOJO y BURGUEO, Luis, en un modestísimo libro, aportó informaciones sobre la legítima en el Derecho comparado que resultan todavía curiosas, haciendo referencias a la legislación de 45 países diferentes. Cfr. *La legítima de los hijos y descendientes*, Editorial Escelicer S.L. Madrid, s.f.; 382 pp. Aunque el libro no está fechado, podemos situarlo en el tiempo por la dedicatoria que lleva al Sr. Esteban BILBAO EGUÍA, como Ministro de Justicia, que ocupó ese cargo en el régimen del General FRANCO desde el 9 de agosto de 1939 al 15 de marzo de 1943.

En los derechos islámicos existe una sucesión legal bastante rígida y en ellos las disposiciones testamentarias son muy secundarias. A los hijos, en circunstancias ordinarias, no se les puede excluir de la herencia de los padres, y el testador tiene que aceptar esos herederos legales y sólo puede hacer uso del tercio de libre disposición del as hereditario en forma de legados, fundaciones pías, ect. Véanse, en tal sentido, los términos “*wasiyya*” (testador) o “*warit*” (sucesor, heredero), en MAÍLLO SALGADO, Felipe, *Diccionario de Derecho Islámico*, Ediciones TREA S.L., Gijón, 2005, pp. 452 a 458 y 460 a 461. Véase también la obra “*El derecho privado en los países árabes. Códigos del estatuto personal*”, editada y traducida por Caridad RUIZ ALMODÓVAR, 2006, 607 pp., y que contiene la primera traducción al español de todos los Códigos de familia y sucesiones de los países árabes.

41 Cfr. del autor *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884, Tomo 1º, pg.193.

las causas de desheredación, incluyendo entre ellas comportamientos de clara ingratitud de los hijos, que no para sostener una supresión completa y radical de la legítima.

Acaso el conflicto en el que la justificación de la legítima se vuelva más difícil sea el de aquellas familias pobres en las que la viudedad legal se torne insuficiente y, existiendo como bien principal de la familia la vivienda consorcial y, a la vez, la necesidad de vender este bien para ingresar al viudo enfermo o muy anciano en una residencia, puede consultar la legítima un obstáculo acaso indeseable para dicha sencilla y sensata solución. Quizás, *de iure condendo*, cabría pensar para tal supuesto en una solución excepcional de extinción legal de los derechos de nuda propiedad adquiridos por los legitimarios en beneficio de ese viudo incapaz de valerse por sí mismo y extremadamente necesitado. Y ello, aparte de que en este ámbito de las situaciones de extrema necesidad parece que suelen fracasar o resultar genéricamente insuficientes los remedios de puro Derecho civil (alimentos prestados por los hijos; tutela; etc.) y debe intervenir con medidas asistenciales el Estado, en la línea de lo que intenta hacer la actual Ley 39/2006, de 14 de diciembre, popularmente denominada "Ley de dependencia".

El autor de este trabajo, como su maestro el profesor Lacruz<sup>42</sup> y como la práctica totalidad de los civilistas españoles durante los siglos XIX y XX, es firme partidario de mantener la legítima de, al menos, los descendientes. Como se sabe, la legítima tiene su origen en el Derecho romano. En la LS de 1999 la legítima se hace tanto más necesaria cuanto que esta LS ha abierto el pacto sucesorio, el testamento mancomunado y la fiducia, con gran amplitud, y con aplicabilidad de dudosa verosimilitud, a personas extrañas a la familia del disponente. Y conviene recordar también que la institución de la legítima es una forma de proteger o dar consistencia a la familia, que la Constitución ordena proteger (art. 39), mientras que ningún precepto constitucional ordena proteger la libertad de testar o la libertad de disponer por causa de muerte. La protección a la familia puede verse también como una de las funciones sociales que justifican el establecimiento por el legislador de límites a la propiedad privada según el artículo 33-2º de la Constitución<sup>43</sup>. Traer un hijo al mundo, o incluso adoptarlo, acaso trayéndolo a nuestra sociedad desde países remotos y desde razas distintas, es una decisión muy seria, que

42 El profesor LACRUZ dio siempre por sentada su preferencia por el sistema legitimario y creo que no se molestó nunca en defenderla expresamente por escrito porque la polémica la consideraba ideológica y metajurídica y porque en su tiempo (probablemente también en el nuestro, si nos referimos a opiniones por escrito y en serio) no había firmas de gran prestigio que hubiesen cuestionado el instituto de la legítima entre los civilistas españoles. Recuerdo que durante la celebración de unas jornadas en Jaca sobre Derecho en 1980, en el Palacio de Congresos de dicha ciudad, estando en el uso de la palabra el notario MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, explicaba que a los despachos de los notarios iban muchos matrimonios maduros con la aspiración de instituirse mutuamente herederos sin ninguna limitación a favor de los hijos y explicaba MERINO que a él le parecía esa una petición atendible y digna de consideración. El profesor LACRUZ, que estaba entre el público en el patio de butacas, pidió la palabra y explicó que por muy cierto que fuera lo que el orador de ese momento estaba diciendo, la obligación del legislador era la de tener en cuenta a todas las partes y considerar también los intereses de los hijos. Yo pienso exactamente igual.

43 Defender, en cambio, la supresión de las legítimas desde la Constitución es tarea casi imposible. Lo ha intentado CALATAYUD SIERRA, Adolfo, omitiendo la cita de los preceptos que recuerdo en el texto (arts. 39 y 33-2º CE), e invocando la libertad como valor superior del ordenamiento (artículo 1º de la Constitución); relacionando la dignidad de la persona con la propiedad privada de la que dispone el testador; y citando un texto de Joaquín COSTA, según el cual la libertad de testar es el prototipo de la libertad civil y comulga de la misma naturaleza que la libertad política. Cfr. *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pp. 51 a 53, y 82. Sin embargo, la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico está claro que es mucho más la libertad personal y la relacionada con los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29, y art. 53-2º de la CE), que es la parte de la libertad más enérgicamente protegida por la Constitución, que no la propiedad o la herencia, puesta por la Constitución en un segundo término, con una protección menos enérgica y ubicada entre los simples derechos y deberes de los ciudadanos no fundamentales. Y un paralelo razonamiento cabría hacer sobre la noción constitucional de la dignidad de la persona, mencionada en el artículo 10 de la Constitución, precisamente en el inicio del Título relativo a los derechos y deberes fundamentales de la persona. Aparte de ello, suprimir la legítima, que es un derecho subjetivo de los descendientes, quizás sería algo más que "modificar" el Derecho aragonés y desde luego no sería ni "conservarlo" ni "desarrollarlo", que son las competencias del legislador aragonés (art. 149-1-8º de la CE). En cuanto al pensamiento de Joaquín COSTA, personalmente pienso que ha resistido mal el paso del tiempo y que se ha quedado muy rancio. Los que

creo debe tener la consecuencia legal de la legítima de dicho hijo. Y ello, aparte de que en Aragón, la plena libertad de testar tiene en contra los datos de nuestro Derecho histórico, muy tajantemente en contra en el caso de los Derechos de la extremadura de Daroca o de Teruel y también sustancialmente en contra, pese a las dudas interpretativas ya señaladas, en el caso del Derecho general aragonés de los Fueros y Observancias.

Por lo demás, es cierto que en la legítima de los descendientes late una cierta noción todavía un tanto familiar de la propiedad privada que podría verse como tendencialmente contradictoria con el concepto individualista de la propiedad y de la vida en general que se impone por doquier en nuestra sociedad urbana, capitalista y consumista. Pero, aparte de que puede ser bueno mantener instituciones que contrapesen las tendencias más radicalmente individualistas y hasta eventualmente antisociales, favorecidas hoy por factores económicos y culturales muy poderosos, debe señalarse que la lógica de la legítima suele proyectarse sobre la familia nuclear matrimonial o, más raramente, extramatrimonial, y en ese sentido, no conecta, como otros institutos más discutibles de nuestro Derecho, como el consorcio foral o la sucesión troncal o los pactos sucesorios, también con un concepto de la propiedad en sentido familiar, pero referible más bien a la vieja familia patriarcal del antiguo régimen<sup>44</sup>.

De modo que en este sentido, la legítima, de antecedentes remotos incluso en Aragón parece que romanos, podría decirse que es a la vez instituto jurídico más antiguo y más moderno que esos otros institutos aragoneses más estrechamente vinculados en su origen a una sociedad señorial o feudal. Vinculado a la familia nuclear y hasta al hecho mismo de la generación en cualquier contexto, el instituto de la legítima puede ser también, aunque en menor medida que en el Derecho del Código civil, una especie de conveniente freno a la tendencia de algunos varones a desresponsabilizarse de las obligaciones de la paternidad en una sociedad con amplia libertad de costumbres y amplia posibilidad de investigación judicial de la paternidad desconocida o no constatada. Con todo, el que los legitimarios preferentes, cuando sean dos o más, no tengan en Aragón cuota legal de legítima “material”, debilita los efectos de la equiparación constitucional de los derechos sucesorios de los hijos y descendientes matrimoniales y no matrimoniales, no formalmente (los excluidos pueden llegar a ser también los matrimoniales frente a los extramatrimoniales), pero sí, verosímilmente, en sentido sustancial. O sea que la peculiar esencia de la legítima aragonesa puede afirmarse que resulta tendencialmente incoherente con la mayor virtualidad legislativa o normativa posible del principio constitucional de equiparación de los derechos de todos los hijos (arts. 14 y 39 de la Constitución, implantados en Aragón desde la reforma realizada por la Ley de 21 de

---

lo hemos leído con detenimiento sabemos que la libertad que propugnaba para la sociedad, bajo el nombre decimonónico de “libertad civil”, y dentro de un pensamiento bastante confuso y contradictorio, era en buena medida todavía, más que la libertad de un capitalismo moderno o propio de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1-1º de la CE), la libertad del Antiguo Régimen, que fue también muy amplia en el ámbito de lo privado durante siglos para los señores y la clase aristocrática y dueña de la tierra y de todo el poder político. Se puede suscribir hoy sustancialmente la crítica que Manuel AZAÑA formulara ya a Joaquín COSTA, acusándole de buscar en las ruinas del siglo XVI las piedras para construir el futuro y de querer sacar las libertades populares de una “costumbre local momificada”. Cfr. para esta cita JULIÁ, Santos, *Historias de las dos Españas*, Editorial Taurus, 3ª Edición, 2005, pg. 202. Para una explicación más amplia de mi visión sobre el pensamiento costista véase mi trabajo *Mito y realidad del standum est chartae*, en el Libro colectivo sobre el Tercer Centenario del MARQUÉS del RISCO que ha coordinado el profesor Miguel Ángel GONZÁLEZ de SAN SEGUNDO (2007).

44 No me convence por eso la afirmación de SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, de que la evolución de la sociedad desde las estructuras agrarias a urbanas y de la familia patriarcal amplia a la nuclear más reducida priva a los defensores de la legítima de muchos de sus argumentos tradicionales, al menos formulada, según la presenta el autor, como un debilitamiento de las razones que hoy existen para mantener la legítima. Cfr. el comentario sobre la legítima del autor en el *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 572.

mayo de 1985). Concurriendo hijos matrimoniales y no matrimoniales es de suponer que la libertad que otorga el Derecho aragonés al disponente se ejercerá más frecuentemente a favor de los primeros que a favor de los segundos.

Un cierto mérito de la LS de 1999, comparada con la Compilación, es el de dejar ahora algo más claro que antes que la legítima juega igual en los casos de testamento que en los de pacto sucesorio y en los de fiducia, conclusión que se desprendía también del articulado del Apéndice y de la Compilación pero menos claramente. La Compilación contemplaba casi exclusivamente, al regular la legítima, la disposición en testamento. Aparte de la sistemática general de la nueva Ley, ese amplio ámbito de la legítima lo afirman en general el artículo 3, acaso el más rotundo, y el artículo 149 y el artículo 172-1º, que afirma que la legítima *“puede atribuirse por cualquier título lucrativo”*, y el artículo 194-1º, y se hacen algunas referencias a la legítima en la regulación de los pactos sucesorios (art. 81, o art. 86, 1º, letra c,...), o en la de la fiducia (art. 130, letra a; art. 139, reformado por la Ley 2/2003,...), o en la del testamento mancomunado (art. 104-1º...), etc. En particular, en la regulación por la LS (arts. 80 y 81) de la institución recíproca de herederos se deja sentir especialmente el límite de la legítima, habiendo acertado la LS con una regulación, que mantiene sustancialmente la sensata regulación de la Compilación de 1967-1985 sobre el pacto al más viviente (art. 108), aunque procurando facilitar un tanto la institución recíproca de herederos expresamente establecida por los disponentes.

En general, la LS, renovando la fe que depositara el legislador de 1967 en la utilidad de un instituto como el pacto sucesorio, propio del Derecho consuetudinario del Antiguo Régimen, aporta una regulación más detallada y precisada del pacto sucesorio que la de la Compilación aragonesa, aunque dejando todavía en la penumbra aspectos decisivos de este instituto, como el funcionamiento de las acciones de cumplimiento e incumplimiento de estos pactos, en particular cuando sean exigibles tras la muerte del instituyente, o el régimen de la invalidez y la ineficacia de estos pactos sucesorios, dudosamente resoluble no se sabe si por una aplicación analógica de la regulación dada por la LS para la nulidad o anulabilidad del testamento (arts. 108 a 123 y 106-3º) o si por una aplicación analógica de las reglas de los contratos (art. 69-2º). También la fiducia sucesoria procedente del Derecho consuetudinario del Antiguo Régimen ha recibido una regulación bastante más detallada que la de la Compilación y siendo descrita legislativamente como procedente siempre de una voluntad unilateral y no de un pacto, pero sin haber previsto apenas nada sobre la importante cuestión de los incumplimientos de la fiducia por el fiduciario o fiduciarios. Ambos institutos, como en 1967, pienso que han sido regulados por el legislador de 1999 de una forma un tanto voluntarista y artificiosa, al carecerse de una base doctrinal y jurisprudencial suficientemente sólida, digamos que monográficamente estudiada. Además, la ausencia de una regulación sobre pactos sucesorios y fiducias en el Derecho general español que pudiera actuar como Derecho supletorio para llenar los todavía amplios vacíos de estas regulaciones hace que el legislador aragonés de 1999 tenga que remitirse como normas supletorias, en fórmula sensata pero que no impedirá, si los institutos mencionados incrementan su modesto arraigo social actual, la aparición de abundantes y problemáticas dudas, a *“las normas generales sobre los contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones”* (art. 69-2º).

Y en fin, aunque quede más claro en la LS que en la Compilación el hecho de que las normas sobre la legítima abarcan en su totalidad el fenómeno sucesorio voluntario de la persona (arts. 3, 149 y 194-1º), no deja de ser cierto todavía, como se va a intentar poner de manifiesto en el presente trabajo, que el legislador aragonés de 1999 ha quedado aún

lejos, en mi opinión, de una contemplación y reflexión coherente y en profundidad de las muy considerables complejidades teóricas que pone de manifiesto la aplicación de la normativa sustancialmente imperativa de la legítima frente al sistema legal sucesorio ultraliberal que el propio legislador de 1999 ha diseñado, manteniendo y potenciando todos los institutos engendrados en el viejo Derecho consuetudinario aragonés del Antiguo Régimen. Tampoco denota la LS, a diferencia de la mejor y más moderna doctrina sobre el Código civil, una reflexión específica y detenida sobre las relaciones entre la legítima y la sucesión legal.

#### 4º) ÁMBITO DE LA LEGÍTIMA Y REGULACIÓN DEL CAUDAL COMPUTABLE.

##### A) Generalidades y modo de determinación del valor de los derechos computables.

El caudal base o caudal computable de la legítima lo regula el artículo 174 en términos ortodoxos, pero presuponiendo en su espíritu una herencia deferida por testamento, como la suma del *"donatum"* y el *"relictum"* y precisando en cuanto al primero las donaciones que, excepcionalmente, no se computan, y entendiendo entre las donaciones computables, por supuesto, tanto las hechas a legitimarios como a otras personas. Voy a referirme primero al supuesto, ciertamente más importante en la práctica, de sucesión deferida en testamento y a algunas generalidades sobre la formación del caudal computable, dejando para después la cuestión de la determinación del momento a considerar para la valoración de los bienes computables, la cuestión del caudal base de la legítima en las sucesiones deferidas mediante pacto sucesorio, o deferidas mediante fiducia sucesoria, y la cuestión de las relaciones entre legítima y sucesión intestada o legal.

Pensando en sucesiones testamentarias, el *"caudal relicto"* se entiende que es, como en el sistema del Código civil, el conjunto de los bienes transmisibles dejados al morir por el causante. Pero la legítima se relaciona no sólo con lo que deja la persona al morir sino, tendencialmente, con todo lo que tuvo en vida. La determinación del *"relictum"* muy frecuentemente supone la previa liquidación de la comunidad legal de bienes en la persona casada. En el *"relictum"*, aunque no se diga claramente, habrá que descontar, como en el artículo 818 del Código civil, las deudas de la herencia, por lo que la referencia del artículo 174-1º al *"caudal relicto"* parece que debe entenderse como el caudal resultante de la liquidación de la herencia, *"liquidación"* que el propio artículo 174-1º, nº 1, menciona a otros efectos. También el artículo 136, letra b, de la LS pone a cargo del caudal relicto las cargas y deudas de la herencia pendiente de asignación por el fiduciario. Y entre dichas deudas habrá que contar, por supuesto, las cargas fiscales<sup>45</sup>. Pero pienso, con todo, que quizás debió aclararse este punto de la necesidad de descontar las deudas de la herencia para el cálculo del *"relictum"* en el artículo 174, por su importancia, algo más expresamente de cómo se hizo. Sí que habrá que descontar del *relictum*, cuando se haya liquidado el consorcio y quede cónyuge supérstite, las *aventajas* que se detraen por ley y a favor del viudo, sin computarlas en su parte del consorcio (cfr. art. 84-2º de la Ley aragonesa 2/2003)<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Cfr., presuponiendo dicha consideración, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006.

<sup>46</sup> Sobre esta cuestión y otras muchas que se relacionan con posibles detracciones del caudal relicto en el régimen del Código civil es casi inevitable la cita del completo y muy razonado trabajo de VALLET de GOYTISOLO, Juan, en *Aspecto cuantitativo de las legítimas*, Anuario de Derecho Civil, 1971, pp.5 a 27.



El artículo 175-2º, inciso segundo, parece afirmar, “*a contrario*” y excluyendo la posible aplicabilidad supletoria del artículo 818 del Código civil, que hay que deducir del cálculo del “*relictum*” el valor de las cargas impuestas en el testamento por el testador a herederos o legatarios que no sean descendientes. El artículo 818 del Código probablemente respondía a la idea de que era más cómodo y sencillo, habiéndose fraccionado la titularidad plena sobre un bien atribuido en el testamento a dos o más titulares (por ejemplo, nuda propiedad y usufructo; propiedad gravada de la finca sirviente y servidumbre; dominio directo y dominio útil del enfiteuta; etc), computar el valor de la propiedad plena o como si estuviera sin gravamen, mejor que no calcular el valor por separado de la titularidad nuda gravada y de la titularidad del gravamen y sumar ambos valores de difícil cálculo atribuidos a personas distintas en el testamento para llevar luego como sumando esa compleja y problemática suma al caudal computable de la legítima. La clara diferencia entre el artículo 175-2º de la LS y el artículo 818 del Código civil parece que debe llevar a pensar que para el cálculo del caudal relicto el legislador aragonés impone que se compute el valor real de las titularidades nudas o gravadas de los bienes atribuidos a herederos o legatarios no descendientes, y que se omita, en cambio, el valor de los gravámenes impuestos a esas titularidades, que no se quiere trasladar al cálculo del caudal relicto. Esta interpretación diferenciadora de nuestro sistema legal del correspondiente en esto al Código civil parece más respetuosa de la letra de la LS que la que afirmara que los mencionados gravámenes de todas formas deberían computarse según el artículo 174-1,1º de la LS en el mismo sentido en que lo ordena el artículo 818 y, por tanto, haciendo abstracción del valor de gravámenes efectivamente impuestos sobre los bienes en el testamento.

Pues bien, entendido así el precepto aragonés, parece el mismo injustificado, al producir una mutilación en principio arbitraria del caudal relicto según siempre se había entendido en el Derecho español, y al enturbiar además, con ello, considerablemente las líneas de inspiración profundas de la legítima aragonesa en comparación también con las líneas que habían prevalecido en la Compilación de 1967.

Ahora bien, mientras que en la Compilación la legítima parece que venía constituida por dos tercios del caudal computable pero descontado en éste el valor de los gravámenes previos existentes en los bienes atribuidos, aunque no el valor de los gravámenes impuestos en el testamento por el disponente (con lo que para el cálculo del caudal computable contaban las titularidades de descendientes o de no descendientes gravadas en el testamento como titularidades no gravadas o plenas), y sin descontar tampoco en dicho cálculo del caudal computable, al parecer, el importe del valor de capitalización de los gravámenes impuestos con causa justa a favor de no descendientes, y el valor de capitalización del usufructo legal de viudedad, en la nueva LS parece exigirse, en cambio, a la vista de la regulación no del todo clara de los artículos 175-2º, 183-1º y 185, 1º, letra b, que la mitad del caudal computable que hay que atribuir con la partición de la herencia sea una mitad de esa cifra del caudal computable atribuida en bienes relictos y con un valor inicial real y efectivo por dicha mitad del caudal computable.

Mientras bajo la Compilación podría decirse que había una “reunión ficticia” de donaciones (*donatum*) y también una “reunión ficticia” de todas las titularidades plenas de los bienes atribuidos en realidad con gravamen a los legitimarios o a otras personas (a ese conjunto se aplicaban los dos tercios), en la nueva LS hay sólo “reunión ficticia” de donaciones, pero no completa “reunión ficticia” de todas las titularidades plenas (no computadas como plenas las realmente gravadas correspondientes a los no descendientes) con abstracción de los gravámenes que provocan minoración de su valor real actual,

con lo que, al parecer, tiene que haber, según la ley, reunión o atribución a los legitimarios de titularidades sobre bienes con su valor real actual efectivamente igual o superior, sumado todo, a la mitad del caudal computable. Acaso sea ésta la idea que ha inspirado al legislador aragonés de 1999.

Con la Compilación se recibían en general inicialmente por los legitimarios los dos tercios del caudal base de la legítima sólo en teoría, aunque en ciertos casos, y señaladamente cuando el cónyuge viudo fuera muy joven a la apertura de la sucesión, con la aspiración a “llenar” a la larga con su pleno valor esos dos tercios del caudal computable cuando se extinguieran (o se llegaran a reducir lo suficiente en su valor actual) todos los gravámenes, pero la nueva LS parece exigir, aunque con un criterio mixto y algo oscuro y discutible (art. 175-2º, inciso segundo, ya explicado), el cumplimiento del deber de legítima obligando a “llenar” desde el principio su valor legal teórico. Podría decirse que los criterios de cálculo del caudal computable de la Compilación eran más claros en sus ideas inspiradoras, que tendían a aumentar la cuantía de la legítima, aunque a costa de producir el resultado en ciertos casos de una legítima no plenamente cumplida inicialmente en términos reales, y que la actual LS ha enturbiado sus líneas de inspiración y tiende a unas cuantías de legítimas algo inferiores que las calculadas según el sistema anterior, aunque aspirando a que sean siempre cumplidas efectivamente en términos económicos reales, desde el principio, cuando se respeten los criterios impuestos por la ley. Dado que por ahora partimos todos de que la viudedad es institución básica y no cuestionable del Derecho aragonés, me parece que el sistema de la Compilación, fijado por una simple remisión al artículo 818 del Código civil, no sólo era más claro y coherente con dicha premisa, sino más útil o preferible también desde el punto de vista social.

Además, mientras para la Compilación era discutido si la legítima era una “*pars bonorum*” o una “*pars valoris*”, en la nueva LS es seguro que, como regla general, y con discutible fundamento, la legítima es una “*pars bonorum*” como regla general. Vuelvo sobre esta cuestión en un epígrafe posterior.

La LS, con buen criterio, imputa en la legítima, salvo voluntad contraria del disponente, todas las liberalidades computables en el caudal base de la legítima, entre las que hay que entender que se incluyen las liberalidades hechas a legitimarios de grado “*no preferente*” y en sentido propio o que sean legitimarios de esa clase tras la delación de la herencia, aunque los artículos 175 y 176 no mencionen estas liberalidades expresamente. Creo que habría que mantener este razonable criterio, coherente con la lógica profunda de la legítima, aunque el mismo encuentra una cierta dificultad en la concreta regla del artículo 193-2º de la LS, en la medida en la que el precepto quiere explicar un supuesto de vulneración total de la legítima por el disponente y alude únicamente a preterición no intencional de todos los legitimarios preferentes existentes y a que ninguno de los legitimarios no preferentes existentes haya recibido nada por vía de herencia o de legado (no también, en cambio, como parece que hubiera debido decir, por vía de donación). En la Compilación la imputación en la legítima de las donaciones hechas a los legitimarios mediatos podía deducirse interpretativamente de una interpretación amplia, que parecía bastante asequible, del artículo 126-2º. Menciona en cambio la LS (art. 175-1º), las liberalidades recibidas del causante por sus descendientes premuertos, incapaces de suceder, desheredados con causa legal o renunciantes a la legítima. Esta afirmación legal hubiera resultado obvia si se refiriese la LS a computación de estas donaciones para el cálculo de la legítima, pero como a lo que el precepto se refiere es a “imputación” de dichas donaciones en la legítima, el mismo plantea una difícil cuestión interpretativa a

la que me referiré al tratar la distinción entre legitimarios de grado preferente y de grado no preferente.

Parece que también deberán considerarse imputables en la legítima las donaciones hechas con bienes de la sucesión por el instituido en pacto sucesorio (art. 75 de la LS), o por el instituido y el instituyente conjuntamente (art. 78-2º y 75 de la LS), o por el instituyente en caso de un pacto sucesorio a favor de tercero (art. 83), siempre que dichas donaciones se hagan a quienes lleguen luego a ser legitimarios preferentes o no preferentes del causante cuya donación y legítima se consideren.

Al haber perdido las antiguas dotes hechas a las hijas con ocasión de su matrimonio, instituto con importante trayectoria en el Derecho aragonés histórico, desde la reforma del Código civil de 1981, su consideración jurídicamente diferenciada pero relacionada con el cumplimiento de la legítima, que había requerido la atención del legislador aragonés de 1925 (cfr. arts. 36 y 61 del Apéndice) y de 1967 (arts. 30 a 32 de la Compilación), hoy las dotes sólo serían donaciones por razón de matrimonio, desde luego alcanzadas por la presunción de imputación en la legítima del donante causante del artículo 175-1º de la LS, y reguladas en otros sentidos por los artículos 1336 a 1343 del Código civil. Creo que donaciones de cierta entidad hechas a los hijos con ocasión del matrimonio no serían en principio las meras “*liberalidades usuales*” de las que el artículo 174-2º de la LS excluye de la imputación en la legítima. Veremos posteriormente sobre esto que parece inaplicable en Aragón el artículo 1044 del Código civil.

## **B) Momento determinativo del valor de los bienes computables.**

El caudal relicto, según el artículo 174-1º de la LS, debe calcularse al tiempo de “*liquidarse*” la legítima, y no en principio, por tanto, en el momento de la apertura de la sucesión, pero tampoco acaso, en el extremo opuesto, en el instante de pago de la legítima (art. 174-1º de la LS). El artículo 818, párrafo 1º, del Código civil, aplicable en Aragón hasta la LS de 1999, no aclaraba exactamente el momento al que debía referirse la liquidación del *relictum*, que requerirá realización de inventario y evaluación económica o traducción de los concretos bienes y derechos a un valor monetario. La doctrina había discutido sobre si era el momento más equitativo para valorar el caudal relicto el del fallecimiento del testador, o el día en que se hacía la valoración, o el día en que se había de pagar la legítima, sosteniendo doctrina de mucha autoridad criterios mixtos.<sup>47</sup> A favor de la teoría de la atención al momento de valoración o liquidación de la legítima cabe invocar también, sobre todo si se generaliza, y desde la reforma de 1981, el artícu-

<sup>47</sup> Según LACRUZ, que no consideraba el artículo 654 del Código civil argumento decisivo en la cuestión, conviene distinguir los supuestos en los que la distribución o partición de los bienes la haga el propio testador, caso en el que el momento decisivo para los cálculos y la liquidación convendría pensar que fuera el de la apertura de la sucesión y sin que cupiera ya deshacer lo hecho por el testador (arg. arts. 1056-1º y 1075 del Código), y los restantes supuestos, en los que la directriz le parecía más bien que la “cuota de valor” del legitimario había que entenderla relativa al caudal de cada momento. A partir de ahí, y considerando la explicación en su misma línea, recogía la opinión de VALLET de GOYTISOLO, en el sentido de que había que hacer dos liquidaciones, con distintas finalidades, una en el momento del fallecimiento del causante y la otra en el momento de la partición. La primera para comprobar si los bienes asignados por el causante cubrían o no la cuota del respectivo asignatario o legitimario y para determinar la proporción en que resultara el exceso o el defecto. La segunda, para distribuir el caudal restante y para completar las cuotas de los lotes no cubiertas totalmente con las asignaciones testamentarias, que deberían referirse al valor de la fecha en que se haga la adjudicación, puesto que legitimarios y coherederos, como cotitulares de una masa común indivisa, deben compartir sus riesgos, tanto de favorable como de adverso resultado. Cfr. *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 100 a 102. Criterios mixtos diferentes, y con varias distinciones que salvan un ámbito propio para los artículos 654 y 847, propone DE LA CÁMARA, quien se inclina por el momento de la liquidación y partición de la herencia como el relevante para el cálculo de la legítima para los casos en que la legítima se haya dejado a título de institución de heredero o de legado de parte alicuota. Pero termina afirmando que el tema dista mucho de ser claro. Cfr. *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pp.240 a 243.

lo 847 del Código civil, que alude al tiempo de la liquidación de la cuota legitimaria, y que, por su espíritu y por el supuesto al que se refiere (pago en metálico excepcional de la legítima en los casos de los artículo 841 y siguientes), claramente menciona un momento posterior al de la apertura de la sucesión<sup>48</sup>. En principio, estos criterios mixtos no parecería fácil que pudieran entenderse recogidos en el artículo 174-1º de la LS, y no siendo fácticamente posible referir los cálculos de la liquidación con todo rigor al momento preciso del pago de la legítima, parece que podría entenderse el precepto, en principio, y según la mente del legislador, como estableciendo la necesidad de una liquidación o valoración en la fecha más aproximada posible a dicho momento del pago de la legítima y tras la partición de la herencia. Podrían hacerse cálculos estimatorios y aproximados con dicha finalidad.

Esta podría ser una forma de entender el artículo 174-1º de la LS, lo que parecería coherente con la tendencia general de la LS a enfatizar y hasta a exagerar el papel de la delación en el funcionamiento de los mecanismos sucesorios, aunque veremos posteriormente, por otra parte, que en casos de fiducia u otros de delación retrasada de la sucesión, y si hay base en dichos supuestos para impugnaciones del título sucesorio por los legitimarios, la cuestión puede ofrecer más matices y complejidad.

En efecto, esas impugnaciones judiciales de la legítima veremos que caben incluso antes de la delación de la herencia y el artículo 654 del Código civil, relativo a la acción de reducción de donaciones y aplicable todavía supletoriamente en Aragón, y que señala el momento de la muerte del causante como el decisivo para el cálculo de la medida de la inoficiosidad de la donación reducible, daría un argumento de peso para entender que la liquidación de la legítima debiera hacerse a la apertura de la sucesión siempre que se ejercitaran acciones de protección de la legítima y se atacaran liberalidades de cualquier clase del causante. Y ello, parece, sea o no retrasada la delación de la sucesión. Véase, en efecto, el artículo 178-1º, inciso 1º, de la LS, que afirma con acierto que las acciones legitimarias de impugnación de títulos sucesorios, que sin duda requieren liquidación al menos estimatoria o contable, pueden ejercitarse como norma desde el fallecimiento del causante. El esquema general podría ser, entonces, en una primera aproximación, que para los supuestos de cumplimiento forzoso o impuesto judicialmente de la legítima el "*tiempo de liquidación*" de la legítima sería, genéricamente, el de la apertura de la sucesión, y en referencia a dicho momento se deberían realizar los cálculos, y para el cumplimiento voluntario de la legítima, o a través del cumplimiento de títulos sucesorios válidos y eficaces, el momento sería, siguiendo la mente del legislador, tras la delación de la herencia y los legados, el más próximo posible a aquél en que se previera el pago de la legítima, en principio tras la partición de la herencia, en su caso. La expresión "*tiempo de liquidación*" del artículo 174-1-1º y 2º me parece que es por fortuna suficientemente flexible como para albergar a la vez ambas hipótesis diferentes.

Pero una vez reconocida esta flexibilidad del artículo 174-1º de la LS, quizás es razonable dar un paso más, y entender aplicables, prescindiendo un tanto de la mente más probable y acaso simplificadora en exceso del legislador aragonés, los criterios mixtos y muy razonables que había sostenido la doctrina más autorizada en relación al Código civil (Lacruz; Vallet de Goytisolo; De la Cámara), aunque sólo a los supuestos que podríamos considerar de cumplimiento voluntario del deber de legítima<sup>49</sup>. De aceptarse esta explicación, llegaríamos a la conclusión de que el artículo 174-1º no habría introducido

---

<sup>48</sup> Así, generalizando el artículo 847, explican la cuestión, por ejemplo DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Volumen 4º, 9ª edición, 2004, pg. 427.

cambios sustanciales respecto de los esquemas en este punto del Código civil<sup>50</sup>, si no hacemos de su artículo 847 el principio básico en la materia. Esta explicación parecería, en mi opinión, razonable, porque no creo que existan razones de peso para dar en esto trato distinto a la legítima del Código y a la legítima aragonesa<sup>51</sup>. Además, ya se ha explicado en otros lugares que el legislador aragonés de 1999 ha tendido a dar un relieve excesivo al momento de la delación de la sucesión, pero parece que sin ser capaz de tener en mente toda la rica complejidad de la casuística y de los mecanismos del fenómeno sucesorio en el Derecho aragonés. Quizás podría completarse todavía esta explicación con la sugestiva propuesta doctrinal<sup>52</sup> de que si la legítima se ha satisfecho por vía de legado de cosa cierta, de donación o de adjudicación particional hecha por el propio testador, acaso podría reconocerse una especie de “*individualización de los riesgos*” de esos bienes concretos separados en teoría de la masa común, y considerar para ellos relevante en cuanto al cálculo de la legítima el momento del fallecimiento del causante. Habría entonces en ello una especie de importante excepción al esquema general que acabo de proponer.

En cuanto a la contribución a la formación del caudal base de la legítima del *donatum*, afirma el artículo 174-1-2º de la LS que “*se añade el valor de los bienes donados por el causante calculado al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima*”. La explicación de esta regla requiere recordar sus antecedentes históricos.

Hasta la LS de 1999 la cuestión había estado regulada por el artículo 818, párrafo 2º, del Código civil, que en su versión originaria establecía lo siguiente: “*al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieran se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho*”. El precepto señalaba claramente que las donaciones del *donatum* habían de valorarse según el tiempo en que fueron hechas, con lo que la doctrina mayoritaria, incluido el profesor Lacruz, se plegó ante texto tan contundente y aceptó el criterio durante mucho tiempo. Sin embargo, el profesor Cossío y Corral argumentó contra dicho criterio, considerándolo injusto, y aproximándolo al antiguo artículo 1045 del Código, en el sentido de que el artículo 818, párrafo 2º, se entendiera como reclamando que en la estimación del valor de lo donado se prescindie-

49 SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, plantea el falso problema, que además considera en casos prácticamente irresoluble, de cómo “liquidar” el caudal relicto en supuestos en los que toda la legítima esté ya satisfecha por donaciones, lo que afirma que, al dictado del artículo 174 de la LS, obligaría a una casi imposible liquidación en tiempo pretérito, cuando posiblemente los bienes o derechos a valorar no existían, o no pertenecieron luego al causante de la sucesión, y cuando pudo haber diversas donaciones hechas en fechas diversas, lo que impediría, según él, fijar un momento único en que calcular el caudal base de la legítima. Cfr. su comentario de la legítima en la obra colectiva *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 590. Sin embargo, el alambicado y tortuoso razonamiento del autor se basa evidentemente en la confusión entre los conceptos de caudal relicto, único al que se refiere el artículo 174-1-1º de la LS, y el caudal computable o caudal base de la legítima, suma del *relictum* y del *donatum*. En el supuesto sobre el que discurre sólo habría *donatum* y no *relictum* o caudal relicto, con lo que no habría necesidad ninguna de aplicar el artículo 174-1-1º de la LS ni retroactivamente ni de ninguna otra manera.

50 Manifiesta tajantemente lo contrario SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, quien sostiene que el artículo 174-1º de la LS ha introducido un cambio radical respecto del Código civil, pero creo que sin explicar bien los datos esenciales del problema. Cfr. su comentario sobre la legítima en la obra colectiva *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 589-590.

51 En relación con la Compilación aragonesa de 1967 se mostraron de acuerdo en que no había diferencias sustanciales en esta cuestión entre la Compilación y el Código civil tanto LACRUZ como, siguiéndole, VALLET de GOYTISOLO, Cfr. del primero *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pg. 518; y del segundo *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 1º, 1974, pg. 476.

52 Cfr. en dicho sentido la explicación de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pg. 242. Esta opinión de DE LA CÁMARA, que fue formulada por primera vez en un importante trabajo del autor de 1964, ha sido seguida también por VALLET de GOYTISOLO, en su libro *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo 1º, 1974, pp. 211-212. También ha seguido a DE LA CÁMARA en esta explicación LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, en una pensada explicación sobre el problema en la obra colectiva coordinada por CAPILLA RONCERO, Francisco, *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, 1999, pp. 358 a 362.

ra de las mejoras y quebrantos posteriores a la donación, pero valorándose la cosa a precios actuales tal y como se encontraba en el momento de ser donada<sup>53</sup>. Este cambio radical en la interpretación del artículo 818, párrafo 2º, fue ganando significativas adhesiones en la doctrina hasta que en la reforma del Código civil hecha por la Ley de 13 de mayo de 1981 se modificaron en ese genérico sentido tanto el artículo 818, párrafo 2º, como el artículo 1045 del Código civil. Según el actual artículo 818, párrafo 2º: *“al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”*. Y según el artículo 1045: *“no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios”* / *“El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”*. El nuevo criterio, ahora recogido ya sólo, como se ve, en el artículo 1045, goza hoy de amplísimo apoyo en la doctrina del Código civil.

Sin embargo, frente a esa opinión muy mayoritaria en el ámbito del Código civil, en la doctrina aragonesa un autor<sup>54</sup> había defendido como preferible el criterio del antiguo artículo 818, párrafo 2º, del Código, alegando que protegería mejor dicho criterio la seguridad jurídica, puesto que el valor del momento de la donación fue el que conocieron tanto el donante como el donatario cuando contrataron; que la inoficiosidad sobrevenida podría depender de circunstancias socioeconómicas ajenas a la voluntad del donante y del donatario; y que hasta sería posible que la nueva solución del Código de 1981 estuviera sancionando la buena gestión del donatario que hubiera logrado revalorizar la cosa.

No sé si teniendo en cuenta o no esta opinión, pero el caso es que el nuevo criterio del artículo 174-1-2º de la LS ha venido a coincidir con la misma, aunque con la leve atenuación de la exigencia legal de que el importe del valor antiguo de la donación computada se actualice al tiempo de liquidarse la legítima. Creo que no ha acertado nuestro legislador apartándose del razonable criterio del nuevo artículo 1045 del Código civil, avalado por el criterio de muchos destacados civilistas españoles. Obsérvese que los argumentos que se habían opuesto en Aragón a este precepto se ponen excesivamente de parte del donatario, que tiene obviamente un título jurídico más débil que el del legitimario, éste con un derecho subjetivo sólidamente anclado en normas imperativas. El legislador prefiere siempre al acreedor frente al donatario, como se sabe, y el legitimario es mucho más que un acreedor. Con el criterio del artículo 174-1-2º de la LS puede salir muy perjudicado en su legítima todo legitimario en los casos, nada infrecuentes, en que existan donaciones antiguas que han experimentado una enorme revalorización hasta el momento de liquidar la legítima. Otro precepto más de la LS que erosiona sin razones suficientes, en mi opinión, el instituto de la legítima.

Para que una donación muy revalorizada luego sea reducible *ex* artículo 180 de la LS necesitará en efecto ciertos requisitos, como que quedara en propiedad del donatario definitivamente o mucho tiempo para que la revalorización le haya beneficiado efectivamente, puesto que sería absurdo privar al donatario de un valor económico que no ha recibido realmente. Eso no sería “reducirle” la donación por inoficiosa<sup>55</sup>. Sin embargo,

53 Véase la opinión de COSSIO recogida por dos veces con todo cuidado y respeto por el profesor LACRUZ, que no llegaba a aceptarla por la tajante letra en contra del antiguo artículo 818, párrafo 2º, en *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pg. 104, nota 5, y pg. 161, nota 21.

54 Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, en *Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés*, en los *Estudios en Homenaje al profesor LACRUZ*, Volumen 2º, 1993, pp. 1750 a 1755.

55 Por eso en esta materia las generalizaciones excesivas son peligrosas. En relación al *donatum* y al antiguo artículo 818-2º del Código civil, había sostenido VALLET de GOYTISOLO, Juan, que cuando se tratase de la donación de un

situarse en el plano de los efectos de la sobrevenida reducción de la donación que llegue a calificarse de inoficiosa para determinar el momento en el que se deben valorar las donaciones a efectos del cálculo del caudal computable para la legítima, es una metodología engañosa y discutible porque, además de lo ya explicado, la inmensa mayoría de las donaciones que se computan para ese cálculo del caudal computable de la legítima no serán nunca impugnadas por la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

### C) Caudal computable en los pactos sucesorios.

Toca ahora considerar qué entienda el artículo 174-1º de la LS por “*caudal relicto*”, que además especifica que debe valorarse “*al tiempo de liquidarse la legítima*”, en los supuestos de pacto sucesorio, debiéndose distinguir, por una parte, entre el pacto sucesorio con institución de presente, y dentro del mismo según los bienes adquiridos sobrevenida-mente por el instituyente se adquirieran también inmediatamente por el instituido (por pacto en tal sentido: art. 74-2º), o se adquirieran dichos bienes sobrevenidos por el instituido pero sólo tras el fallecimiento del instituyente (lo que presume el art. 74-2º), y por otra parte, el pacto sucesorio con institución para después de los días (art. 77 a 79).

En el supuesto de pacto sucesorio con institución de presente y si también los bienes sobrevenidamente adquiridos por el instituyente han sido inmediatamente adquiridos por el instituido o transmitidos a él, a la muerte del instituyente, por “*caudal relicto*” en el sentido del artículo 174-1º habrá que entender sustancialmente todos esos bienes transmitidos por el disponente o instituyente al instituido o instituidos tanto en el momento de la celebración del pacto sucesorio, o como ejecución del mismo, como en los momentos sucesivos en que el instituido o instituidos hayan ido recibiendo bienes del instituyente en virtud del título constituido por el pacto sucesorio con institución de presente. Si ha quedado algún otro bien o algunos otros bienes del instituyente, al morir éste, al margen de esa *vis* atractiva del título universal o de los títulos universales del instituido o de los varios instituidos en el pacto sucesorio, y entonces como bienes que seguían siendo todavía propiedad del instituyente al morir éste, dicho bien o dichos bienes también constituirían “*caudal relicto*” del instituyente, y computables *ex* artículo 174-1º, pero en principio, aunque tampoco necesariamente (el instituyente ha podido reservarse también para sí parte importante de su fortuna), con un evidente carácter residual respecto de los bienes ya transmitidos a los instituidos mediante el pacto sucesorio con institución de presente, bienes que habitualmente constituirían en dichos supuestos el grueso del “*caudal relicto*” o del “*relictum*” base de la legítima.

Este caudal relicto también se valorará por su valor “*al tiempo de liquidarse la legítima*”, o sea, tras el fallecimiento del disponente o instituyente, aunque la propiedad de los bienes se hubiera transmitido acaso muchos años antes al instituido o instituidos herederos o incluso “*legatarios*”. Aunque los bienes heredados a través del pacto sucesorio por el instituido se habrán mezclado fácticamente en su patrimonio con los bienes de su propiedad de otras procedencias, parece que a efectos del cálculo de la legítima del instituyente los bienes heredados con base en el pacto sucesorio funcionarán como

---

inmueble que el donatario había conservado, parecía que podía valer la relevancia del momento de la donación para fijar el valor en cuanto a la determinación del caudal computable de la legítima, pero que si el donatario había enajenado la finca antes de desvalorizarse la moneda para con su importe cubrir sus necesidades, o cuando la finca donada hubiera sido también desvalorizada por la propia ley (una reforma arrendaticia urbana, por ejemplo, explicaba), en estos casos, siguiendo a KIPP, proponía atenerse a las circunstancias específicas del caso sin cerrarse a ninguno de los dos criterios genéricos prefijados o sostenidos en la doctrina. Cfr. *Limitaciones del Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 1º, 1974, pg. 475.

una especie de patrimonio separado y con operatividad interna del principio de subrogación real (cfr. art. 75 y arg. analogía con art. 138-2º). También habrá que restar al valor de los bienes adquiridos por el instituido con base en el pacto sucesorio con institución de presente las deudas de la herencia recibida por él o deudas adquiridas por el instituyente con anterioridad a la celebración del pacto sucesorio. A este "*relictum*" así entendido también habría que sumarle el "*donatum*", con la particularidad de que, en estos supuestos, las donaciones del disponente a cualesquiera donatarios, y computables, tanto podrían ser anteriores al pacto sucesorio con institución de presente, como posteriores al mismo.

Esta explicación la considero indudable, puesto que a lo que tiende el legislador es a que quede siempre para los legitimarios la mitad de la fortuna que tuvo en vida el disponente (arts. 171 y 174) y la lógica del instituto de la legítima impide, entonces, en estos pactos sucesorios con institución de presente, que se considere como caudal base de la legítima, donaciones aparte, sólo lo que dejó en su patrimonio el disponente al fallecer, según la noción de "*caudal relicto*" del Código civil y que acaso arrastra todavía en su espíritu el artículo 174 de la LS. Por tanto, retenga desde ahora el lector que el "*caudal relicto*" del artículo 174-1º, y acaso esta misma expresión también en otros preceptos, como veremos, puede incluir bienes transmitidos antes del fallecimiento del disponente y es noción distinta y más amplia en su contenido que la que estamos acostumbrados a manejar en el ámbito del Código civil. Noción también algo distinta, por cierto, de su origen etimológico ("*relinquere*": dejar; dejar atrás; dejar alejándose) y de la acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que entiende por "*bienes relictos*" los dejados por el causante al fallecer. Quizás la intuición más o menos clara de esto llevó a nuestro legislador aragonés de 1967 a no entrar a pormenorizar lo que entendía por caudal computable de la legítima. Aunque el artículo 818 del Código civil, al que se remitía el artículo 119 de la Compilación, había que entenderlo, en definitiva, mediando pactos sucesorios con institución de presente, como se ha explicado que hay que entender hoy el artículo 174-1º de la LS. El legislador de 1967 discurría inconscientemente casi siempre contemplando la realidad social, o sea la existencia de testamentos, y no pensando en pactos sucesorios.

En los supuestos de pacto sucesorio con institución de presente y sin pacto de que los bienes sobrevenidamente adquiridos por el instituyente pasen al instituido (art. 74-2º), el "*caudal relicto*" del artículo 174-1º estará integrado por los bienes heredados o transmitidos con título universal al instituido mediante el pacto sucesorio, más los bienes que con posterioridad haya podido adquirir el instituyente y que habrá retenido en propiedad hasta su muerte, con obligación más o menos concreta según cada pacto sucesorio de reservarlos para el instituido, más los bienes que quizás quiso reservarse el instituyente para sí desde el momento en que realizó el pacto sucesorio con institución de presente. En esta ocasión el "*relictum*" estará integrado siempre por una parte significativa de bienes dejados al morir por el instituyente, pero sigue siendo cierto que otra parte significativa de bienes del "*relictum*" habrá sido transmitida por el instituyente al instituido acaso muchos años antes de morir el primero y sigue siendo cierto lo antes explicado sobre que esa porción de bienes funcionará como una especie de patrimonio separado a efectos de cálculo del caudal base de la legítima del instituyente, o lo explicado sobre que la noción de "*caudal relicto*" aquí es claramente diversa de la que estamos acostumbrados a manejar en el ámbito del Código civil.

Existiendo legitimarios, por tanto, en los pactos sucesorios con institución de presente, o el pacto en su conjunto es inoficioso si se ha instituido a uno o varios no descen-



dientes o, cuando se instituye a descendientes presumibles legitimarios del instituyente, viene a representar como un cumplimiento o intento de cumplimiento anticipado de todo o parte de la legítima del instituyente. De modo que en algunos de estos casos, es posible que, tras la muerte del instituyente, apenas quede ya nada por distribuir incluso si existía también testamento total o parcialmente eficaz del fallecido, y que lo que quede por distribuir pertenezca todo o casi todo a la mitad de libre disposición. Pero adviértase que, incluso en casos en los que esto fuera lo esperable, siempre cabrá la posibilidad de que un hecho fortuito que haya supuesto un incremento espectacular de la fortuna del instituyente poco antes de morir (premio en la lotería; herencia recibida de pariente lejano e inesperada; cuadro de un pintor que se hace muy famoso y se revaloriza enormemente; etc) podrá volver a poner en primer plano la importancia de las normas y de las acciones sobre cumplimiento de la legítima del instituyente, al caer todos o parte de estos sobrevenidos bienes relictos cuantiosos e inesperados en el ámbito de la legítima.

En los pactos sucesorios con institución para después de los días, como la adquisición de los bienes por el instituido se produce una vez fallecido el instituyente (art. 77), para el cálculo de la legítima conforme al artículo 174-1º, sí que será el "*relictum*" el conjunto de los bienes dejados al morir por el instituyente, conforme al concepto habitual que manejamos también en el ámbito del Código civil. Las donaciones que integrarán el "*donatum*" podrán serlo tanto donaciones realizadas por el instituyente antes de la celebración del pacto sucesorio como donaciones posteriores al mismo, realizadas ya con la necesaria colaboración y consentimiento del instituido (art. 78-2º).

Aunque los artículos 175 y 176 de la LS den al disponente la libertad de imputar o no imputar sus liberalidades en la legítima cuando las hace a legitimarios, creo que es útil advertir que, en rigor, la imputación no tiene como requisito esencial un "*animus*" del disponente de imputar la concreta liberalidad al legitimario conocido como tal, de modo que en ciertos casos la imputación se produce igual, y con plenitud de efectos, aun sin la existencia de dicho posible "*animus*" y aun sin la existencia de la mera posibilidad de que hubiera podido llegar a existir, si el disponente desconoció el carácter de descendiente del atributario de la liberalidad. Por ejemplo, cabe que el disponente haya hecho una liberalidad, entre vivos o por causa de muerte, a una persona de la que desconocía absolutamente que fuera su descendiente. Si luego esta persona logra que se determine correctamente su filiación respecto del disponente, creo que la atribución recibida del disponente se deberá imputar igualmente en la legítima *ex* artículo 175-1º de la LS con plenos efectos, o que dicha atribución, siendo el legitimario de grado preferente, debería ser suficiente para excluir la preterición no intencional del atributario de la liberalidad (cfr. arts. 188-1º y 193-1º de la LS). Incluso veremos posteriormente, que, aunque ello resulte claramente injusto, una mera "*mención cualquiera*" casual o arbitraria del descendiente (cfr. art. 189-1º) hecha por el disponente en el título sucesorio ignorando el carácter de legitimario que correspondiera al destinatario de la susodicha mención parece excluir también la preterición no intencional del que así hubiera sido casualmente mencionado.

Finalmente, conviene advertir que el *donatum* en los pactos sucesorios que pudiera haber se forma y calcula con los mismos criterios que cuando la sucesión se ha deferido por testamento, puesto que la legítima sólo existe jurídicamente tras la apertura de la sucesión. De modo que hay que integrar en el *donatum*, en principio, todas las donaciones hechas tanto a los legitimarios, incluidos el o los instituidos herederos en el pacto

sucesorio, y las donaciones hechas a todas las demás personas salvo las legalmente exceptuadas.

#### **D) Caudal computable y fiducia.**

Ha quedado explicado que para calcular el caudal computable o caudal base de la legítima, según el artículo 174-1º se parte del caudal relicto “*valorado al tiempo de liquidarse la legítima*”. Pero en casos de delación retrasada (art. 6 de la LS), y en particular en caso de fiducia, ¿se valora dicho caudal relicto tras el fallecimiento del causante o disponente o tras la delación de la sucesión?. Esta es una pregunta sumamente difícil y trascendente al menos en el plano teórico y que debe resolverse desde una compleja reflexión sobre el conjunto del sistema legitimario aragonés. Ayuda a resolver esta cuestión el entender que, según se va a proponer posteriormente, conviene partir de que en el sistema legal aragonés, aunque haya datos legales en contra de importancia, la legítima es un título legal específico y no singular, sino referido a una cuota del patrimonio del causante, título universal, de adquisición de bienes por causa de muerte. La respuesta a el mencionado interrogante para los restantes supuestos de delación retrasada distintos de la fiducia (condición suspensiva; o llamamientos sucesivos no habiéndose frustrado el llamamiento del heredero precedente o fiduciario) es posiblemente variable en función de la casuística, pero el punto de partida es más bien, como explicaremos al comentar el artículo 178-1º de la LS, el de que, siempre que se pueda, y al efecto de no retardar sin motivo la reclamación de su legítima por el legitimario claramente atacado en sus derechos, el caudal relicto se debe calcular a los efectos del artículo 174-1º de la LS, en el momento del fallecimiento del causante o en el momento en poco posterior a ése en el que se liquide y calcule la legítima. Por tanto, acaso muchos años antes del momento de la delación de la sucesión (cumplimiento de la condición suspensiva; muerte del fiduciario en una sustitución fideicomisaria).

Veamos ahora el caso, al menos teóricamente importante, de la fiducia. Creo que de la letra y el espíritu de la regulación de la fiducia se desprende que el “*tiempo de liquidarse la legítima*” del artículo 174 es el tiempo de ejecutarse la fiducia, acaso muchos años después del fallecimiento del comitente. Aunque el artículo 6-4º de la LS es más flexible en su formulación que otros supuestos de delación retrasada mencionados en el propio artículo 6, la LS parece referir el momento de la liquidación de la legítima al momento final de la fiducia. Véanse las formulaciones más tajantes de los artículos 133 y 9-5º de la LS y la relación de ambos con la concreta regulación de la herencia yacente de los artículos 134 a 140, que contempla un patrimonio puesto en administración, parece que en espera del cumplimiento de las normas todas de la sucesión y, entre ellas, las de la legítima.

Muy expresivo de ello es también el artículo 142-1º de la LS, conforme al cual, “*salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante*”. El precepto, acaso como un (discutible) homenaje a la tradicional Casa aragonesa (supuesto ya cubierto también por el artículo 146), lo que lo hace más dudosamente útil en los muy mayoritarios ambientes urbanos y capitalistas, parece afirmar que para que haya mitad de libre disposición en estos casos tiene que establecerla expresamente el disponente en el título sucesorio. De no hacerlo así, la Ley parece que obliga al fiduciario a distribuir el total de la herencia entre los legitimarios, sean de grado preferente o no, que hayan llegado a existir en ese momento final de la ejecución de la fiducia.

Se trataría como de una legítima especial e incrementada por la Ley hasta cubrir el total del *relictum*, aunque fuera éste mayor que la mitad del caudal computable o caudal base de la legítima. Legítima especial que, no habiendo *donatum*, sería justamente el doble que el caudal relicto y el doble de la que hubiera sido una cuantía normal de la legítima (art. 171-1º). Pese a la letra algo incoherente del precepto, el fiduciario no debe distribuir esa legítima especial y ampliada “*con la misma libertad con que podría hacerlo el causante*”, sino con bastante menos libertad, puesto que no existiría para él, como para un disponente genérico, mitad de libre disposición o resto de la mitad de libre disposición caso de haber existido *donatum*. Creo que se puede afirmar, por tanto, que el artículo 142-1º de la LS constituye una excepción en sentido formal al artículo 171-1º de la LS impuesta por una norma en parte dispositiva. Con todo, no es descartable que pudiera existir un *donatum* cuantioso y superior a la mitad de libre disposición y que, entonces, los legitimarios de grado preferente, a pesar de haber distribuido el fiduciario entre los legitimarios la totalidad del caudal relicto, tuvieran que recurrir a la acción de reducción de donaciones inoficiosas del artículo 180, letra b, de la LS.

Pese a que el sentido de la Ley creo que es claramente el expresado, y lo mismo la voluntad del legislador, entiendo que la idea de que habiendo fiducia se deba retrasar la liquidación de la legítima necesariamente siempre hasta el momento de la ejecución o de la extinción (arts. 133, 147, 148 y 178-1º de la LS) no es aceptable, en rigor, a la vista de la inabarcable casuística de la posible necesidad de ejercitar acciones de defensa de la legítima y reflexionando desde el conjunto del sistema legal sucesorio aragonés. Creo que más bien la mencionada idea debe tomarse como una mera directriz legal genérica, pero que tiene que admitir amplias excepciones, en ciertos casos, o incluso tiene que admitir otra directriz legal genérica contradictoria con ella en los casos de cumplimiento forzoso de la legítima, precisamente para que no quede desprotegida y menoscabada la legítima que el legislador tanto interés tiene en potenciar con esta misma regulación de la fiducia, como se acaba de explicar (cfr. art. 142-1º de la LS). La regulación de la LS hay que entender que apunta más bien a que cuando, aun antes de la extinción o ejecución de la fiducia pero ya sucedida la apertura de la sucesión, sea sustancialmente computable y averiguable el caudal base de la legítima, y sea suficientemente clara la violación de la legítima, habrá que entender que son ya ejercitables en tal momento, una vez sucedida ya la apertura de la sucesión, las principales acciones de protección de la legítima con la acción de reducción de liberalidades inoficiosas a la cabeza.

La difícil delimitación entre la señalada directriz legal genérica de la LS y las posibles excepciones a la misma no hay más remedio, dada la complejísima casuística posible ante la que nos enfrentamos, que encomendarla al prudente arbitrio judicial y además partiendo de que siempre cabrá en teoría ejercitar acciones de defensa de la legítima tras la apertura de la sucesión del causante. Piénsese, ante todo, para entender la complejidad de la casuística posible, que el artículo 142-2º de la LS establece que el fiduciario podrá hacer uso total o parcial, y aun en tiempos distintos, de sus facultades, a menos que el causante hubiese dispuesto otra cosa. Quizás la “liquidación” de la legítima del artículo 174-1º tenga que ser en ocasiones dos liquidaciones sucesivas de la legítima. Y piénsese además, que la aparentemente minuciosa regulación de la fiducia de los artículos 124 a 148 de la LS describe un instituto de funcionamiento un tanto idílico puesto que, aunque se preocupa por establecer controles a la diligente gestión del patrimonio hereditario puesto en administración como herencia yacente, omite cualquier referencia a vulneraciones de la legítima por parte del fiduciario, y aun omite toda refe-

rencia a la posibilidad de incumplimiento de la fiducia misma por éste. Volveré sobre esta compleja cuestión al explicar el artículo 178-1º de la LS.

### E) Caudal computable de la legítima y sucesión legal.

Es seguro e indudable, a poco que se considere la cuestión detenidamente, que en ciertos casos, para poder cumplir la legítima, habrá que reducir las liberalidades hechas por el disponente en casos en que su herencia se defiera luego, incluso íntegramente, por sucesión legal. En relación con los artículos 171 y 174 de la LS, en particular, siempre que haya un *donatum* importante hecho a no descendientes y superior a la mitad del caudal computable de la legítima, si luego se defiere el caudal relicto íntegramente por vía de sucesión intestada o legal, es seguro que habrá perjuicio a la legítima y que estaríamos ante una lesión a la legítima que habría que reconducir, visto que tampoco habría preterición en un supuesto así (art. 188-1º de la LS), a los artículos 179 y 180 de la LS, por mucho que estos preceptos (el art. 180, sobre todo) y otros varios de la LS (cfr. arts. 3 y 149), al menos en su espíritu, estén contemplando ante todo una posible regulación de la sucesión voluntaria y no de la legal. Por ejemplo, Amable, padre de tres hijos, ha hecho donaciones a Consuelo, su compañera sentimental, que lo ha cuidado siempre con afecto en una prolongada y penosa enfermedad, equivalentes al 90% de su fortuna. Si muere Amable sin testar ni hacer pacto sucesorio, el 10% restante de su fortuna sería heredado por sus tres hijos por sucesión legal y por partes iguales (arts. 202-2º y 204-2º de la LS), pero los hijos habrían sufrido una lesión en la legítima equivalente al 40% del caudal computable de la legítima. Por tanto, sólo reclamando y recuperando los tres hijos de Consuelo ese 40% se harían finalmente con su legítima consistente en la mitad de la fortuna de su padre.

Cuando, en esta línea sugerida, el *relictum* tienda a cero, el caudal computable de la legítima pasa a estar integrado tendencialmente sólo por el *donatum*, con lo que la legítima podría llegar a ser, en un caso límite, la mitad de ese *donatum*, con lo que debería reclamarse su cumplimiento, habiéndose hecho las donaciones a no descendientes, exclusivamente por el cauce del artículo 180, letra b, de la LS en un supuesto en el que no habría herencia ni legados y la legítima se percibiría por los legitimarios por un título de naturaleza sólo parcialmente sucesoria. En el extremo opuesto, cabría que la legítima estuviera ya íntegramente cubierta por donaciones imputables en la legítima, con lo que, por pequeño que pudiera resultar el caudal relicto y numerosos que fueran los legitimarios, el disponente no vería ya limitada en forma alguna su libertad para disponer en negocios por causa de muerte.

Esta sencilla explicación ha encontrado gran resistencia en ser aceptada o percibida con claridad en la doctrina civilista española, porque ha habido en ésta una tendencia tradicional muy fuerte a ver en la legítima sobre todo un límite o freno a la libertad de testar y en considerar la legítima, coherentemente con ello, como un instituto jurídico incardinable o perteneciente a la sucesión voluntaria. Por razones históricas son muchos también los preceptos legales del Código civil o de nuestra vigente LS de 1999 que se inspiran en, o presuponen, esas concepciones profundas. Además, esta cuestión tiene relación con otra diferente como la teorización de un sector de la doctrina de que cuan-

<sup>56</sup> Cfr. por ejemplo la explicación de RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, en *la preterición en el Derecho común español*, 1994, pg. 192 para el primer problema planteado, y pp. 194 a 197, para la cuestión comentada en segundo lugar y apoyándose el autor para esto en las reflexiones previas de GONZÁLEZ PALOMINO. O también, ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 338 a 342.

do legítima y herencia coinciden en una misma persona el título de heredero se pretende que absorbería el título de legitimario hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que “*donde hay herencia no hay legítima*”. Afortunadamente, la doctrina más solvente ha demostrado cumplidamente la falta total de base seria que tiene esta explicación en el conjunto del articulado del Código civil<sup>56</sup>. Lo mismo habría que afirmar desde luego respecto de la vigente Ley aragonesa de 1999.

Esta cuestión de las relaciones entre la legítima y la sucesión intestada o legal ha sido estudiada a fondo, además, en una importante monografía publicada en 1996 por Espejo Lerdo de Tejada<sup>57</sup>. La minuciosa y penetrante indagación por este autor en la mencionada cuestión aportó un punto de vista muy original en ese momento para el estudio de la legítima y que se ha mostrado además muy fecundo para reconsiderar en su totalidad el régimen jurídico de la legítima del Código civil y para reflexionar sobre su naturaleza jurídica y sus estructuras normativas más profundas, marcadas, según ha puesto de relieve el autor, por la imperatividad de sus normas principales. Fruto de esa interesante indagación, en la que muestra también que la incidencia en la sucesión intestada de la legítima depende en ocasiones del propio juego de las normas de la sucesión intestada, propuso el autor a la doctrina que la legítima se considerase una institución general del Derecho sucesorio español, que es común a la sucesión testada o voluntaria y a la sucesión intestada o legal; que la legítima se considere sobre todo un derecho subjetivo del legitimario y no tanto un mero freno a la libertad de disposición por causa de muerte del disponente; que sería razonable y conveniente para la práctica unificar los plazos de las diversas acciones de protección de la legítima, por ejemplo en el plazo de 30 años que se suele considerar propio de la acción de petición de herencia; que cabe pensar en una acción general de reclamación de la legítima que procedería cuando se niegue al legitimario su condición de tal y que tendrá especial importancia en los casos en los que, por carecer de título hereditario intestado, el legitimario no pueda ejercer la normal acción de petición de herencia; que el funcionamiento de esta acción de reclamación de legítima es similar al de la acción de petición de herencia, de la que puede considerarse un tipo particular o específico; que el legitimario tiene atribuido por la ley un tercer modo de suceder, distinto tanto del título voluntario como del título legal o intestado, puesto que su título funciona autónomamente para impugnar los actos lesivos a la legítima y sirve luego para justificar tras la impugnación la adquisición del legitimario, que se podría defender con acciones meramente declarativas; que el legislador dota o reviste al legitimario de muchas de las facultades, aunque no de todas, propias del título de heredero, facultades que, aunque recogidas algunas en normas meramente dispositivas, también ayudan a configurar la naturaleza de la legítima; en fin, que esas facultades del legitimario, junto al hecho esencial de que la ley le haga titular de una cuota legal sobre el patrimonio del causante, hacen que siempre que el disponente no atribuya un título diferente al legitimario entre en juego por ley imperativa el título de heredero a favor del legitimario.

Esta en parte novedosa explicación sobre la legítima del Código civil ofrecida en 1996 por Espejo Lerdo de Tejada creo que marca un camino sugerente y práctico para la evolución futura del complejo e importante instituto, y que además es, pese a las objeciones que se le pueden oponer desde diversos preceptos legales del propio Código

---

<sup>57</sup> Cfr. ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1996, 392 pp. Se trata de un libro notable y de fuste que demuestra buenas condiciones de su autor para el estudio y la investigación del Derecho civil. En el prólogo de la obra, el maestro del autor, el profesor GORDILLO CAÑAS, Antonio, dentro de la concisión y la prudencia que aconsejan los estrechos límites de un prólogo, se muestra inclinado a considerar aceptables las tesis, considerablemente innovadoras, de su discípulo.

civil, muy marcados por diversas inercias y tradiciones históricas de base fundamentalmente romana, sustancialmente convincente en sus afirmaciones más básicas.

Las ideas básicas de Espejo Lerdo de Tejada creo que también pueden servir en buena medida para explicar la legítima aragonesa en la LS de 1999 a la que está dedicado el presente trabajo, aunque también en esta Ley veremos que, desafortunadamente, hay bastantes preceptos legales que se inspiran en ideas diversas y aun contrarias a las de este autor aquí recordadas. A lo largo del trabajo irá comprobando el lector reflexivo cómo pueden enfrentarse interpretativamente –o cómo ha intentado hacerlo el autor del presente trabajo, al menos- algunos de esos preceptos legales para que la regulación legal aragonesa de la legítima pueda entenderse que responde a un sistema de una cierta coherencia, a pesar de sus abundantes contradicciones, incoherencias y oscuridades.

## 5º) LEGITIMARIOS DE GRADO PREFERENTE Y LEGITIMARIOS DE GRADO NO PREFERENTE.

### A) Generalidades. Regulación de la renuncia a la legítima y de la exclusión absoluta.

La LS de 1999 explicita ahora con descripciones o definiciones (art. 173 y 24) la distinción antes sólo implícita, o sin definiciones, de los legitimarios sin o con “*mediación de persona capaz para heredar*”, terminología legal que al profesor Lacruz le había llevado ocasionalmente<sup>58</sup> a referirse a unos legitimarios “*inmediatos*”, y que yo había propuesto completar con su contraposición a otros legitimarios “*mediatos*” y generalizar conscientemente dicha terminología, que por lo demás, ya estaba insinuada también en el Apéndice de 1925 (cfr. art. 30, párrafo último)<sup>59</sup>. Personalmente había incluso propuesto sustituir el término “*mediación*” de la Compilación por el término “*anteposición*”, que me parecía, y me sigue pareciendo, más ajustado que el más equívoco, tratándose de términos jurídicos, de “*mediación*”. Ya se ha explicado en la breve introducción histórica que la distinción entre legitimarios inmediatos y mediatos era central y estructuradora de todo el excelente régimen jurídico diseñado para la legítima por la Compilación de 1967, régimen en el que los legitimarios inmediatos definitivos tenían verdaderamente desde la apertura de la sucesión derechos legales individuales a la legítima (sólo cuotas legales inicialmente “*vacías*” de legítima en la fase expectante del derecho legitimario siempre que hubiera dos o más legitimarios), como, en concreto, el derecho a la cuota al resto de legítima (art. 124); la cuota legal de preterición (arts. 123 y 122); o el derecho de alimentos en su caso (art. 121); y en cambio los legitimarios mediatos sólo podían tener derechos voluntarios o mediante atribución voluntaria del disponente (al menos originaria: inciso primero del artículo 124 de la Compilación) y no tenían verdaderamente

58 En el breve comentario que hizo el maestro LACRUZ sobre la legítima aragonesa en su libro de 1973 usó dos veces el término “*legitimarios inmediatos*”, y luego lo ha utilizado alguna vez incluso con referencia al Código civil. Cfr. su *Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1973, pp. 57, 212 y 213, o su *Derecho de sucesiones*, Tomo 5º de los *Elementos de Derecho civil*, 1981, pp. 531 ó 541, ésta última página ya también en relación a la legítima aragonesa. En alguna de estas ocasiones (1973, pg. 57) aludía expresivamente el maestro a legitimarios en acto (los inmediatos) y legitimarios en potencia (los mediatos). En sus diversos trabajos sobre la legítima aragonesa usó LACRUZ el término “*legitimarios inmediatos*” en multitud de ocasiones.

59 Cfr. mi trabajo de 1997, pp.15 a 23.

60 Ambas situaciones jurídicas, creo que por falta de comprensión suficiente del sistema legal de la Compilación, habían producido muchas dificultades a la explicación de la doctrina. Véase sobre ello la explicación que di en mi trabajo de 1997, pp. 12 y ss.; y pp. 40 a 44.

ningún derecho legal sobre la legítima. Ello explicaba también que sólo para los primeros, y no para los segundos, tuviera pleno sentido la renuncia individual anticipada a la legítima o incluso la desheredación<sup>60</sup>.

El legislador, con un sentido genéricamente idéntico al de la Compilación (se presupone aquí una remisión a la sustitución legal, que la ley explicita en los artículos 19, 24 y 25, o a lo que en el Código civil llamamos representación sucesoria en la sucesión intestada), nos propone una nueva terminología (legitimarios de “grado preferente” o, hay que suponer, “de grado no preferente”) e introduce, aparte de otros cambios que inciden en la cuestión de forma más indirecta o más general, algunas modificaciones concretas sobre el sentido que la clasificación tenía en la Compilación.

En cuanto a la mera terminología, aunque el tema sea en principio inocuo desde el punto de vista de la eficacia normativa, y no se pueda llegar a calificar de incorrecta la nueva terminología, me parece que era preferible la terminología anterior porque ponía más de manifiesto la conexión de esta distinción básica con el tema de la capacidad para heredar y con el momento concreto de la apertura de la sucesión (de la delación, sería, parece, en la nueva Ley de 1999), y porque más habitualmente el término de “preferente” lo solemos (incluso la LS: art. 45) aplicar a derechos subjetivos (créditos o derechos reales), o si pensamos en el fenómeno sucesorio a una delación ya efectivamente producida (cfr. art. 202-2º de la LS), mientras que la posición del legitimario de grado “no preferente” es más bien una muy vaga expectativa o posición jurídica que un derecho subjetivo (aunque véanse también arts. 946 y 921 del Código civil). Acaso por eso, la propia LS se refiere en sede de sucesión intestada (art. 204-1º y artículo 921 del Código civil), que comparte con la legítima el sustrato profundo de la ordenación legal de la sucesión *mortis causa*, a grado “más próximo” y a grado “más remoto” y no a grados preferentes o no. Mientras sea la ley, y no la voluntad del disponente, la que fije la existencia o inexistencia y la cuantía en su caso de las cuotas de legítima, el dato relevante es siempre el grado de proximidad de parentesco en la línea descendiente y el de si existe o no persona antepuesta al concreto descendiente que se considere como hipotético atributario de una cuota de legítima respecto del causante. Las razones por las que algunos créditos son preferentes legalmente a otros, por ejemplo, son diversas y sumamente heterogéneas, mientras que la razón por la que algunos legitimarios tienen derecho a legítima, y otros no, es siempre la misma, como regla y no interviniendo causas de incapacidad ni la voluntad del disponente, o sea, es la razón de la “inmediatez” al causante en el momento de la delación. Además, la expresión “no preferente”, cuando se mezcle con otras en una frase que contenga otras dos o tres negaciones, dificultará considerablemente la inteligencia correcta de lo que se lea o se escuche. En fin, con los términos “inmediato” y “mediato” conseguíamos expresar con dos palabras lo que ahora necesitaremos expresar con siete. Y lo bueno, si breve, dos veces bueno.

En cuanto a las modificaciones concretas, aparte de lo que se explicará sobre la excesiva y desorientadora insistencia del legislador de 1999 en la relevancia jurídica de la delación de la herencia y sobre los artículos 175-1º y 10-1º de la LS, las principales son que el legislador de 1999 saca, o intenta sacar, de entre los legitimarios de “grado preferente” a la estirpe del renunciante a la legítima, estirpe que bajo la Compilación había que entender incluida entre los legitimarios inmediatos, e introduce, en cambio, un tanto vergonzantemente, negándoles en realidad la calificación legal aunque no sus efectos (cfr. arts. 24-2º, 173 y 198-2º), entre los legitimarios de “grado preferente”, a los descendientes del “excluido absolutamente”.

Ambas modificaciones de la Compilación creo que son desacertadas. A la stirpe del renunciante me refiero en el posterior comentario sobre la renuncia a la legítima. Allí veremos que el análisis cuidadoso del articulado nos muestra la existencia en ciertos casos de unos legitimarios que se declaran legalmente de grado no preferente pero que no tienen antepuesto ningún ascendiente que sea legitimario preferente y a los que, además, no hay más remedio, por exigencias del sistema legal, que reconocerles los derechos legales típicos de los legitimarios de grado preferente. En cuanto al carácter de legitimarios de grado preferente de los descendientes del excluido absolutamente, se trata también de una solución sólo en parte diversa de la que había en la Compilación, en la que no existía la actual distinción entre exclusión simple y absoluta, pero en la que los descendientes de los legitimarios inmediatos excluidos, que eran legitimarios mediatos por hipótesis, sólo podían recibir atribuciones legitimarias del disponente mediante atribuciones voluntarias y expresas y no por una vía indirecta y legal (“sustitución legal”) como la que innecesariamente abren ahora los artículos 24-2º y 198-2º de la LS. Al explicar posteriormente las formas de exclusión explicaré mejor también porqué, en mi opinión, era preferible el sistema en esto de la Compilación al de la Ley actual. El carácter un tanto vergonzante que tiene la inclusión entre los legitimarios de grado preferente de los descendientes del excluido absolutamente acaso se deba a que el legislador fuera más o menos consciente de la considerable peculiaridad de esta sustitución legal en la que su causa no es que el excluido absolutamente sea persona incapaz o inhábil para suceder al disponente (a diferencia de los premuertos, injustamente desheredados o indignos de suceder, que son los mencionados en el artículo 173) o persona que no quiera sucederle (cfr. art. 173-2º y art. 205 de la LS.), sino que es la pura y simple voluntad del propio testador o disponente la que lo aparta de la sucesión. Se procede a una bastante forzada y discutible ampliación del razonable sentido tradicional de la sustitución legal o de la representación en la sucesión intestada del Código civil<sup>61</sup>.

En un sentido más general, plantea hoy un grave problema la armonización de, por un lado, el artículo 171-2º, inciso 2º, introducido por una enmienda en las Cortes de Aragón, y conforme al cual cuando la legítima global no se ha distribuido de otra manera “*se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios preferentes*” y, por otro lado, la idea inspiradora de los artículos 24, 25 y 173 de la LS de que la legítima debe distribuirse por stirpes.

En la Compilación de 1967 creo que, probablemente, los legitimarios inmediatos o “*sin mediación de persona capaz de heredar*”, lo eran todos los que no tenían ningún ascendiente legitimario antepuesto a la apertura de la sucesión y con independencia del grado de proximidad del parentesco de cada uno de ellos al causante. Podían coexistir simultáneamente, por tanto, en hipótesis complejas de sucesiones ya abiertas, legitimarios inmediatos que fueran hijos, o nietos o bisnietos del causante de la legítima. La cuota legal a la que tenían derecho era, en mi opinión, en sus casos, igualitaria para todos ellos, con independencia del grado de parentesco y sin atender a la stirpe a la que se pertenecía, cuando se trataba de la cuota del preterido singular o del injustamente desheredado (artículo 123); y una cuota cuantificada con atención a la distribución por stirpes cuando se trataba de la acción de lesión a la legítima colectiva (artículo 124).

En la LS de 1999 creo que tampoco plantea seria dificultad la igualdad general de las cuotas legales de legítima atribuidas simultáneamente por el artículo 193-1º en ciertos casos complejos a varios legitimarios preferentes (preterición no intencional; deshereda-

61 Cfr. sobre esto mi trabajo de 1997, pp. 22-23.



ción injusta y otros casos asimilados por el artículo 199), con independencia de los grados de parentesco y sin atender a las estirpes, pero sí es problemática la armonización del artículo 171-2º con los artículos 24-25, 173 y 179-2º, que apuntan todos ellos, para la acción de lesión de legítima, como el artículo 124 de la Compilación, a una distribución de las cuotas legales de legítima según el criterio de las estirpes. Sobre esta cuestión hay que pensar que una de dos. O se da preferencia al artículo 171-2º y se distribuye la total cuantía de la legítima global por partes iguales entre todos los legitimarios de grado preferente que tengan la acción del artículo 179, sea cual fuere el grado de parentesco que mantengan con el causante (hijos, nietos, bisnietos, etc.). O bien, se presupone que la declaración del artículo 171-2º debe entenderse referida, por razones sistemáticas, a una igualdad de los legitimarios preferentes sólo dentro de cada estirpe, y debiendo dividirse la cuantía total de la legítima global (art. 171-1º) en tantas partes iguales como estirpes subsistentes haya a la apertura de la sucesión y dividirse luego esas cuotas partes de legítima igualitariamente sólo dentro de cada estirpe subsistente. Tiendo a preferir esta segunda interpretación que continuaría el probable sentido del artículo 124 de la Compilación.

Por ejemplo, Justo ha tenido 6 hijos, Daniel, Gabriel, Miguel, Rafael, Ismael y Samuel, y muere muy viejo dejando todos sus bienes en testamento a su sirvienta. A su muerte viven sólo (premorienza, o desheredación justa o indignidad) Daniel, un hijo de Gabriel, dos hijos de Miguel, 4 nietos de Rafael y un bisnieto de Ismael. Con la mencionada interpretación, Daniel, el hijo de Gabriel y el bisnieto de Ismael tendrían derecho a una quinta parte de la legítima cada uno (art. 179 de la LS), y las otras dos quintas partes se las repartirían, respectivamente, entre los 2 hijos de Miguel y entre los 4 nietos de Rafael. Todos legitimarios preferentes, pero algunos de ellos con cuotas legales desiguales.

## **B) Significado de la distinción. Legítima, apertura de la sucesión y delación.**

Aunque la enumeración de legitimarios de grado preferente del artículo 173-1º, presentada un poco como una definición, no alude expresamente al preciso momento al que se refiere o que está presuponiendo, gran parte de los datos legales que nos proporciona la LS apunta a que, en principio, se está refiriendo en la sistemática de la Ley actual al momento de la delación de la herencia o sucesión (art. 2-1º; art. 6-2º a 4º; art. 7-3º; art. 12-2º; art. 14-1º; art. 15-1º; art. 28-1º; art. 133; art. 142-1º; art. 149-1º en relación con el art. 14-1º; art. 157, letra e; art. 162; art. 173-1º, en relación con los arts. 19 y 24; acaso art. 174-1º; art. 177-2º; art. 178-1º, muy importante éste por su concreto alcance práctico; y art. 188-2º de la LS). Para calificar la capacidad sucesoria y el punto de arranque esencial del conjunto del fenómeno sucesorio parecería atenderse hoy más habitualmente no ya, como norma, a la apertura de la sucesión, aludida también en los artículos 6-1º, 5-2º y 10-1º y 2º de la LS, como ocurre u ocurría en principio en el Código civil y en la Compilación de 1967, sino, con amplia generalidad aunque de límites un tanto borrosos, al tiempo de la delación. En una primera consideración parecería que la delación ha ganado protagonismo frente a la mera vocación en la LS de 1999 comparada con la Compilación de 1967, y que ello sería relevante también, por lo que aquí interesa, en materia de legítima. Sólo llegada la delación de la sucesión (acaso muchos años después de la apertura de la sucesión existiendo legitimarios menores de edad y fiducia: art. 133-1º de la LS) se sabría o se debería llegar a saber definitivamente, en su caso, según esto, quiénes son legitimarios de grado preferente y quiénes legitimarios de grado no preferente.

Sin embargo, esta genérica directriz legal creo que no resiste bien un análisis completo de la casuística y que encaja mal con el régimen legal de la legítima de la propia LS, que no deja de tener en cuenta la considerable autonomía que necesita la legítima como título adquisitivo sucesorio universal y específico, como forma específica de vocación legal forzosa, y que presupone, aquella directriz legal, además, una contemplación inconsciente por el legislador sobre todo de los supuestos de cumplimiento voluntario de la legítima o de la fiducia y de ejecución de títulos sucesorios correctos en detrimento de los supuestos de incumplimiento de la legítima por el disponente, supuestos estos que requieren también, por su enorme interés práctico y por su más amplia y cuidadosa regulación legal, un reconocimiento consecuente y un encaje, hoy poco claro, en las normas generales de la LS de 1999 sobre la legítima y sobre el conjunto del fenómeno sucesorio. Con este enfoque, momento esencial para la adquisición de los derechos legitimarios se va a defender aquí que debe de ser, como regla general y como sucedía en la Compilación y el Código civil, el de la apertura de la sucesión<sup>62</sup>. Esta argumentación es bastante compleja y sólo parcialmente se va a desarrollar en el presente epígrafe, debiendo tenerse en cuenta otras explicaciones aportadas a lo largo del presente trabajo y, en particular, al explicar el ámbito de la legítima y el cálculo del caudal computable, al explicar la renuncia a la legítima, y al explicar la naturaleza de las principales acciones legitimarias y el plazo de ejercicio de las mismas.

Se intentará justificar en el conjunto de estas explicaciones la superioridad del planteamiento de la Compilación de 1967, respecto del de la vigente LS, al presuponer claramente que la regla general es la relevancia del momento de la apertura de la sucesión, habitualmente coincidente en el tiempo con el momento de la delación de la misma, en cuanto a la determinación legal precisa de quiénes eran legitimarios inmediatos y quiénes legitimarios mediatos, y que ello no impedía ciertos supuestos de relevancia excepcional de la delación retrasada con incidencias varias en el régimen jurídico de la legítima. La LS de 1999 no es que llegue a establecer nítida y rotundamente que, por el contrario, el momento esencial para la determinación de quiénes sean legitimarios de grado preferente y quiénes legitimarios de grado no preferente sea el de la delación de la herencia, pero sí establece ciertas normas que o parecen presuponer esa idea o parecen presuponer que se puede prescindir de un momento de referencia concreto, incluso como regla general, para la determinación legal precisa de ambas clases de legitimarios, o incluso parten de la mencionada idea de contemplar como básica la delación en ciertos ámbitos limitados o al establecer ciertos efectos concretos del régimen jurídico de la legítima aragonesa. Varios de esos preceptos intentaremos demostrar que conducen a resultados poco razonables o erróneos, por lo que propondremos diversas interpretaciones más o menos forzadas o correctoras para intentar acercar lo establecido literalmente por la LS de 1999 a lo que, con mucho mejor técnica legislativa, había establecido la Compilación de 1967.

Telón de fondo de esta cuestión general planteada es la doble dinámica de acciones dirigidas genéricamente al cumplimiento de la legítima, según estemos, por una parte, ante cumplimiento voluntario de la legítima (acciones basadas en el título sucesorio, sea éste testamento, pacto sucesorio, o título de ejecución de una fiducia, o varios de ellos

---

<sup>62</sup> Sobre ello insistí mucho en mi trabajo de 1997, pp. 15 a 19. También, y antes, lo había hecho el profesor LACRUZ, al explicar para el Código civil el concepto de legítima y en muchas otras ocasiones al explicar su régimen jurídico. Cfr. su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 28 a 31, y pg. 159, por ejemplo. Véase también, por ejemplo, para el Código civil y en la misma línea, RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp., entre otras muchas, 418 y 420.

mezclados y compatibles, o incluso sea el título la sucesión intestada o legal) o estemos, por otra parte, ante acciones contra el incumplimiento o vulneración de la legítima por el disponente o por el fiduciario o por ambos en los correspondientes títulos sucesorios.

A este segundo grupo de acciones, también las más extensamente reguladas en la LS, vamos a prestar atención preferente en el presente trabajo. Estas acciones son las correspondientes a derechos legitimarios nacidos de un supuesto de hecho que suele haberse producido desde el mismo momento de la apertura de la sucesión del causante, y adquisición de derechos legitimarios sucedida por ministerio de la ley, y de ley imperativa, y adquisición en la que se manifiesta, en mi opinión, la operatividad del título adquisitivo legitimario, que es, pese a la existencia de normas concretas inspiradas en ideas diferentes, un título específico distinto de la sucesión voluntaria y de la legal o intestada, y que tiene el carácter de título constitutivo de adquisiciones por causa de muerte y a título universal. Las mencionadas acciones contra la vulneración de la legítima pueden ser declarativas o de condena, y pueden ejercitarse tanto antes como después de la delación, o antes o después de la aceptación de las atribuciones sucesorias, o antes o después de la partición del total o de parte de la herencia. En otro sentido, aunque en evidente conexión dogmática con lo que se acaba de decir, estas adquisiciones de derechos legitimarios no requieren previa delación (acaso sí "vocación" legal, pero esto es cuestión de una mera terminología doctrinal), ni aceptación negocial alguna para la adquisición de los derechos correspondientes, por lo que no les resultan aplicables las reglas jurídicas sobre la aceptación de la herencia o el legado; prohibición de la aceptación parcial de la herencia; reglas de capacidad para la aceptación; el llamado derecho de transmisión (arts. 39 y 163 de la LS); posible interpelación para provocar la aceptación; reglas sobre la partición de la herencia en principio; etc. Cuando expliquemos con más detalle estos derechos y acciones legitimarios veremos también que los mismos encajan bastante mal en las reglas digamos que de la parte general del Derecho sucesorio aragonés introducidas como novedades por el legislador de 1999, precisamente porque, al formular dichas reglas, el legislador ha padecido un cierto olvido de estas importantes acciones y derechos legitimarios sobre los que además no ha conseguido trazar un régimen jurídico nítido y bien delimitado en el sentido dogmático.

Menor interés presentarán para este trabajo las acciones de cumplimiento de la legítima a través del cumplimiento de títulos sucesorios voluntarios y correctos o de títulos de sucesión intestada o legal. En estos supuestos la legítima se cumple y el título legal adquisitivo específico que es, como he indicado, la legítima, queda oculto o embebido en las voluntarias o legales atribuciones de bienes hechas a los legitimarios, aunque sin dejar de modular o matizar también el título adquisitivo legitimario esas acciones de cumplimiento de la legítima conforme a títulos sucesorios correctos (Espejo Lerdo de Tejada). Para estos supuestos sí que tiene todo su sentido la normativa sobre delación, aceptación, repudiación, derecho de transmisión, reglas de partición de la herencia, etc. Estas adquisiciones de derechos legitimarios sí que encajan muy bien y están evidentemente contempladas en los preceptos digamos que de parte general del Derecho sucesorio aragonés introducidos por el legislador de 1999, precisamente porque toda esa normativa general introducida por la LS está un tanto escorada hacia los supuestos de cumplimiento normal o correcto de la legítima o de funcionamiento de la herencia en general pero con abstracción, entonces, de la existencia de la legítima o, al menos, de su funcionamiento más genuino.

Ambos planos de funcionamiento de las acciones de cumplimiento de la legítima en sentido amplio (cumplimiento digamos que voluntario o cumplimiento forzoso) tienen

clara diferenciación formal y dogmática, pero no debe tampoco perderse de vista que en la práctica pueden perfectamente interrelacionarse, puesto que la vulneración de la legítima puede cuestionar sólo en medida muy reducida lo que resulte de los títulos sucesorios básicamente conformes a Derecho, o que con base en la vulneración de la legítima se puede impugnar sobrevenidamente, por un legitimario con el que no se había contado en la partición, una partición hereditaria ya hecha y aceptada por todos los intervinientes en la misma.

Pese a la formulación amplísima y como atemporal del artículo 173-1º de la LS, creo, según he adelantado ya, que también en la nueva Ley de 1999, como en la Compilación de 1967, la anteposición del legitimario preferente sobre los no preferentes postpuestos es un efecto legal definitivo y ya irreversible producido esencialmente por el fallecimiento del causante, aunque en la nueva Ley ello parezca quedar algo más oculto o difuso.

En el momento de la apertura de la sucesión podría explicarse acaso que se produce, al menos tendencialmente y en forma distinta para los posibles supuestos de incumplimiento de la legítima por el disponente (vocación sólo para éstos, y no delación, como se ha sugerido), y a la vez que una concentración de todos los llamamientos hereditarios posibles, una concentración de todos los llamamientos legitimarios posibles en tal momento, según su respectivo significado legal los preferentes y los no preferentes, y desde ese instante serán transmisibles en principio, tanto entre vivos como por causa de muerte, con los límites que respecto de bienes inmuebles puedan derivarse de la existencia de consorcio foral (art. 58 a 61 de la LS), bien dichos derechos legitimarios, y en particular los de los legitimarios preferentes o no preferentes que parezca que tengan un contenido patrimonial consistente<sup>63</sup>, bien, por otra parte, en sus casos, será transmisible sólo por causa de muerte el *ius delationis* de las atribuciones sucesorias que incluyen atribuciones legitimarias voluntarias y conformes a la ley que impone la legítima o atribuciones legitimarias correspondientes a la residual sucesión intestada o legal (arts. 39 y 163 de la LS).

Esta explicación intenta aprovechar que el término “vocación” es sólo doctrinal y no legal, tanto en la LS como en el Código civil, para extenderlo, espero que útilmente, incluso a estas acciones o derechos legitimarios previstos en la LS y que se originan con base en el título adquisitivo específico y universal que puede reconocerse que es la legítima y funcionando la mencionada adquisición al margen de toda propia delación o aceptación negocial, según parece concebirlas la LS. Algún apoyo normativo puede encontrarse para ello en los artículos 19, 24 y 25 de la LS. El artículo 19 enumera como realidades distintas y separadas por una conjunción coordinante disyuntiva (la conjunción: “o”) a los llamados a título universal o particular y a los legitimarios de grado preferente. El artículo 25 contrapone, también separando con conjunción disyuntiva (de nuevo la conjunción: “o”), la delación a favor del sustituido y la condición de legitimario preferente, en la que parece suponer, como también el artículo 24-1º, que sucede la

63 Como en relación al Código civil explicaba el profesor LACRUZ, es transmisible, tanto por herencia como entre vivos, la posición del legitimario insatisfecho y no sólo la posición del heredero o legatario conferida en satisfacción de la legítima. Citaba en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943 y matizaba levemente esa afirmación considerando la anterior dudosa en caso de no proporcionar la condición de heredero, caso en el que afirmaba que acaso no sería transmisible entre vivos el entero derecho del legitimario y sí sólo su contenido económico, recordando todavía la alusión del artículo 655 del Código civil a los “causahabientes”, que parecía sugerir, según él, una amplia transmisibilidad entre vivos de los derechos legitimarios. En fin, al explicar las diferentes acciones de defensa de la legítima, iba recordando de nuevo su transmisibilidad en el doble sentido explicado. Cfr. *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 39-40, y pp. 155, 189, 197, etc.

sustitución legal sin necesidad de previa delación. Aunque la delación de la LS parece que no pueda abarcar el conjunto del fenómeno sucesorio por causa de muerte en el Derecho aragonés, parece que sí debería entenderse que lo abarque, en el sentido antes explicado, la “vocación” sucesoria sucedida en el momento de la apertura de la sucesión.

Esa primeramente señalada heredabilidad de los derechos legitimarios adquiridos desde la apertura de la sucesión veremos en su momento que excluye en principio a partir de dicho momento la sustitución legal, pese a que el artículo 173-1º de la LS, sobre todo en relación con otros varios preceptos, parezca presentar dicha sustitución legal como algo que necesariamente hubiera siempre de suceder antes de la delación. Por eso, la regla sobre sustitución legal en la legítima del artículo 24 de la LS es sobre todo una pieza del sistema legal al servicio de la distinción entre legitimarios de grado preferente y legitimarios de grado no preferente y al servicio de sus trascendentes consecuencias. Las reglas de la sustitución legal, originariamente pensadas para mejor estructurar la sucesión intestada o legal se ponen aquí al servicio del instituto de la legítima, potenciando en cierto modo su originaria eficacia, y sirviendo también para estructurar o perfilar el concepto de legitimario del Derecho aragonés, además de servir en este contexto al nuevo título adquisitivo específico que la legítima representa. Veremos luego, por eso, en línea con la señalada transmisibilidad o heredabilidad de los derechos legitimarios, que las acciones de protección de la legítima es mejor pensar que no son, salvo acaso alguna contada excepción como la impugnación de la desheredación, personalísimas.

Diríase que antes de la apertura de la sucesión la condición de presunto legitimario preferente (hijo del eventual o real disponente, por ejemplo) o de presunto legitimario no preferente (nieta viviendo el hijo del eventual o real disponente, por ejemplo) es personalísima, pero teniendo ambos entonces sólo meras expectativas de derechos o de posiciones jurídicas, y cuotas “vacías” de legítima los presuntos legitimarios de grado preferente siempre que sean dos o más, y que esa condición personalísima es también intransmisible por tanto, aunque renunciable y susceptible de desheredación, en lo que la LS tiende a tratar la expectativa de ser legitimario a estos efectos como un verdadero derecho subjetivo<sup>64</sup>. Y diríase también que desde la apertura de la sucesión (casos de incumplimiento, incluso parcial, del deber de legítima) o desde la delación de la sucesión, y tras la aceptación del llamamiento hereditario en su caso (casos de cumplimiento del deber de legítima en el título sucesorio), ya existen verdaderos derechos subjetivos no personalísimos y verdaderas posiciones o situaciones jurídicas de valor patrimonial de alguno o algunos o todos de los que definitivamente han alcanzado a ser legitimarios preferentes definitivos (cuotas legales de legítima ya sólo momentáneamente “vacías”, que representan acciones judiciales, o “llenas” total o parcialmente con concretas atribuciones patrimoniales) o legitimarios no preferentes beneficiados con atribuciones legitimarias voluntarias (atribuciones patrimoniales o incluso, aunque esto excepcionalmente, cuotas legales “vacías” momentáneamente de legítima en quienes encabecean la estirpe de los legitimarios preferentes excluidos absolutamente).

Acaso es útil advertir también que la presunción de conmorienencia del artículo 5-2º de la LS, trasladada desde el artículo 33 de Código civil, no sólo podrá incidir en el funcionamiento de la sucesión testada o intestada, sino también, evidentemente, en el funcionamiento de la legítima, como atribuyendo o excluyendo el carácter de legitimario de alguno de los fallecidos con o sin simultaneidad presunta al causante cuya sucesión se

64 Cfr. sobre ello mi trabajo de 1997, pg. 40.

considere; o convirtiendo a algún o a algunos legitimarios sólo expectantes de grado no preferente directamente en legitimarios de grado preferente; o extinguiendo la legítima en beneficio de no descendientes del causante cuando la presunción de conmorienca alcance a todos los legitimarios existentes; etc. La casuística puede ser considerablemente compleja. Imaginemos sólo la existencia de dudas sobre la posible muerte simultánea de un padre y un hijo, existiendo un nieto del primero e hijo del segundo. Probándose que premurió el padre al hijo éste habría acaso heredado a aquél y el nieto no se habría hecho legitimario preferente de su abuelo, sino sólo de su padre, conforme al artículo 173-1º de la LS. A la inversa, probándose la premoriencia del hijo respecto del padre, el nieto se habría hecho legitimario preferente respecto de su abuelo, que acaso habría heredado en parte al hijo, pero no dejaría de ser legitimario preferente respecto de su padre, porque el abuelo no es descendiente antepuesto respecto de él en la herencia de su padre. Siendo aplicable la presunción de conmorienca al padre e hijo fallecidos, parece que el nieto sería legitimario preferente tanto respecto de su abuelo como respecto de su padre, puesto que, conforme al artículo 173-1º, en ninguna de las dos sucesiones tiene el nieto antepuesto un descendiente del causante que sobreviviera a éste y que le privara a él de la condición de legitimario de grado preferente.

Tras la adquisición ordinaria o no conflictiva de los bienes atribuidos en concepto de pago de la legítima, normalmente cumpliendo la voluntad declarada por el disponente en el negocio por causa de muerte, parece perder toda relevancia jurídica en el Derecho aragonés si el legitimario lo había sido de grado preferente o no preferente. Y ello, incluso tras el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, aunque la legitimación para ellas habrá dependido de dicha cualidad y no habrá requerido para nacer delación ni aceptación negocial ninguna. Cuando el disponente ha hecho una atribución plena y lícita de bienes suficientes para llenar la legítima global a favor de descendientes suyos, podría decirse que es como si la condición de legitimarios preferentes o su distinción con los no preferentes hubiera perdido toda relevancia jurídica y puede llegar a parecer, entonces, *a posteriori*, como innecesaria e irrelevante. En estos supuestos, las adquisiciones de bienes y derechos por los atributarios de bienes en pago de legítima siguen la vía de la delación como herencia o como legado y las reglas digamos que generales de la adquisición *mortis causa*. Como ha quedado explicado, sólo en caso de lesiones concretas causadas en el título sucesorio al derecho de los legitimarios, aunque mínimas, que tienen base y consideración en la ley, es cuando la normativa imperativa de la legítima reacciona y se nos hace precisa la distinción entre las dos clases de legitimarios, para precisar la legitimación activa en cuanto a las acciones de protección de la legítima y para determinar también, como veremos, el momento preciso del nacimiento de los derechos legitimarios vulnerados. El problema de la imputación de liberalidades en la legítima o en la mitad de libre disposición tiene un lugar propio y, por lo que aquí interesa, más bien sirve para ayudar a discernir si se produjeron o no efectivamente vulneraciones en la legítima.

Sin embargo, la descripción que se acaba de realizar y la señalada apariencia *a posteriori*, una vez ya cumplida la legítima, de que sea indiferente ya totalmente el título legitimario que fundó la adquisición y si hubiera sido o no preciso llegar a ejercitar acciones judiciales de protección de la legítima es en parte engañosa, porque no se puede excluir del todo que la legítima tenga que volver a actuar como título defensivo o declarativo frente, por ejemplo, a una reclamación de esos bienes basada en un título sucesorio posterior (testamento ológrafo, por ejemplo) que atribuyese esos mismos bienes entregados en pago de la legítima a algún nuevo heredero o legatario. Ante una situación así, resul-

taría que el título legitimario adquisitivo, tras la adquisición de la legítima, habría quedado como oculto o latente, pero, ante la nueva reclamación producida por un pretendido nuevo heredero voluntario sobrevenido, tendría que recobrar protagonismo y proteger de nuevo, ahora la adquisición ya sucedida de los bienes por los legitimarios, con una acción declarativa de legítima y, en su caso, con la eficacia robustecida de la cosa juzgada.

Por otra parte, según ampliaré posteriormente, hay unos, al menos posibles, descendientes “*futuros*” del disponente o causante (art. 186-1º) que no podrán ser legitimarios, ni de grado no preferente, y respecto de los que podría afirmarse que las regulaciones de las atribuciones sucesorias al *concepturus*; o de los llamamientos sucesivos; o de la fiducia marcan imperativamente unos límites, aunque bastante laxos, que les dejan fuera del círculo de legitimarios de un concreto causante; les dejan fuera de la “*condición de legitimario*”, por usar una expresión frecuente en la LS. Esas regulaciones mencionadas extienden bastante el ámbito del segundo círculo de los legitimarios que es el formado por los legitimarios de grado no preferente; extienden bastante la “*capacidad de heredar*” de descendientes concebidos tras la apertura de la sucesión, pero no tanto que se pueda llegar a afirmar que todos los descendientes del disponente serán necesariamente legitimarios suyos y potenciales atributarios de disposiciones del disponente causante en concepto de legítima. Cuando bajo la Compilación de 1967 cabía contraponer a unos legitimarios “*inmediatos*” frente a otros “*mediatos*” propuse para enfrentar esa compleja problemática distinguir entre una “*inmediatez*” originaria, o existente ya a la apertura de la sucesión, y una “*inmediatez*” sobrevenida, aparecida en ciertos casos con posterioridad a dicho momento. Pero bajo la terminología de la vigente LS dicha propuesta terminológica parece haber perdido toda o casi toda su posible utilidad pedagógica.

### **C) Titulares de expectativas legitimarias, legitimarios de grado preferente y legitimarios de grado no preferente.**

La LS, como antes la Compilación, denomina lógicamente lo mismo “*legitimario*” al que lo es sólo en grado de expectativa antes de la apertura de la sucesión, que al que, tras dicho momento, ha llegado a ser legitimario definitivo. Ello resulta lógico porque la expectativa de devenir legitimario de grado preferente suele ser casi siempre una expectativa muy sólida y robusta, dado que los eventos que podrían frustrarla (indignidad, desheredación justa, exclusión absoluta o, incluso, premoriencia) suelen ser en la práctica sumamente infrecuentes. Esta expectativa de hacerse legitimario de grado preferente (legitimario inmediato, en Aragón, entonces) estuvo protegida específicamente por la regulación de la prodigalidad del Código civil hasta la Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformadora de la tutela (cfr. art. 222 antiguo del Código, anterior a dicha reforma legal) y hoy está protegida en cierto modo por algunos artículos sobre la filiación, alguno de los cuales alude específicamente a los “*herederos forzosos*” y está pensando en realidad, sobre todo, en titulares de la expectativa de convertirse en “*herederos forzosos*” (cfr. art. 140, párrafo 2º; pero los hijos están evidentemente legitimados para reclamar o impugnar la filiación en muchos otros supuestos, aunque en esos supuestos no se les mencione o contemple por el legislador en cuanto “*herederos forzosos*”).

Aunque la terminología legal de la LS no lo muestre tan expresivamente como la de la Compilación, al distinguir ésta entre legitimarios con o sin mediación de persona capaz para heredar, también en aquella la capacidad para heredar es un presupuesto

lógico de la condición de legitimario de cualquier clase (cfr. arts. 10-1º y 14 y 149 de la LS). No es, en cambio, la capacidad de heredar del instituido, presupuesto de la validez del pacto sucesorio o testamento (art. 150-1º, inciso segundo).

Veamos ahora los derechos que corresponden a los legitimarios de grado no preferente, mucho más reducidos que los de los legitimarios de grado preferente. Los legitimarios de grado no preferente no tienen en principio derecho a cuota legal al resto de legítima *ex* arts. 179-180, ni derecho a cuota legal del preterido no intencional *ex* art. 193-1º, ni derecho subsidiario de alimentos a cargo de la sucesión del causante *ex* art. 200. La idea genérica de la que parte el legislador aragonés de 1999, que ya inspiró también al legislador de 1967, es la de que el legitimario no preferente tenga sólo los derechos que el disponente le atribuya expresamente por negocio jurídico, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, pero no derechos legales o cuotas legales de legítima. Del artículo 193, junto con los artículos 194 y 196, se desprende que no cabe propia preterición, ni propia desheredación injusta, de un legitimario de grado no preferente, precisamente porque no tiene expectativa de cuota legal alguna de legítima de que pueda ser privado. Y los legitimarios no preferentes más que derechos legales de legítima tienen un mero interés, en el sentido de que cada apertura de sucesión que se produzca produce un corrimiento de puestos, de modo que los actuales legitimarios no preferentes pueden tener la fundada “esperanza” de devenir legitimarios de grado preferente y con derechos legales cuando suceda el futuro fallecimiento (cierto que, por otras evidentes razones, habitualmente más temido que deseado) de los actuales legitimarios de grado preferente.

La materialización de la legítima del legitimario de grado no preferente es sólo una posibilidad que el legislador aragonés abandona, aunque de modo completo (el legitimario no preferente puede llegar a recibir en forma inatacable la totalidad del caudal base de la legítima), a la libre voluntad del disponente (cfr. art. 171). Éste está expresamente autorizado por la ley para distribuir su legítima entre sus descendientes alterando cuanto quiera la natural jerarquización entre descendientes que se desprende de la normativa sobre la sucesión intestada (cfr. arts. 201 y siguientes). Pero para que tal alteración se produzca el legislador exige, en principio, la expresa voluntad del disponente negocialmente manifestada, y faltando ésta total o parcialmente, los artículos 179-180, 193-1º y 200 reaccionan y recomponen, ahora con la fuerza de la normativa imperativa de la legítima, en sus casos, la mencionada jerarquización entre descendientes característica de la sucesión intestada o legal. O sea, que lo único que el legitimario no preferente tiene reconocido por la ley, y que por cierto comparte con el legitimario de grado preferente, puesto que es algo que proviene de la mera condición de legitimario, es su pertenencia al círculo amplio de legitimarios y la consiguiente falta de límites legales sobre lo que eventualmente podría recibir del disponente por vía de atribuciones voluntarias (podría, como ya se ha explicado, eventualmente recibir las dos mitades del caudal base de la legítima).

En el improbable caso de que se produjera una desheredación injusta de un legitimario de grado no preferente, desheredación que los artículos 194 y 196 no excluyen literalmente, parece que éste no tendría, pese a la indudable ofensa recibida, ninguna acción frente a nadie. Incluso hay que reconocer que esa desheredación, recogida por ejemplo en un pacto sucesorio, sacaría al legitimario no preferente del círculo amplio de los legitimarios, reduciendo injustamente la cantidad de bienes del caudal base de la legítima que eventualmente podría recibir en el futuro (sólo bienes imputables en la mitad de libre disposición). Pero no parece haber mayor problema en ello, porque se parte de la más absoluta e ilimitada libertad del disponente para excluir siempre y de



cualquier modo de su sucesión a cualquier legitimario no preferente (incluso al legitimario preferente, en la actual LS); porque la desheredación injusta no privaría al desheredado de ninguna cuota legal de legítima; y porque las leyes están hechas para la realidad.

Y algo parecido habría que decir de una hipotética y previa renuncia unilateral por un legitimario no preferente a sus "derechos" legales como tal. Aunque esa hipotética renuncia sacaría (necesariamente, como veremos al comentar el artículo 177-3º de la LS) del círculo de legitimarios al renunciante, reduciendo la cantidad de bienes que eventualmente habría de poder recibir en el futuro, tal renuncia, en un contexto legal como el que se deriva del artículo 171, aparece como jurídicamente insignificante (falta de expectativa de cuota legal renunciada) y como supuesto totalmente académico. Con todo, ese leve efecto que podría tener esta atípica renuncia de un eventual legitimario de grado no preferente a sus "derechos", acaso impide criticar al legislador por no haber restringido la letra del artículo 177-3º a sólo los legitimarios de grado preferente, en los que, no obstante, seguramente estaba pensando al formular el precepto.

La nueva LS de 1999 ha modificado en algunos matices de consideración la lógica profunda del sistema legal heredada de la Compilación de 1967. Por ejemplo, bajo la vigencia de la Compilación la preterición de un legitimario mediato, pero sólo esa, no le daba a él ninguna acción y era en sí irrelevante jurídicamente. Había total libertad de excluir a los legitimarios mediatos por silencio y sin ninguna traba ni consecuencia jurídica y sólo se materializaba su legítima a través de atribuciones directas y voluntarias del disponente o causante. Bajo la nueva LS, dada la irrelevancia jurídica de la preterición intencional de los legitimarios de grado preferente (art. 192), en cambio, se ha extendido también a estos últimos, además de a los no preferentes, esa libertad del disponente para excluirlos por silencio y sin traba ni consecuencia jurídica alguna. Por ejemplo, bajo la vigencia de la Compilación, en la distribución interna de bienes entre legitimarios, cualquier pequeña atribución voluntaria del disponente producía eventualmente la exclusión de la cuota de preterición. Lo que nos llevaba a reconocer en aquel sistema legal, junto a la tradicional función de la atribución simbólica de legítima como forma de exclusión o de mención para la exclusión, la posibilidad (cierto que de improbable o extraña aplicación) de una calculadamente pequeña atribución legítima (necesariamente algo mayor que la sólo simbólica, para que no hubiera exclusión) hecha a un legitimario inmediato con el propósito de reducirle lo que por cuota legal de preterición podría haber llegado a recibir en su caso. Esta posibilidad ha desaparecido también en la actual LS de 1999, puesto que desde que se contemplan atribuciones voluntarias al legitimario por parte del disponente, hay intencionalidad en la atribución y está excluida, por tanto, la idea de una cuota legal de legítima por preterición intencional (art. 192).

Las acciones relacionadas con la protección de la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima de los artículos 182 y 184 de la LS, en tanto que presuponen previas atribuciones del disponente a los legitimarios de cualquier clase en los títulos sucesorios correspondientes, están reconocidas por la LS tanto a los legitimarios de grado preferente como a los de grado no preferente. Pero en esto no hay una diferencia sustancial con el régimen de la Compilación, en el que, dada la parquedad normativa de su artículo 125, había que recurrir al Derecho supletorio del Código civil, del que se extraen unas consecuencias no muy diferentes, en principio, de las establecidas en la LS.

## D) Límite temporal inicial del concepto de legitimario: los artículos 175-1º y 86-1º de la LS.

En relación al Código civil se ha discutido, por ejemplo, si las liberalidades entre vivos del desheredado o del repudiante o del premuerto se pueden imputar todavía en la legítima o si, como me parece mejor pensar, deberían dejar de imputarse en la legítima imputándose en el tercio libre<sup>65</sup>. Bajo la vigencia de la Compilación explicaba el profesor Lacruz<sup>66</sup> que, a los efectos del artículo 120 de dicho cuerpo legal, había que incluir entre los “favorecidos en vida del causante” a los nietos cuando su padre, premuerto al abuelo, hubiera recibido de éste liberalidades excluyentes de la preterición. Alegaba Lacruz que el proyecto aragonés de Compilación lo había previsto así expresamente y que, si bien la Comisión de Codificación suprimió las palabras relativas al supuesto, sin duda lo hizo en consideración a la aplicabilidad supletoria del artículo 1038, párrafo 1º, del Código civil, aunque entendido, puesto que en Aragón no hay colación, como precepto referido a la imputación de liberalidades en la legítima y no respecto de la colación. Por tanto, concluía el autor que dicho precepto del artículo 1038, párrafo 1º, había que entenderlo supletoriamente aplicable en Aragón y que cumpliría la función que se había pensado asignar al suprimido precepto del proyecto aragonés de Compilación. Parece haber un pequeño error en esta explicación de Lacruz, que acaso confió excesivamente en su memoria, en el sentido de que no parece que fuera la Comisión de Codificación la que suprimió ese precepto que en efecto existió, sino el propio Seminario aragonés, puesto que el precepto aparece en los anteproyectos de 1961, 1962 y 1963, pero no ya en los anteproyectos aragoneses siguientes como el de 1965, el de 1966 y el que fue presentado al Pleno de la Comisión General de Codificación<sup>67</sup>.

Al margen de ello, y pese a la gran autoridad del maestro, a mí me parece bastante difícil de aceptar esa explicación suya que se acaba de recordar. Primero, porque me parece bastante forzada la traslación del precepto del artículo 1038 del Código civil referido a sucesión intestada y a colación a un sistema legal sin colación y en el tratamiento de un problema de legítimas (de preterición), que es ámbito bastante distinto del de la sucesión intestada, y donde, además, el alcance de decidir sobre si exista o no una imputación en la legítima siempre asegurará en el sentido del mandato legal que el valor de los bienes donados vaya necesariamente a parar a una o a otra persona, mientras que en la colación el efecto es menor, porque impone al sometido a sus reglas sólo el tomar de menos de la herencia (intestada) lo que otro (el padre premuerto, aquí) hubiera reci-

65 La polémica está recogida, por ejemplo, en el libro del profesor LACRUZ. Mientras LACRUZ y VALLET de GOYTISOLO eran partidarios de imputar todavía esas liberalidades en la legítima, en cambio, ROCA SASTRE y GARCÍA VALDECASAS pensaban que dichas liberalidades deberían dejar de imputarse en la legítima y que deberían pasar a imputarse en el tercio de libre disposición. Para las donaciones hechas al hijo premuerto, la solución, según LACRUZ, debía ser distinta que para el repudiante, y si no tiene descendientes representantes, la donación habrá de imputarse en el tercio libre. Cfr. *Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1973, pp. 107-108. La cuestión, importante, no ha merecido excesiva atención de la doctrina española. Una bastante informada y bien discurrida explicación en defensa de la segunda de dichas explicaciones y que yo también he considerado preferible en el texto y considero preferible en la sucesiva explicación para la LS aragonesa, puede verse en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pp.180 a 186.

66 Cfr. su trabajo *Las legítimas en la Compilación*, en la RCDI, 1968, pg.522.

67 Según el artículo 71 del Proyecto de 1961: “Los legitimarios señalados en el artículo 70 o el ascendiente a quien repre- senten, cuando no hubieren sido favorecidos en vida del causante o mediante la sucesión abintestato, deberán ser mencionados en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas. Pero, como indico en el texto, el inciso subrayado desapareció del precepto desde la versión del Proyecto de 1965 en adelante. Véanse las versiones de todos estos proyectos en el Anuario de Derecho Aragonés, Tomo 13, años 1965 a 1967, pp. 111, 145, 182, 231 (aquí el texto en el que el inciso desaparece por primera vez), 264-265, y 275.

do, pero nunca podría llegar a suponer una obligación legal de restituir el exceso sobre la cuota que por herencia intestada hubiera correspondido al sometido a la colación.

Segundo, y en relación con lo expuesto, me parece bastante problemática esta *voluntas legislatoris* que el autor propone como base de su argumentación, sobre todo frente a la mucho más indudable de que el legislador (ya desde Aragón, probablemente, como he advertido) lo que sí es seguro que hizo es suprimir un precepto que ya tenía redactado y que sí que directamente trataba de cómo considerar las imputaciones de legítimas en ese supuesto y para el concreto efecto de la preterición. Si hubiera querido el legislador (aragonés ya, parece) lo que Lacruz nos propuso lo que de verdad hubiera hecho es no suprimir el precepto del proyecto que lo establecía.

Tercero, porque la letra de los artículos 120 y 123 de la Compilación, con total claridad ambos y con plena coherencia con el conjunto del sistema legal de la Compilación sobre la legítima, sistema legal que ya he explicado que fue sumamente lógico y coherente, refieren la expresión "*no favorecidos ya en vida del causante*", y sus concretos efectos, sólo y exclusivamente a los legitimarios inmediatos o "*sin mediación de persona capaz de heredar*". Como el Código civil sólo puede resultar supletoriamente aplicable en Aragón "en defecto" de norma aragonesa (artículo 1-2º de la Compilación), y aquí las dos normas aragonesas de los artículos 120 y 123 cubrían con admirable claridad y precisión tanto los requisitos del supuesto de hecho de la norma como su consecuencia jurídica, veo formalmente difícilísimo incrustar entre ambos, por todo lo expuesto, ese precepto del artículo 1038, párrafo 1º, del Código civil.

Cuarto y último. El artículo 124 contemplaba además con gran precisión la existencia de lesión a la legítima global cuando no alcanzaran los beneficios percibidos "*por el conjunto de los legitimarios*" (o sea, sin o con mediación de persona capaz de heredar), y parece que sólo por ellos, a la cuantía de la legítima colectiva<sup>68</sup>. Y ya se ve, por tanto, que esos descendientes del causante que pertenecieran al "*conjunto de los legitimarios*", como los denominaba el artículo 124, tenían que tener y mantener a la apertura de la sucesión la capacidad de heredar.

Temo, por tanto, que en este punto concreto, el maestro Lacruz forzó en exceso la argumentación para "*restablecer*" un precepto que se había elaborado originariamente en Aragón, pero del que a partir de cierto momento (1965) se prescindió, y creo que con acierto.

El artículo 175-1º, inciso segundo, parece destinado a zanjar toda posible duda sobre la cuestión considerada, al establecer que serán imputables a la legítima colectiva las liberalidades recibidas del causante por sus descendientes incluso premuertos, incapaces de suceder, desheredados con causa legal o renunciantes a la legítima. El nuevo precepto legal habría así "*restablecido*" el precepto elaborado en Aragón en el proyecto de Compilación y que no pudo llegar a ser ley e incluso ahora lo habría extendido a otros supuestos similares y lo habría puesto en sede genérica de imputación de liberalidades en la legítima.

Sin embargo, pese a la aparente claridad que le proporciona al precepto del artículo 175-1º su letra clara y precisa y el conocimiento que tenemos de sus antecedentes doctrinales, me sigue ofreciendo dudas su acierto como solución normativa y su ámbito, por razones diríamos que herederas de las que me han servido para cuestionar la explicación doctrinal (Lacruz) que parece ser origen del precepto. El precepto plantea todavía, en mi opinión, la duda sobre si los descendientes que menciona y que no llegaron a ser legitimarios de grado preferente en sentido estricto podrían escapar a la acción de

lesión de legítima de los artículos 179 y 180 de la LS, sobre todo (o incluso a las acciones de los artículos 182-2º, 184 y 193-1º de la LS, en sus casos), partiendo de una especie de idea de la irreversibilidad de dichas donaciones que la ley les reconocería excepcionalmente por el mero hecho de haber sido presuntos o expectantes legitimarios de grado preferente, con la consecuencia de reducir o aun anular el alcance real de la (restante) legítima global, o si, por el contrario, se debe pensar que aquellos descendientes caerían bajo la aplicabilidad de la acción de lesión de la legítima, acción que, al menos en su sede propia (art. 180), no contiene ninguna excepción ni salvedad a la regla perfectamente lógica y tajante del artículo 179-1º de la LS, regla tajante y clara siempre que la referencia de ésta al “conjunto de los descendientes” se entienda como referencia al conjunto de los descendientes que sean legitimarios.

La duda creo que es planteable y seria, por la considerable trascendencia práctica que podría tener. El legislador, desde luego, parece haber acogido su solución de forma consciente y perfectamente en serio. Obsérvese, por ejemplo, el texto del artículo 176, que, al señalar excepciones concretas a la regla del artículo 175-1º, viene en cierto modo a subrayar con especial énfasis la regla misma de este segundo precepto. E incluso veremos al estudiar la preterición no intencional que el oscuro precepto del artículo 188-2º de la LS acaso ha tomado en serio lo que la letra de este precepto del artículo 175-1º parece querer establecer. Por eso, la interpretación que ofrezco a continuación como defendible y sobre todo como preferible probablemente pueda considerarse como una reducción teleológica del precepto; como una interpretación que llega a hacer afirmar al precepto algo de menos alcance y distinto de lo que de verdad afirma su letra. Soy consciente de las dificultades de la interpretación que voy a sugerir.

Aunque la primera idea sugerida de esa especie de irreversibilidad de las donaciones o atribuciones en pacto sucesorio de presente hechas a personas que tenían una mera expectativa de convertirse en legitimarios de grado preferente que luego definitivamente se frustró, vemos que tiene cierta base en la letra de la ley (art. 175-1º y 179-1º, que contraponen descendientes y no descendientes, o incluso arts. 188-2º y 196-1º, según cómo se interpretaran), y parece haber logrado ya alguna adhesión en la doctrina<sup>69</sup>, a mí me parece preferible la segunda explicación antes propuesta (legitimación activa de los legitimarios preferentes definitivos en la acción, al menos, de los artículos 179 y 180 contra los *ex* legitimarios preferentes atributarios de liberalidades o sus herederos), que dejaría las cosas como he defendido que estaban también en la Compilación de 1967.

Y ello, por consideraciones sistemáticas, porque, de no entenderse así los preceptos comentados, quedaría gravemente desvirtuada toda la regulación de la legítima y los preceptos que tajantemente declaran que no son legitimarios los descendientes del disponente premuertos, incapaces de suceder, desheredados justamente o renunciantes a la legítima (arts. 171-1º y 174-1º, regla 1ª, 173; 19, 24, 25, 196-1º y 198-1º; y 15-2º, *in fine*). De no entenderse así, resultaría que el legislador permitiría participar en la legítima de

<sup>69</sup> GIL NOGUERAS, Luis Alberto, parece pensar así, en una explicación que me resulta un tanto oscura y en la que viene a afirmar que lo que sucederá, al aplicar el artículo 175-1º, será que habrá que reducir, “en la misma proporción” en que se imputa la donación, la cantidad que corresponda al hijo sustituto de estos donatarios no beneficiarios estrictos de la legítima. O sea, parece que más que “reducir en proporción”, piensa en que habrá que restar o considerar entregadas a cuenta esas donaciones o liberalidades previas respecto de la cuota de legítima que acabe recibiendo el verdadero legitimario sustituto, de modo que el resultado final sería un compartir las liberalidades los *ex*-legitimarios y los legitimarios sustitutos. Cfr. su comentario de la legítima en la obra colectiva *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 569. Menos claramente, pero también SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, recoge la idea del precepto del artículo 175-1º, aunque sin citar éste, y parece darla por buena, sin señalar su contradicción con otros preceptos importantes de la LS, y como comparando a los *ex*-legitimarios aludidos en el artículo 175-1º con los legitimarios de grado no preferente, caracterizados por no tener derechos ni acciones legales. Cfr. *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 592 y 593.

modo efectivo y definitivo a quienes a la vez declara que han perdido su “condición” de legitimarios (arts. 196-1º y 15-1º), y ello en perjuicio directo de los que el propio legislador declara verdaderos legitimarios (arts. 173 y 24), y además con la posible consecuencia final, parece que poco fundada y algo difícil de aceptar, de que, cuando las atribuciones en vida a descendientes del disponente por donación o pacto sucesorio hubieran tenido entidad suficiente, el total de la legítima pudiera ser atribuido a quienes no habrían llegado a ser, en rigor, por premoriencia, indignidad o desheredación justa, legitimarios preferentes y precisamente en perjuicio de quienes sí que habrían llegado a serlo en el momento de la apertura de la sucesión o de la delación de la sucesión. De no entenderse como lo propongo en la segunda explicación mencionada, resultaría en efecto que en ciertos casos cabría que los descendientes del disponente que legalmente tienen la “condición de legitimarios” se quedarían sin recibir nada de la legítima en beneficio de otros descendientes que formalmente habrían perdido esa “condición de legitimarios” conforme a la ley. Atribuida la mitad del caudal computable a las personas mencionadas en el artículo 175-1º, si tomáramos el precepto al pie de la letra, ya no quedaría legítima para nadie más.

Obsérvese también, en particular, que el artículo 171-2º explica la amplia posibilidad de distribución de la legítima por el disponente entre “tales descendientes”, y los mismos son, según el artículo 171-1º, los únicos que se afirma que son legitimarios y que son los “descendientes, de cualquier grado, del causante”. No, entre ellos, por tanto, los descendientes del disponente en vida luego premuertos al causante ni los que antes de la muerte del mismo se hicieron indignos o fueron desheredados por el disponente en vida. Además, el Preámbulo de la LS de 1999 (cfr. apartado VIII) no sólo no da ninguna explicación o justificación de la radical (entendida literalmente) innovación del artículo 175-1º, sino que afirma que define los legitimarios de grado preferente, “porque de esta condición depende la legitimación para la acción de reducción de liberalidades y la de preterición”. O sea, como en el artículo 124 de la Compilación, sólo los legitimarios de grado preferente (inmediatos) definitivos integran el “conjunto de legitimarios” que han tenido que percibir, en conjunto, el total de los beneficios en que consiste la legítima global o colectiva.

Es útil insistir, en dicho sentido, en que en la descripción genérica de la legítima que da el artículo 171-1º de la LS, y lo mismo su justificación del Preámbulo (cfr. apartado VIII), aluden a descendientes del “causante”, literalmente ya fallecido, por tanto. Lo que resulta especialmente significativo aquí por la conexión del precepto con el artículo 174-1º, regla 1ª, que remite para el cálculo del caudal computable, en cuanto al caudal relicto, al “tiempo de liquidarse la legítima”, con el necesario presupuesto, de nuevo, del fallecimiento ya sucedido del disponente. Y es útil recordar también, en el mismo sentido, que la sustitución legal, de plena aplicación a la legítima según el artículo 24 de la LS, significa que los sustitutos legales, o sea los nuevos y definitivos legitimarios de grado preferente, según el artículo 25, tienen que “ocupar el lugar que habría correspondido al sustituido si no hubiera concurrido causa de sustitución”. Luego, según esto, la causa de sustitución legal y ésta misma o habrán existido o no habrán existido, y no debe de ser posible, por tanto, en ningún caso, que sustituido y sustituto compartan nunca cuotas diversas y complementarias de la misma legítima global.

Con esta segunda explicación del artículo 175-1º de la LS, que tiendo a considerar preferible, por tanto, habría que reconocer al precepto un ámbito sólo residual respecto de las liberalidades recibidas por esos descendientes que no hubieran llegado a acceder al estatus de legitimarios a la delación de la sucesión, de modo que sólo se entendieran rigurosamente imputadas en la legítima las liberalidades que, habiendo podido ser

reducidas por inoficiosas por los verdaderos descendientes legitimarios de grado preferente, no lo hubieran sido por la libre voluntad de estos últimos (cfr. el artículo 179-3º de la LS, que da un interesante apoyo concreto a esta interpretación) o por haberse pasado el plazo de ejercicio de la acción de reducción correspondiente, acaso por ignorancia suya de sus derechos. O sea, la imputación a la que se refiere el precepto en el inciso final de su apartado primero no significaría una adquisición plenamente eficaz siempre por el ex-legitimario del derecho subjetivo objeto de la atribución por el disponente. Por exigencias sistemáticas de todo el ordenamiento legal de la legítima aragonesa habría que precisar que tales serían los términos hábiles de conciliación de los artículos, sobre todo, 175-1º por una parte, y 179 y 180 de la LS, por otra. Y respecto del artículo 179-1º habría que entender que se incluyen entre los “*no descendientes*” los descendientes presuntos legitimarios preferentes que vieron frustrada su expectativa de llegar a ser legitimarios (ex-legitimarios) y que menciona el artículo 175-1º de la LS. Véanse también los artículos 10-1º y 157, letra e, de la LS.

Por supuesto, debería rechazarse también una hipotética interpretación según la cual los ex-legitimarios provisionales atributarios de liberalidades pudieran retener plenamente las donaciones o atribuciones recibidas del disponente sólo que imputándolas a la mitad libre de disposición. Dicha hipotética interpretación no sólo iría contra el conjunto del sistema legal de la legítima, sino que iría, además, frontalmente, contra la letra del artículo 175-1º de la LS.

Recapitulando sobre este artículo 175-1º, en su parte final, podríamos decir que representa haber transformado en norma legal aragonesa expresa una opinión doctrinal muy autorizada pero parece que vidriosa y discutible y norma legal que, de no ser recificada y restringida en su alcance literal interpretativamente, lo que afortunadamente cabe hacer, aunque no sin esfuerzo, bajo la vigencia de la nueva LS con argumentos sistemáticos, supondría un considerable debilitamiento del instituto de la legítima en el Derecho aragonés.

Consideremos ahora las dudas interpretativas que plantea el artículo 86-1º de la LS, que ha suprimido la operatividad, como causa de revocación unilateral de los pactos sucesorios, de la superveniencia o supervivencia de hijos de quien no los tuviera antes o no los tuviera conocidos, causa de revocación de donaciones regulada en los artículos 644 a 646 del Código civil, y a la que se remitía el artículo 103-3º de la Compilación aragonesa de 1967. Recuérdese que según el Código civil dicha causa de revocación de las donaciones tiene un plazo de cinco años y que, aunque corresponde inicialmente al donante, puede llegar a pasar, a la muerte de éste, a sus hijos y descendientes (art. 646, párrafo 2º).

Repárese en que antes de la muerte del donante, quien habría donado por hipótesis siempre a un no descendiente, los “nuevos” hijos presumibles legitimarios o los legitimarios ya preexistentes pero sobrevenidamente conocidos por el ascendiente donante sólo indirectamente vendrían protegidos en cuanto a su eventual legítima por el artículo 644 del Código civil, en el sentido de que la posible revocación de su donación por el donante aumentaría previsiblemente el patrimonio de éste y su futuro caudal relicto. De modo que, aunque siempre existiría la posibilidad de reducir donaciones inoficiosas (arts. 636 y 654 a 656 del Código civil, y en su momento art. 124 de la Compilación), sería beneficioso para aquellos legitimarios sobrevenidos, si llegaban a pasar a la apertura de la sucesión de meros legitimarios provisionales a legitimarios definitivos, saber que la revocación de la donación por su ascendiente donante, engrosando el caudal relicto, les

ahorraría a la larga el esfuerzo de tener que reclamar la reducción de la donación caso de que resultara inoficiosa y, hubiera sido o no inoficiosa caso de no haber sido revocada por el donante, siempre podría representar además, más allá de la posible cuota de legítima, un aumento beneficioso para ellos de lo que finalmente pudieran llegar a heredar de su ascendiente donante. En este sentido cabe referirse a una especie de protección anticipada e indirecta de la legítima de esos legitimarios sobrevenidos a la persona sin hijos al disponer por causa de muerte, sucedida antes de la apertura de la sucesión del donante, y con base en los artículos 644 y siguientes del Código civil.

En cambio, si consideramos ahora la situación de la acción de revocación de la donación por superveniencia o supervivencia de hijos tras la muerte del donante y que sus hijos o descendientes han heredado la acción (art. 646, párrafo 2º), parece evidente que dicha acción podría considerarse en cierto modo como una acción de directa protección de la legítima de esos legitimarios ya definitivos y de grado preferente, en la medida en que lo recuperado del donatario extraño sería para el conjunto de los legitimarios preferentes y no, siendo distintos de ellos, para los herederos del donante (lógica, en parte, de atribución legal como legitimaria), y en la medida también en que la donación hecha por su ascendiente podría ser plenamente revocada por sus hijos legitimarios, con base en el artículo 644 del Código civil, incluso cuando la misma no fuera inoficiosa en absoluto, funcionando entonces como una especie de añadido legal específico a la legítima, de naturaleza similar a ésta. De resultar además inoficiosa la donación, por supuesto que sería además la misma en teoría “reducible”, en la parte correspondiente (doble título para impugnar la donación), con base en los artículos 179 y 180 de la LS. Pero como, aparte de la prelación en la reducción de liberalidades inoficiosas que marca el artículo 180 de la LS dejando las donaciones en último lugar, la acción de los artículos 644 y 646 del Código civil se dirige a una completa restitución de la donación y no a una mera reducción, es evidente que siempre resultaría en principio la mencionada acción más favorable a los legitimarios sobrevenidos, coincidiendo además en principio los plazos de ambas acciones (plazos de cinco años: arts. 646, párrafo 1º, del Cc.; y art. 178-1º de LS, aunque en la práctica podría resultar este último plazo más ventajoso o duradero). Cuando, en efecto, durase todavía el plazo del artículo 178-1º de la LS y se hubiera terminado ya el del artículo 646, párrafo 1º del Cc. es claro que sólo quedaría a los legitimarios sobrevenidos y ya definitivos la acción de reducción de liberalidades inoficiosas del artículo 180 de la LS<sup>70</sup>.

Como he sugerido ya, la recuperación por los legitimarios sobrevenidos de grado preferente de la donación realizada por su ascendiente causante con base en los artículos 644 y 646 del Código civil habría que entenderla hecha por partes iguales entre ellos, parece que con derecho de acrecimiento entre ellos si alguno desistía de ejercer su acción, y aunque el disponente y causante hubiera atribuido toda la legítima o toda la herencia a uno solo de los hijos o descendientes. Y ello, porque pese a la naturaleza similar a la de la legítima de esta acción del artículo 644 del Código civil, es ésta exclusivamente la norma aplicable aquí, aunque supletoriamente, y no está la misma condicionada en absoluto por el artículo 171 de la LS. Y tampoco es aquí relevante, por la misma razón, la libertad que concede al disponente el artículo 180, párrafo 1º, de la LS de establecer el orden de reducción de liberalidades conforme a su libre voluntad, porque, en

<sup>70</sup> Con razón criticaba el profesor LACRUZ la opinión de PUIG PEÑA en el sentido de que, según éste, por la existencia de la acción de revocación del artículo 644 del Código civil, no serían reducibles como inoficiosas las donaciones realizadas por el causante cuando no tenía herederos forzosos, subrayando LACRUZ las considerables diferencias de ambas acciones y defendiendo la coexistencia de ambas. Cfr. su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 158-159.

el sentido de lo ya explicado, esta acción del artículo 180 de la LS es diferente de la del artículo 644 del Código civil, aunque pueda o no coincidir parcialmente con ella.

Presupuesto todo ello, podría concluirse que el artículo 103-3º de la Compilación de 1967, al establecer como causa de revocación unilateral del pacto sucesorio las causas de revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos de los artículos 644 y siguientes venía a establecer como una extensión de este peculiar régimen jurídico a todos los pactos sucesorios aragoneses. Venía a establecer el precepto aragonés como una protección de la legítima inicialmente sólo indirecta, en detrimento de la eficacia de los pactos sucesorios, y protección que podía llegar a hacerse directa, a la muerte del causante (art. 646, párrafo 2º, del Código civil), y protección entonces coincidente o no, según lo explicado, con la acción de reducción de liberalidades inoficiosas del artículo 124 de la Compilación. O sea, una protección jurídica de los legitimarios provisionales o incluso definitivos en la Compilación, con cierta lógica parecida a la de la preterición errónea, aunque operando en su más reducido supuesto de legitimarios sobrevenidos sólo de persona que no tuviera hijos en el momento de disponer por causa de muerte, y aunque sobrepasara generalmente dicha protección, en su caso, el nivel de protección de la acción de reducción de liberalidades del artículo 124 de la Compilación.

Así las cosas, cabe afirmar que el artículo 86-1º de la LS busca robustecer la eficacia de los pactos sucesorios y aumentarla frente a la de las donaciones que hubiera podido hacer el disponente sin hijos conocidos por él al disponer, pero debilitando acaso con ello, entonces, la posición de los legitimarios sobrevenidos presuntos o provisionales que, ocurrida la apertura de la sucesión, y si llegan a tener que defender su legítima como legitimarios sobrevenidos definitivos, podría pensarse acaso que perderían la acción de los arts. 646 y 644 del Código civil, y que sólo por vía de los artículos 179 y 180 de la LS podrían atacar en defensa de su legítima la herencia repartida según el correspondiente pacto sucesorio.

Sin embargo, esta interpretación del artículo 86-1º de la LS parece que resultaría poco lógica, porque en una herencia deferida por testamento no dejaría de ser aplicable en su caso la acción de los artículos 646, párrafo 2º, y 644 del Código civil, y ello introduciría una injustificada diferencia entre las herencias deferidas por pacto sucesorio y las deferidas por testamento. Por eso, considero más conveniente una interpretación más restringida del artículo 86-1º de la LS, que reduzca su eficacia a suponer que sólo excluiría el mismo la acción de revocación de la donación del artículo 644 en tanto que revocación unilateral por el mismo donante que se creyó sin hijos y sólo durante su vida, pero sin excluir el artículo 86-1º de la LS la posible acción del artículo 646, párrafo 2º, a favor de los hijos y descendientes del donante, entendiéndolo, cierto que de forma un tanto vidriosa o forzada dogmáticamente, que la revocación por estos últimos ya no es estrictamente una revocación unilateral del pacto sucesorio de las que contemplaba –y sólo a ellas se refirió– el artículo 103 de la Compilación y hoy el propio artículo 86 de la LS. Las cosas sucederían, entonces, como si el fallecimiento del donante con superveniencia o supervivencia de hijos acentuara el carácter como legitimario de la acción de los artículos 644 y 646 del Código civil, al pasar ésta a sus hijos o descendientes (no a sus herederos), y que ya no serían contemplados por el legislador estrictamente como partes de un pacto sucesorio (art. 64 de la LS y 1257 del Código civil).

O sea, recapitulando, el artículo 86-1º de la LS no suprimiría un refuerzo o incluso, eventualmente, un “aumento” de su legítima a los legitimarios sobrevenidos en su existencia o conocimiento por el disponente que se creía sin hijos en los casos en los que



éstos llegaran a ser definitivamente legitimarios preferentes fuera cual fuese el título sucesorio, y ventajas todas ellas para dichos legitimarios derivadas de los artículos 644 a 646 del Código civil; pero sí suprimiría, en caso de pactos sucesorios, la protección indirecta a la legítima que representaba el artículo 103-3º de la Compilación para los legitimarios sobrevenidos sólo provisionales o presuntos. El artículo 86-1º de la LS ha venido a endurecer el trato legal para con ellos respecto del que les dispensaba la Compilación de 1967, justo al contrario de lo que hace, aunque con muy discutible fundamento, según se explicó, y en contexto bastante diferente, la letra del artículo 175-1º de la LS, y sin que quepa entender, desde luego, que el legislador de 1999 ha buscado algo así como “compensar” lo uno con lo otro.

Cuando se explique el régimen jurídico de la preterición no intencional o errónea en la LS se verá, en otro sentido, qué gran incoherencia resulta de dicha regulación con la subsistente aplicación supletoria de estos artículos 644 a 646 del Código civil, que el legislador aragonés pudo excluir pero que no excluyó.

### **E) Límite temporal final del concepto de legitimario: legitimarios concebidos tras la apertura de la sucesión y descendientes ulteriores.**

El artículo 173-1º de la LS ha oscurecido acaso también la cuestión de si se deba o no entender excluido como posible legitimario el *concepturus* que siga siéndolo en el momento de la delación de la herencia, *concepturus* que parece que quedaba excluido como legitimario inmediato, fuera de los casos excepcionales de la fiducia o la sustitución fideicomisaria a favor de fideicomisario descendiente, por la terminología legal de la Compilación y su constante insistencia (arts. 120, 121, 123, y 124), al menos indirecta o implícita, en que el legitimario, al que la ley le atribuye además derechos legales legitimarios, fuera “capaz de heredar”. Un enfoque genéricamente similar había dado a la cuestión en mi trabajo de 1997<sup>71</sup>, aunque explicando también que el *concepturus* sí podía ser nombrado descendiente o atributivo de bienes por el disponente en la esperanza de que, cuando llegara el momento de la apertura de la sucesión, sí que ya el tal designado fuera ya persona nacida o concebida y por tanto ya “capaz de heredar” y por tanto ya definitivamente legitimario. Si llegado el momento de la delación, el “*concepturus*” suficientemente identificado seguía sin haber sido al menos concebido, parece que dicha persona, como norma y con las excepciones apuntadas, no podría llegar a considerarse legitimario inmediato, aunque luego llegara efectivamente a nacer con posterioridad.

En la legislación actual, hay que enmarcar el problema en el reconocimiento legal expreso de la capacidad para heredar del *concepturus*, si ha de ser hijo aún no concebido de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 10-1º y 11 de la LS) y en la afirmación legal de que en la sucesión bajo condición suspensiva la delación tendrá lugar al tiempo de cumplirse la condición (art. 6-2º de la LS). Con todo, esta cuestión, y en relación al legitimario de grado preferente, parece que se plantea hoy sustancialmente en los mismos términos que bajo la más expresiva y orientadora termino-

<sup>71</sup> En mi reflexión de entonces consideré que había que excluir tanto el carácter de legitimario inmediato del *concepturus* que siguiera siéndolo a la apertura de la sucesión, como su posible carácter de legitimario mediato. Una relectura de los artículos 120, 121, 123, 124, y 125-1º y 2º, me hace hoy ver que lo segundo no parece que se desprendiera de la Compilación. Por eso, creo que reflexionando, como hago con posterioridad en el texto, desde el funcionamiento posible de la fiducia o desde la posible existencia de sustituciones fideicomisarias que gravaran la legítima en beneficio de otros descendientes (art. 125-1º de la Compilación) hubiera sido más razonable concluir que el *concepturus* sí podía ser legitimario mediato en el régimen legal de la Compilación. Así lo defiendo en el texto para la vigente LS, según podrá verse a continuación, aparte de otras precisiones espero que útiles. Cfr. las pp. 17 y 18 de mi trabajo de 1997.

logía de la Compilación, aunque ahora por referencia al funcionamiento que se considere normal de la sustitución legal a la que expresamente se refiere el artículo 173-1º, entendiéndose el funcionamiento de ésta, que el precepto afirma ocurrido “*sucesivamente*”, limitado genéricamente en realidad por la referencia temporal del momento de la delación de la sucesión y sin que más allá de la misma parece que puedan existir legitimarios de grado preferente que no hayan sido al menos concebidos. Es, entonces, el instituto de la sustitución legal, el que aporta la referencia temporal implícita que necesitamos, si partimos sólo del artículo 173-1º de la LS, para que no se difumine y se haga vidriosa o arbitraria, habiendo designaciones en negocios por causa de muerte de personas que todavía han de ser concebidas, la distinción entre legitimarios preferentes y legitimarios no preferentes. Véase cómo los cuatro casos previstos en la ley de sustitución legal en la legítima que atribuyen la condición de legitimario de grado preferente tienen claramente implícita la referencia temporal del momento de la delación de la sucesión del disponente (arts. 19 y 24 de la LS).

Y también el artículo 10-3º de la LS presupone implícitamente una concepción como esa. Y en casos de fiducia, también hay que admitir hoy, por supuesto, como bajo el régimen de la Compilación de 1967, que pueda recibir finalmente parte de la legítima y como legitimario de grado preferente, al ejecutarse la fiducia, no sólo algún descendiente del disponente que a su muerte no estuviera ni siquiera concebido, sino también, no impidiéndolo las instrucciones del comitente, aunque el supuesto será improbable, algún descendiente del disponente que sea también descendiente de persona que no fuera todavía persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 10-1º). Como si el fiduciario elige como heredero del causante comitente a un bisnieto suyo, nacido de un nieto del comitente a su vez nacido tras la muerte de éste.

Veamos con un ejemplo lo que se está queriendo explicar, ejemplo que por cierto nos va a mostrar, según creo, tanto la coherencia general de la explicación precedente como que no cabe excluir del todo supuestos, más o menos académicos y discutibles, que parecen desmentirla para en su caso. Severino, viudo aragonés de 45 años, tiene cuatro hijas llamadas Norberta, Roberta, Ruperta y Rigoberta, todas ellas en edad adolescente y de carácter rebelde, por lo que Severino mantiene relaciones difíciles con ellas. Tiene también una novia, llamada Consuelo, de 30 años. Severino hace donación a Consuelo de una finca rústica con un lujoso chalet de 7,5 millones de euros de valor total. Además, Severino, tras un serio enfado con sus hijas, hace testamento sobre el resto de sus bienes, valorados en 2,5 millones de euros, estableciendo que deja todos sus bienes y el conjunto de su legítima al primero de sus nietos que llegue a tener y nacido de cualquiera de sus cuatro hijas, con lo que espera animarlas a llevar una vida más tradicional y espera conseguir que intenten casarse y tener hijos. Severino muere a los sesenta años<sup>72</sup>, cuando ninguna de sus hijas, que rondan todas la treintena, ha tenido todavía hijos ni se halla, en ese momento, embarazada. ¿Qué consecuencias tendría dicho testamento?. Vamos a considerar la doble hipótesis de que no llegase a nacer ningún nieto de Severino en un plazo razonable, y la de que su hija Norberta tuviera un hijo, que llamaremos Inocencio, cinco años después de morir Severino.

En la primera hipótesis, y antes en general de producirse la misma y tras la muerte de Severino, habría que haber puesto la herencia de éste en administración (arts. 6-2º y 11 de la LS), durante un plazo razonable (pongamos 12 o 13 años: arg. art. 801, párrafo 1º, y 1118 del Código civil)), en espera de que se aclarara si Severino llegaba o no a tener algún nieto de alguna de sus cuatro hijas. Durante ese intervalo de puesta en administración de la herencia de Severino, no habría en rigor legitimarios de grado preferente,

puesto que sus cuatro hijas no lo serían, sino en grado de titulares de una expectativa, como lo eran ya en realidad en vida de su padre (arts. 14-1º, 171 y 174 de la LS). Obsérvese que ni serían en sentido riguroso, antes de producirse la delación, legitimarias de grado preferente, ni tendrían la certeza de serlo algún día, puesto que el simple nacimiento de un hijo de cualquiera de las cuatro les habría de privar definitivamente ya de su condición de legitimarias de grado preferente. Pero finalizado el plazo de 12 o 13 años sin que fuera concebido ni naciera ningún nieto de Severino, devendrían legitimarias de grado preferente las cuatro hermanas, Norberta, Roberta, Ruperta y Rigoberta, sin que parezca ya necesario ni siquiera declarar que lo llegarían a ser retroactivamente al momento de la muerte de su padre. En ese momento final del plazo de 13 años, las cuatro hermanas sin hijos heredarían por sucesión legal, por ineficacia del testamento de su padre (arts. 201 y 202-1º de la LS), el total de la herencia de éste, consistente en bienes por valor (aproximado, por los años transcurridos) de 2,5 millones de euros. Además, podrían reclamar como legitimarias de grado preferente, con base en los artículos 179 y 192 de la LS, a Consuelo, una reducción de la donación que ella había recibido consistente (aproximadamente: art.174-1-2º) en otros 2,5 millones de euros. A Consuelo le quedaría la propiedad de la finca que Severino le donó, aunque reducida al valor de la mitad de libre disposición. No habría resultado aplicable al art. 183-1º LS.

Segunda hipótesis. Nacimiento de Inocencio, hijo de Norberta, 5 años después de morir Severino. Inocencio, representado por sus padres, Norberta y su marido, tendría en primer lugar derecho a la herencia testamentaria de su abuelo, consistente en bienes por valor aproximado de 2,5 millones de euros. En segundo lugar, como dicha herencia legal no satisfaría la legítima de su abuelo que éste le había asignado a él en plenitud, habría que reconocerle también, a pesar de ser meramente legitimario de grado no preferente (art. 173-1º de la LS y todavía vive su madre), la reducción de la donación inoficiosa a Consuelo por importe de unos 2,5 millones de euros (art. 179-2º de la LS, adecuadamente interpretado en forma flexible). Obsérvese cómo esta misma solución la ofrece con mucha mayor nitidez y claridad el artículo 124, inciso primero, de la Compilación de 1967. Obsérvese también que en esta hipótesis Norberta, Roberta, Ruperta y Rigoberta, que hasta 13 años después de la muerte de su padre Severino venían siendo legitimarias de grado preferente provisionales o como titulares de una mera expectativa, finalmente, a la hora de la verdad, no llegarían a tener dicha condición de legitimarias ni ninguna de las acciones judiciales que lleva aparejada.

Veamos finalmente, y en relación con esta segunda hipótesis explicada, la posibilidad de esos casos académicos y discutibles que hemos anunciado al inicio de la explicación del presente ejemplo. Pensemos que Norberta, madre de Inocencio, muere en el parto o poco antes del mismo. En tal caso, cabría referirse a una “*premorienca*” de la madre (arg. art. 10.1º de la LS, similar al artículo 29 del Código civil) y podría darse acaso un supuesto de sucesión legal en la legítima (art. 19 y 24-1º de la LS), a condición de que la “*premorienca*” se entienda, no en su sentido tradicional como premorienca al causante, sino como premorienca anterior a la delación de la sucesión del causante, y que tuviera el efecto de quitar de en medio al descendiente antepuesto (Norberta) y dejar al *concepturus* finalmente nacido “*sin mediación de persona capaz de heredar*”, por usar

72 Si Severino muriese pocos meses después de haber hecho ese testamento, creo que sería cuestionable la eficacia del testamento mencionado, porque parece que el disponente no debe poder, teniendo cuatro hijas legitimarias preferentes, dejarlas a todas sin la atribución en propiedad de sus bienes durante un plazo que podría llegar a prolongarse, a la vista de lo sucedido luego, hasta veinte o más años. Podría cuestionarse un testamento así, al producirse esa muerte prematura de Severino, desde el artículo 183-1º o acaso desde el artículo 161 de la LS.

la vieja y expresiva terminología de la Compilación. Entendida así la premoriencia, lo que parece que sería coherente con la “*ratio*” de la sustitución legal en la legítima y con los artículos 6-2º y 14 de la LS, nuestro *concepturus* Inocencio sí que podría llegar a calificarse incluso como “*legitimario de grado preferente*” del artículo 173-1º de la LS. Esta interpretación simplemente facilitaría un tanto que Inocencio pudiera alegar la acción de reducción de liberalidades inoficiosas al reclamar a Consuelo una reducción de 2,5 millones de euros de la donación que ésta había recibido de Severino. Pero la misma conclusión podría alcanzarse, como se ha explicado, incluso considerando a Inocencio mero legitimario de grado no preferente. A la vista de ello, y de que la LS ha suprimido esa forma de expresarse de la Compilación por referencia a la existencia o no de descendientes con o sin mediación de persona capaz de heredar, hay que concluir que la cuestión terminológica planteada resulta hoy dudosa y acaso meramente terminológica.

Finalmente, se pueden plantear dudas interpretativas paralelas a la explicada para la premoriencia en relación también con los supuestos de desheredación o de indignidad. En cuanto a la primera, cabría que con posterioridad al testamento inicial otorgado por Severino a favor de su futuro primer nieto, hubiera otorgado este señor otro testamento para desheredar a Norberta, quien luego habría de resultar la madre de Inocencio. La hipótesis contempla un testador muy cuidadoso que, aunque ya ha preterido voluntariamente a su hija Norberta en el primer testamento, considera todavía la posibilidad de que le pudieran llegar derechos sucesorios a ella si no llegaba a nacer en el futuro ningún nieto del testador de ninguna de sus cuatro hijas. En cuanto a la segunda, la declaración de indignidad de Norberta habría sido posterior a la delación de la sucesión (art. 15-1º y 2º de la LS), pero perfectamente podría ser también anterior a la concepción y nacimiento de Inocencio. La hipótesis también necesita aquí de la previsora diligencia de las hermanas de Norberta, capaces de solicitar que se declare la indignidad de ella para heredar a Severino (art. 15-1º de la LS), sólo desde la consideración de que si no llegara a nacer un nieto de éste en un plazo razonable, a ellas les podría llegar a beneficiar dicha indignidad en el futuro reparto final de la herencia y de la legítima. De modo que en ambos casos, como en el de “premoriencia” y hasta algo menos dificultosamente interpretativamente en éstos, podría sostenerse que había quedado Inocencio “*sin mediación de persona capaz de heredar*”. Y si aceptamos que se le pueda calificar como “*legitimario de grado preferente*”, lo que vemos que parece ahora menos difícil, se le facilita un tanto el posible ejercicio de la acción de reducción de liberalidades inoficiosas (art. 179-2º de la LS).

En conclusión, el descendiente del causante que acceda a su sucesión en tanto que *concepturus* lo hace necesariamente, por supuesto, llamado en la sucesión voluntaria por el disponente, y será casi siempre, dejando a un lado los supuestos de fiducia, legitimario de grado no preferente (mediato), aunque parece que tampoco se puede descartar del todo algún extraño supuesto en el que pudiera considerársele incluso legitimario de grado preferente (inmediato). Las soluciones a los problemas en esta materia es muy posible que sigan siendo las mismas bajo la Compilación que bajo la LS, sin que se note progreso apreciable en esta cuestión del *concepturus* por la mayor preocupación por explicar la terminología que se dio en la obra del legislador de 1999 respecto de la obra del legislador de 1967.

Con una explicación como la que aquí se propone es cierto también, como se ha señalado en la doctrina<sup>73</sup>, que en los casos de fecundación asistida *post mortem* aludidos en el

<sup>73</sup> Cfr. en tal sentido SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, en su comentario sobre la legítima del *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 576.

artículo 10-3º de la LS, el legislador con base en una ficción de coexistencia de causante y legitimario causahabiente, considera al hijo así concebido como un legitimario de grado preferente más. El hijo concebido con fecundación asistida *post mortem* es por ley un hijo póstumo equiparado a los concebidos por el disponente antes de morir, y no un *concepturus*. En efecto, como se ha indicado anteriormente, la interpretación "*a contrario sensu*" de este artículo 10-3º viene a confirmar, genéricamente al menos, la explicación ofrecida en el sentido de que el *concepturus* que siga siéndolo en el momento de la delación de la herencia no puede considerarse o llegar a ser legitimario de grado preferente.

En cuanto a si el *concepturus* pueda ser o no legitimario mediato o de grado no preferente, aparte lo que pueda iluminar la cuestión el ejemplo explicado, planteada la cuestión con mayor generalidad, parecen ir en una misma dirección de justificar la solución afirmativa de dicho interrogante tanto la declaración genérica de capacitación para heredar del *concepturus* del artículo 10-1º de la LS, como las regulaciones concretas de las normas en las que la cuestión presenta trascendencia práctica. En efecto, los problemas concretos se plantearán, aparte de en la fiducia, en el ámbito de la prohibición de gravamen de la legítima (art. 183) y, en particular, en la cuestión de qué tipo de sustituciones puedan gravar la legítima aragonesa, y parece claro que las soluciones preferibles en todos esos ámbitos más bien apuntan a una solución afirmativa para el interrogante planteado. Como veremos, en particular, del artículo 186-1º, que ordena que se pueda gravar la legítima en beneficio de "*descendientes futuros*", con los límites de las sustituciones fideicomisarias (o sea, los límites del artículo 781 del Código civil), parece deducirse que, dada la *ratio* de la norma, al descendiente "*futuro*" (al descendiente concebido después de la apertura de la sucesión, y no sólo después del otorgamiento del testamento o del pacto sucesorio, parece que podemos entender) se le considera también implícitamente legitimario, pero necesariamente de grado no preferente, por los argumentos antes dados sobre los artículos 173 y 174, y porque el precepto del artículo 186-1º hay que pensar que en la práctica representará más bien, pese al mayor alcance literal de su regla y a admitir un doble llamamiento ("*segundo grado*"), el que a dicho descendiente "*futuro*" se le pueda designar mero fideicomisario, pero mucho menos probablemente también fiduciario. Y parece que debemos referir por eso el precepto preferentemente a un fideicomisario que será necesariamente legitimario de grado no preferente. Por lo demás, si se gravara la legítima del fiduciario con sustitución fideicomisaria a favor de un no descendiente el resultado sería, en principio, el de que dicho gravamen caería bajo la prohibición del artículo 183 de la LS (art. 186-1º, *a sensu contrario*).

Conviene advertir también que en el Código civil niegan algunos la posibilidad de que se reconozca capacidad para heredar al *concepturus*, considerando precisamente que el supuesto de las sustituciones fideicomisarias sería una excepción a esa regla general implícita en el Código, mientras que otros, en mayor número y optando por la solución preferible, ven en las sustituciones fideicomisarias la confirmación o uno de los argumentos principales de la posible capacidad para heredar del *concepturus*. En la LS, dado el expreso reconocimiento legal de capacidad de heredar del *concepturus* si cumple el requisito de ser persona nacida de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión (artículo 10-1º de la LS), más bien habría que afirmar que el mencionado requisito o, si se quiere, el concepto de *concepturus* que el mismo parece delimitar, no es impedimento legal para que se pueda llegar con las atribuciones del disponente más lejos de ese requisito y concepto legal y ello, tanto a través de las sustituciones fideicomisarias, en las que la mejor doctrina y el Tribunal Supremo entienden el "*segundo grado*" del artículo 781 del Código civil (cfr. art. 186-1º de la LS), sin contar el llamamien-

to al fiduciario, como dos llamamientos sucesivos a personas que no vivían a la apertura de la sucesión, como a través de la fiducia encargada por el comitente.

## **F) Otras cuestiones y conclusión sobre la nueva regulación legal.**

Como vemos, en definitiva, la pérdida de referencia temporal implícita de la descripción-definición de los legitimarios preferentes del artículo 173-1º de la LS, junto al precepto de oscuro significado del nuevo artículo 175-1º, junto a la objetiva dificultad de determinar los perfiles de la capacidad del *concepturus* respecto de la legítima, y junto al hecho de que el legislador aragonés no describa ni defina a los legitimarios de grado no preferente, lo que permitiría en teoría entender que podrían éstos ser todos los descendientes restantes del disponente (art. 171-1º de la LS), tanto fueran los mismos ascendientes como descendientes de los legitimarios de grado preferente; junto a la imprecisa terminología de algún otro precepto que oportunamente se explicará más adelante (el artículo 188-2º), nos muestran que la nueva terminología introducida por el legislador aragonés de 1999 no sólo es menos expresiva que la de la Compilación de 1967, sino que oculta un cierto nivel de confusión y de falta de claridad de ideas en este aspecto básico del régimen de la legítima aragonesa que es el de la determinación precisa, ciertamente nada fácil, de quiénes sean legitimarios de un determinado causante.

En línea con toda la explicación precedente, podemos con seguridad afirmar que esos legitimarios sólo presuntos o provisionales contemplados antes de la apertura de la sucesión, aunque lo sean en esa condición respecto del grado preferente, nunca podrán, antes de esa apertura de la sucesión, ejercitar ninguna de las acciones de protección de la legítima (arts. 179; 182; 184; 193-1º y 2º), so pretexto de que la ha vulnerado el pacto sucesorio (sobre el testamento no es ni planteable la cuestión) en beneficio de no descendientes o de atribución excesiva a alguno de los otros legitimarios presuntos. Así lo presuponen claramente tanto la misma regulación de dichas acciones de protección de la legítima, como la regulación de sus plazos de prescripción, que debe entenderse en el sentido que se explicará (art. 178), como la regulación del cálculo del caudal computable, que también presupone por supuesto ya abierta la sucesión (arts. 174 a 176). Al igual que ocurría bajo la Compilación de 1967, los pactos sucesorios, incluso con institución de presente, posible o previsiblemente perjudiciales para la legítima, por perjudicar los derechos de sólo presuntos legitimarios, son perfectamente válidos y eficaces antes de la delación y podrán ser sólo, como veremos posteriormente, inoficiosos en el mismo sentido en que lo pueden ser las donaciones inoficiosas.

Toda esta realidad estructural explicada del régimen jurídico de la legítima creo que, como ya he adelantado, queda un tanto oculta por la insuficiente descripción o definición de las dos clases de legitimarios existentes en el artículo 173, sin referencia o acotación temporal ninguna. Por eso, aparte de las ya explicadas dificultades interpretativas que plantean los artículos 175-1º y 10-1º de la LS, hay que afirmar también que el artículo 19, y los apartados 1º y 2º del artículo 24, y el apartado 1º del artículo 25, de la LS, o también el artículo 130, letra a, de la LS denominan inexactamente, por mucho que el sentido de dichos preceptos sea sustancialmente claro e inequívoco, "*legitimario de grado preferente*" a quien en rigor, por no haber llegado todavía el momento de la delación de la herencia, es sólo legitimario preferente presunto o provisional<sup>74</sup>. Y lo mismo habría que decir de la denominación como "*legitimarios*" de los existentes y con facultades de control de ciertas disposiciones hechas sobre la herencia pendiente de asignación por el o los fiduciarios a los que alude el artículo 139 de la LS. Y por eso también el artículo

188-2º de la LS alude, como veremos posteriormente, a una ausencia de “preterición” de un descendiente con anterioridad a la delación de la sucesión, ausencia de preterición que es conceptualmente errónea conforme al correcto y tradicional concepto de preterición que establece el apartado 1º de ese mismo artículo 188, que claramente presupone ya sucedida la delación de la sucesión del disponente. De modo que el abandono por el legislador aragonés de 1999 de la terminología legal de la Compilación, contraponiendo legitimarios con o sin mediación de persona capaz de heredar, no ha resultado totalmente inocuo, sino que ha tornado algo más nebulosos que en la Compilación los conceptos de legitimario mediato e inmediato, ha teñido de sutil imprecisión toda la nueva terminología legal, y hasta probablemente ha favorecido, en mi opinión, la desacertada regulación tanto del artículo 175-1º como de la renuncia a la legítima y de la denominada “exclusión absoluta”. El Preámbulo de la LS, temo que un tanto optimistamente, explica que ha “definido” y supone que “con precisión” quiénes sean legitimarios “preferentes” y quiénes legitimarios “no preferentes”.

No es excepción verdadera a la explicación aportada la regulación en el artículo 72 del que se denomina derecho de “transmisión” en el pacto sucesorio para cuando el instituido premuere al instituyente y se reconoce a éste la facultad de distribuir entre los descendientes del instituido los derechos derivados del pacto o los bienes adquiridos de presente a causa del mismo. Ante todo, cabe que los descendientes del instituido no sean también descendientes del instituyente, caso en el cual parece bastante claro que los legitimarios de éste no podrán ejercitar acciones de protección de su legítima (acción de lesión de la legítima, al menos) contra los descendientes del instituido atributarios de bienes procedentes del pacto sucesorio hasta después de la delación de la sucesión del propio instituyente. Y cuando sí sean los descendientes del instituido también descendientes del instituyente, que será lo más frecuente, aparecen por ley unos legitimarios preferentes o no preferentes que lo son formalmente respecto de la sucesión del instituido premuerto, pero no directamente respecto de la herencia o legítima del instituyente, de modo que otros posibles legitimarios del instituyente no podrán ejercitar acciones de protección de la legítima (preterición no intencional, al menos), en su caso, frente a los descendientes del instituido atributarios de bienes o derechos de la sucesión paccionada del instituyente, sino tras la delación de la sucesión del propio instituyente.

El declarado ausente que sea legitimario de grado preferente conforme al artículo 173-1º, hijo o descendiente del disponente, recibirá su parte de legítima o ejercerá sus acciones a través de su representante legal, como se deduce del artículo 24 y de la interpretación “a contrario” de los artículos 21-1º y 23-1º de la LS. O sea, que la declaración de ausencia, razonablemente, no abre paso a la legítima, por sustitución legal, a los descendientes del declarado ausente. En cuanto a la sucesión legal véase el artículo 205-2º de la LS.

74 SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, quien no ha reflexionado sobre el artículo 175-1º de la LS, sí que insiste con razón en que hasta la muerte de la persona ésta no tiene propiamente legitimarios en sentido técnico, aunque la LS parezca afirmar lo contrario en varias ocasiones. Pero ya se ve en la explicación del texto que el contenido de la LS en cuanto a esto es verdaderamente más oscuro de lo que hubiera sido de desear. Cfr. la explicación del autor sobre la legítima en la obra *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 562 y 582. Que la legítima tiene que presuponer la apertura de la sucesión es idea que está continuamente presente, por supuesto, en los numerosos trabajos del profesor LACRUZ BERDEJO, tanto respecto del Código civil como respecto de la Compilación aragonesa, aunque para esta última, la idea del sentido y distinción de los legitimarios mediatos e inmediatos la verdad es que la deja habitualmente el maestro LACRUZ sólo presupuesta, sin haberse molestado nunca en explicarla explícita y pedagógicamente. En mi trabajo sobre la legítima aragonesa de 1997, por eso, intenté explicar cuidadosamente, creo que en sintonía esencial con el pensamiento de mi maestro, esa básica distinción de las normas correspondientes de la Compilación, en términos bastante cuidadosos que volvería hoy a suscribir sustancialmente. Véanse las páginas 15 a 23 de ese trabajo mío citado.

Para incluir entre los posibles legitimarios de grado preferente por sustitución legal a los adoptados por los hijos adoptivos de un causante, lo que supone un resultado plausible, hay que forzar un tanto el artículo 19 de la LS, como ha sido notado en la doctrina, puesto que se fija en el mismo el ámbito de la sustitución legal por referencia a los “casos previstos en esta Ley”, siendo que esa Ley de 1999 no hace ninguna referencia a los hijos adoptivos ni a sus legítimas. Pero esta interpretación parece segura, aunque falte base constitucional para ella, por existir desde la reforma por la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, el reformado artículo 19 de la Compilación, con una equiparación absoluta entre hijos adoptivos y biológicos como la del artículo 108 del Código civil, aunque fuera esta Ley de 1988 anterior a la LS de 1999. No hay aquí, en mi opinión, derogación por la Ley posterior (con un equiparación de la LS entre ambas clases de hijos que podría ser más restringida) de la anterior, sino interpretación conjunta y sistemática del artículo 19 de la LS con el actual artículo 19 de la Compilación. El problema más difícil que plantea la adopción en cuanto a la legítima aragonesa es, en concreto, el problema de Derecho transitorio sobre si se podrían considerar hoy o no legitimarios a los descendientes adoptados con adopción simple bajo el régimen anterior a la Ley estatal de 11 de noviembre de 1987. Sobre ello se ha argumentado<sup>75</sup>, convincentemente, la solución afirmativa reconociendo un efecto retroactivo tácito o implícito a dicha Ley, de modo que cabría entender que hoy todos los adoptados por los descendientes del causante tienen *status familiae* y relación de parentesco con aquél, y son legitimarios, en los mismos términos que los descendientes biológicos, de los ascendientes de su adoptante. Creo que dicha retroactividad debería suponer también que dichas personas adoptadas con adopción simple antes de la Ley de adopción de 1987 dejaran de ser legitimarias respecto de los ascendientes de su familia de sangre, al efecto de evitar el resultado más bien irrazonable de que pudieran llegar a ser eventualmente legitimarios de dos padres y de dos madres o de ocho abuelos, etc. El posible ámbito retroactivo de la Ley de la adopción de 1987 quizás debería plantearse en ciertos casos incluso respecto de supuestos de adopciones plenas u ordinarias<sup>76</sup>.

En otro sentido, conviene recordar que la filiación es presupuesto del concepto de “descendiente”, en el que se basa el concepto de legitimario, lo que implica que para que llegue a haber descendiente pueden haberse requerido antes voluntades activas ya del progenitor (reconocimiento de hijos matrimoniales, ejercicio de acciones judiciales), ya de descendientes del progenitor aceptando el reconocimiento o ejercitando acciones judiciales de reclamación de la paternidad (arts. 123 y 133 del Código civil), ya de descendientes de los descendientes en cuestión (art. 126 del Código civil). Los descendientes a los que se refiere la LS al tratar de la legítima son evidentemente sólo los que tengan legalmente determinada su filiación y no los meros descendientes biológicos. Además, aparte de que si hay descendientes hay en principio legítima, la existencia legalmente constatada del descendiente puede excluir también la sucesión intestada de otras personas, ya troncal, ya ordinaria (art. 202-2º de la LS).

Por otra parte, es evidente que la regulación de la filiación del Código civil está pensada contemplando las legítimas del propio Código civil, y que sus criterios legales pueden producir efectos en la legítima aragonesa si no injustos, al menos curiosos. Por ejemplo, puede que, en casos, la regulación de la filiación prive en la práctica de la legítima

<sup>75</sup> Cfr. la bien informada explicación de SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, en el *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 576 a 578.

<sup>76</sup> En 1973 el profesor LACRUZ, tras la reforma de la adopción de 1970, defendió que, salvo pacto, el Derecho aragonés excluía cualquier clase de legítima para los hijos adoptivos. Cfr. *Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1973, pg. 212.



a quien era el único descendiente biológico con filiación determinada legalmente si competía por la legítima frente al progenitor con otro descendiente suyo no biológico ni adoptado (reconocimiento de complacencia; hijo de los antes llamados adulterinos pero que el padre acabó aceptando y llegó a querer mucho, tras perdonar a su esposa;) pero con filiación legalmente determinada y que fue finalmente preferido en el título sucesorio, con atribución de la herencia y la legítima íntegras, por el progenitor disponente. Como el Código civil (artículo 137), razonablemente, no legítima a los restantes hijos para impugnar la paternidad de su padre sobre otro de los hijos, en el ejemplo propuesto, el descendiente biológico sólo podría acceder a su condición de legitimario si el propio hijo no biológico decidía impugnar la paternidad de su padre aparente, acaso a la vez que reclamaba la paternidad de su verdadero padre biológico (art. 134 del Código civil). El desplazamiento por la verdad social de la verdad biológica en cuanto a la filiación trasciende aquí directamente al efecto de la filiación que la legítima es.

## 6º) IMPUTACIÓN DE LIBERALIDADES EN LA LEGÍTIMA Y COLACIÓN.

La imputación de liberalidades en la legítima está regulada en los artículos 175 y 176 de la LS. Aparte de lo ya explicado sobre la problemática interpretación del inciso segundo del artículo 175-1º, en el inciso primero de dicho precepto se recoge una razonable regla, genéricamente coherente con lo explicado por doctrina muy autorizada<sup>77</sup> en relación con el Derecho del Código civil (artículos 819, 825 y 828, sobre todo), según la cual serán imputables en la legítima colectiva las liberalidades recibidas del causante por cualquiera de sus descendientes, y creo que se puede en principio entender, por las razones ya explicadas y puesto que se trata de imputar liberalidades en la legítima, que por descendientes que sean verdaderos y definitivos legitimarios, tanto de grado preferente, como de grado no preferente.

Al no estar en el sistema legal aragonés el caudal computable para la legítima dividido en tres tercios, como lo está en el Código civil, por no existir en nuestro sistema tercio de mejora, los problemas de imputación se reducen aquí drásticamente en comparación con el complejo sistema del Código, que obliga a indagar problemáticas voluntades implícitas siempre que la cuantía de lo imputado en alguno de los tres tercios del caudal computable desborda uno, o incluso dos, de los mencionados tres tercios que integran el caudal computable para la legítima<sup>78</sup>. En el sistema legal aragonés puede afirmarse que todas las liberalidades procedentes del disponente a favor de los legitimarios (definitivos o verdaderos, al menos, dado el explicado problema que plantea el artículo 175-1º) de cualquier clase se imputan en la legítima, en la medida en que quepan en la mitad del caudal computable que constituye la legítima, imputándose en la mitad de libre disposición en lo que desborden dicho tope, y viceversa respecto de las liberalidades procedentes del disponente a favor de "extraños" o no legitimarios, que se imputarán en la mitad de libre disposición mientras quepan en la misma. Por eso, cuando el disponente ordene expresamente la colación, no tiene esa estipulación voluntaria suya jurídicamente un valor de orden de imputación de la donación en la legítima, sino que a esos efectos su voluntad es irrelevante, siendo que ya la imputación en la legítima de esa donación está previa y genéricamente presupuesta por la ley (art. 175-1º, inciso pri-

<sup>77</sup> Cfr. por ejemplo la explicación del profesor LACRUZ BERDEJO en su *Derecho de sucesiones*, tomo 2º, 1973, pp.106 y ss y 111-112.

<sup>78</sup> Cfr. de nuevo sobre ello la explicación del profesor LACRUZ en su *Derecho de sucesiones*, tomo 2º, 1973, pp. 108 a 110.

mero). Lo que sí puede hacer el disponente, como vamos a ver a continuación, es excluir con voluntad suficientemente clara de la imputación legal genérica en la legítima una liberalidad suya a algún descendiente legitimario o dispensarla de la colación que él mismo previó, y todo ello con el límite objetivo de la cuantía de la legítima, que está respaldada por normas imperativas.

Una regla similar a la del artículo 819, párrafo 2º, del Código civil, que imputa las donaciones a extraños en la parte libre, existe en cierto modo también en el Derecho aragonés, por interpretación "*a sensu contrario*" de la regla del artículo 175-1º de la LS. Las reglas sobre imputación de liberalidades del Código civil (art. 819, 825, y 1038 y siguientes, etc) no rigen en principio como Derecho supletorio, al resolver todas las necesidades el mencionado artículo 175-1º de la LS y por la considerable diferencia existente entre el sistema legitimario aragonés y el del Código civil<sup>79</sup>.

Entre las "liberalidades" hechas por el disponente a sus descendientes legitimarios aludidas en el artículo 175-1º hay que comprender las donaciones de todo tipo, salvo las excluidas por la ley, y hay que comprender las disposiciones testamentarias a favor de legitimarios, pero también las disposiciones a favor de éstos en pactos sucesorios, ya sean de presente, ya para después de los días. En cuanto a las donaciones hechas a los descendientes legitimarios del disponente no empece a su inicial imputación en la legítima el criterio legal genérico de exclusión de la colación en el Derecho aragonés (art. 47 de la LS).

La Ley aragonesa presupone que esas liberalidades atribuidas a los legitimarios los desigualan en principio siempre, aunque se imputen en la legítima, sin necesidad de una voluntad expresa en dicho sentido como la que exige el Código civil para que exista mejora (arts. 825 y 828). Podría decirse que hay como una presunción implícita en nuestro sistema legal de que toda liberalidad tiende a desigualar por sí misma a los legitimarios del disponente o, si se quiere decir así, que en nuestro sistema legal toda atribución hecha a un legitimario funciona como "mejora". Como explico en otros lugares del presente trabajo, y aunque se discutiera por algunos, la voluntad expresa del disponente era requerida por el antiguo artículo 120 de la Compilación para que el mismo pudiera sacar o excluir de la legítima a los legitimarios inmediatos que la ley consideraba inicialmente incluidos en dicha legítima, y faltando esa mención para excluir, que era una voluntad expresa, había preterición. Pero los artículos 188 y siguientes de la LS, como se explica posteriormente, han pretendido modificar radicalmente ese esquema legal, sin conseguirlo del todo y oscureciendo muy considerablemente el régimen legal de la preterición y aun de la legítima en su conjunto. La LS ha pretendido borrar, sin lograrlo del todo, la clara diferencia antes existente entre la plenamente libre voluntad para desigualar atribuyendo bienes y la legalmente limitada libertad para desigualar expulsando al legitimario inmediato de la legítima.

Hay que tener en cuenta también que la colación de liberalidades, a diferencia del Código civil en cuanto a los legitimarios (arts. 1035 y 1036), y como sucedía ya en el Derecho aragonés anterior (art. 45 del Apéndice y art. 140 de la Compilación), no proce-

---

<sup>79</sup> En relación con ello es útil advertir que, a pesar de que la doctrina es bastante crítica con la regulación de la colación del Código civil, ésta probablemente es mejor de lo que se suele afirmar o dar a entender. Como afirma ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, el que la colación no tenga la misión de proteger la legítima, como erróneamente da a entender el artículo 1035, no significa que ella misma no resulte afectada por la regulación de la legítima. Por lo que las restantes alusiones de la protección de la legítima de los artículos 1036 y siguientes del Código son bastante útiles y razonables y permiten flexibilizar las normas de la colación para hacer posible que la legítima quede cubierta adecuadamente. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp 166 a 168.

de por ley en nuestro sistema legal ni para legitimarios ni para otros atributarios de liberalidades (art. 47 de la LS), aunque pueda establecerse voluntariamente por el disponente en el título de la propia liberalidad, en el pacto sucesorio o en el testamento. Estableciéndose expresamente la colación en el título, el donatario, sea legitimario o no, luego habrá de tomar de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (art. 49-2º de la LS, similar literalmente al art. 1047 del Código civil, pero aquí como vemos extensible claramente a donatarios que no son legitimarios).

Establecida la colación genéricamente, cabe también que el disponente establezca posterior o simultáneamente la dispensa de colación de alguna liberalidad o incluso de todas ellas si se hace posteriormente (art. 47-2º). Aunque parece que esta dispensa de colación, en los casos sumamente raros en que llegue a existir, supondrá más normalmente una dispensa de imputación de la liberalidad en la legítima, en beneficio del legitimario beneficiado, de las contempladas en el artículo 176, letra a, de la LS, ello no necesariamente sucederá, existiendo por tanto siempre un problema de interpretación del título en que se contenga dicha dispensa de colación<sup>80</sup>. Tanto la estipulación de que exista colación como la dispensa de la colación que se haya podido previamente establecer son declaraciones de voluntad unilaterales distintas y superpuestas a la liberalidad a la que cualifican y, en sí mismas, en principio, revocables por el disponente. Recuérdese que en el Código civil la asignación del carácter de mejora a la donación es, en principio, revocable, pero no la donación misma evidentemente, que, una vez aceptada es vinculante<sup>81</sup>.

Lo mismo cabe afirmar para discernir cuándo existirá en una liberalidad una dispensa o exclusión de la imputación en la legítima. Puesto que el artículo 176, letra a, de la LS no exige una voluntad expresa de exclusión de la imputación, queda cierto margen para la interpretación a esos efectos de los concretos títulos.

En fin, el donatario, en base a los artículos 3 de la Compilación aragonesa y 180, párrafo 1º, de la LS, podrá también dispensar o excluir de la inoficiosidad y de la consiguiente eventual reducción sobrevenida una o varias donaciones suyas, dotándolas así de mayor consistencia y más plena eficacia, aunque ello, desde luego, sólo podrá resultar eficaz cuando en su caso existan otras donaciones susceptibles de reducción *ex* artículo 180 de la LS y cuando la dispensa de inoficiosidad no suponga lesión a la legítima global con base en el artículo 179 de la LS, ya que este precepto resulta imperativo, en cuanto a esto, también frente a las donaciones<sup>82</sup>. Me parece preferible presumir o partir de que las dispensas de imputación en la legítima no supondrán en principio dispensas sobre la inoficiosidad de la donación, puesto que éstas suponen una declaración de voluntad presumiblemente rara o infrecuente en el tráfico y de intensa y grave trascendencia, que no se debería por tanto presumir. Igualmente habría que afirmar que en los muy raros casos de dispensa de la colación que puedan darse en Aragón no habrá de verse en principio, salvo que la interpretación del título así lo mostrase con claridad, una dispensa de inoficiosidad de la donación.

El criterio general legal de inexistencia de colación en el Derecho aragonés (art. 47-1º de la LS) no es que potencie el principio de desigualación de legitimarios característico de todas las liberalidades (art. 171-2º de la LS), puesto que colación y protección a la legítima se mueven en planos distintos, pero sí que viene a ser coherente o paralelo con dicho principio<sup>83</sup>, y a extender, incluso más allá del ámbito de la legítima, una idea gené-

rica de favorecimiento o normalidad de la desigualación entre coherederos o, más en general, entre partícipes en la sucesión del disponente. Aunque la colación va a jugar sólo excepcionalmente en el Derecho aragonés, la LS ha ampliado considerablemente su concepto y ámbito sin justificar sus razones en el Preámbulo de la Ley, que casi parece desconocer esa significativa reforma (cfr. apartado III del mismo). En rigor, existiendo la posibilidad para el disponente de imputar o no las liberalidades de cualquier clase en la legítima, cabe cuestionar, al menos pensando sólo en los legitimarios, la necesidad misma de un instituto como la colación, aunque sólo como voluntariamente establecida, en el sistema legal aragonés, siendo que el mismo es ajeno a su historia<sup>84</sup>, que los artículos 48 y 49 son sin duda dispositivos, y que la sucesión voluntaria está regida en Aragón por un principio de amplísima voluntad y por el *standum est chartae* (art. 3 de la LS). El que el legislador de 1999, como antes el de 1925 y el de 1967, haya preferido de nuevo aludir a la colación y hasta regularla ahora mínimamente, aunque en 1999 en un contexto autonomista de mayor consolidación y expansión del Derecho aragonés, acaso se justifica, con todo, para intentar evitar dudas a los operadores jurídicos, imbuidos en definitiva de la cultura del Código civil.

Aunque parezca a primera vista modesta y prudente la nueva regulación de la colación, ya he advertido que la misma extiende ahora su ámbito respecto del que tradicionalmente se le ha atribuido en el sistema del Código civil. Primero, porque contempla liberalidades hechas, no sólo a descendientes o legitimarios, sino a cualesquiera personas que luego eventualmente puedan concurrir como coherederos (art. 49-2º y 3º), lo que hará acaso más compleja la casuística posible. Segundo, y sobre todo, porque no reduce la colación a las donaciones, que era en el Código e históricamente su ámbito propio, sino que alude a unas “liberalidades” también en testamento o en pacto sucesorio que parecen hipótesis muy diferentes y difíciles de encajar con la noción de colación que el legislador aragonés ha copiado literalmente del Código civil. En efecto, la llamada “colación testamentaria” que está aludida en el artículo 1037 del Código civil de pasada, y pensada al parecer para los legados, y acaso más bien como mera regla de imputación en la legítima, había sido justa y mayoritariamente criticada en la doctrina al aludir a unas operaciones de llevar a la masa hereditaria unos valores que ya están por hipótesis en ella, lo que parecería una incoherencia legal<sup>85</sup>.

83 Vigente todavía la regulación sucesoria de la Compilación de 1967, había señalado acertadamente este paralelismo entre la inexistencia legal de colación en el Derecho aragonés y la legítima aragonesa de libre distribución MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, en su trabajo *Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés*, en los “Estudios” en Homenaje al profesor LACRUZ, Volumen 2º, pg. 1759.

84 En el Derecho de los Fueros y Observancias no se reguló ni la colación ni la reducción de donaciones por inoficiosidad e incluso algunas observancias expresamente afirmaban que la colación no regía en el Derecho aragonés (Cfr. Observancia nº 17 de *iure dotium*, y observancia 1ª, de *donationibus*). Las razones profundas de ello es difícil afirmarlas mientras no tengamos un mejor conocimiento de la verdadera historia del Derecho sucesorio aragonés. Personalmente tiendo a pensar que esta exclusión de la colación y de la inoficiosidad más que relacionarse con una (problemática) libertad antigua de testar afirmada por algunos o, desde el siglo XIV, con la búsqueda de coherencia con la legítima aragonesa de libre distribución, se debe relacionar con la complejidad técnica y alto grado de abstracción que representa la colación, como técnica romanista, complejidad sobre la que habría siempre lógico rechazo en un sistema como el aragonés primitivo, más rudimentario y simplista que el contenido en la tradición romanística sobre el Derecho sucesorio. Sobre la historia de la colación, arrancando de una cuidada explicación sobre el Derecho romano, puede verse la explicación de DE LOS MOZOS, José Luis, en su sólida monografía “*La colación*”, 1965, pp 13 a 54. También en este libro una convincente explicación, muy citada y seguida luego por otros, sobre el fundamento, sentido y eficacia del instituto, pp. 169 y ss. CABALLERO LASIERRA, José María, se molestó en reunir algunas opiniones de juristas aragoneses del siglo XIX y anteriores, intentando aclarar, sin gran fruto, la razón por la que el Derecho aragonés histórico no acogió la colación, Cfr. *Colación de bienes*, en Anuario de Derecho Aragonés, Tomo 6º, 1951-1952, pp.102-103.

85 Cfr. por todos, y reuniendo varias opiniones de mucha autoridad en el sentido indicado, a DE LOS MOZOS, José Luis, quien en 1965 ya consideraba “concorde” a la doctrina en esta consideración como anómala de la supuesta colación de los legados, en su monografía “*La colación*”, 1965, pp. 225 a 227.

Se ha planteado, en otro sentido, el problema<sup>86</sup>, posible aunque parezca un tanto rebuscado, de qué pasaría si la cantidad de liberalidades hechas a favor de descendientes legitimarios con dispensa o exclusión de imputación en la legítima superaran el importe teórico de la mitad de libre disposición, proponiéndose como solución entender reducida en la medida conveniente la legítima, ya que las liberalidades dispensadas de imputación en la legítima habrían recaído en descendientes y de otro modo se daría la incongruencia de tener que reducir por inoficiosas tales liberalidades hechas en favor de quienes eran legitimarios.

Sin embargo, estando la legítima del artículo 171 de la LS protegida por normas imperativas, antes que entender reducida la legítima, parece más lógico entender que el disponente sólo podrá excluir de la imputación de la legítima liberalidades suyas hasta el límite de la mitad de libre disposición, límite que aunque sólo se conocerá tras su muerte, y al liquidar la legítima, puede conocerse aproximativamente antes ya de ese momento. Por tanto, aunque sólo tras dicho momento se pudiera determinar con precisión cuáles serían, parece que las dispensas de imputación en la legítima en efecto convertirían en inoficiosas las liberalidades que sobrepasaran la mitad del caudal computable, con lo que las liberalidades posteriores al momento de sobrepasar ese límite imperativo habría probablemente que entender que eran imputables en la legítima por ministerio de la ley y que se debería tener por no puesta la declaración de exclusión de su imputación en la legítima. En la hipótesis, casi sólo académica, de que se tratara de un conjunto de donaciones simultáneas con dispensa de imputación en la legítima y que sobrepasaran (presumiblemente) la mitad del caudal computable, acaso se podría pensar en hacer, tras la delación de la sucesión, una reducción proporcional a la cuantía de las mencionadas donaciones de la exclusión de la imputación de cada una en la parte en que cada una de ellas invadiera ilegalmente el ámbito de la legítima global. Y ello, aparte de que si en un tal supuesto concurriera premoriencia, desheredación o indignidad de algunos de los donatarios del disponente, el problema podría mezclarse además con el ya comentado de la discutible interpretación del artículo 175-1º, inciso segundo.

Según el artículo 176, letra b, de la LS, y en beneficio de los legitimarios correspondientes, se consideran liberalidades no imputables en la legítima las liberalidades no computables para el cálculo de la legítima según el artículo 174-2º, o sea, las liberalidades usuales, y los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos. Y añade el precepto que los gastos de educación y colocación de los hijos sólo se computarán cuando sean extraordinarios. La regulación es razonable y acaso algo más concreta y precisa que la del antiguo artículo 126 de la Compilación, debiéndose entender que las liberalidades no imputables en la legítima serán sólo aquéllas de las mencionadas en el artículo 174-2º que hubieran beneficiado a descendientes del disponente que sean legitimarios de grado preferente o de grado no preferente, y no las que hayan beneficiado a otros parientes del disponente, las cuales es evidente que no se pueden imputar ni dejar de imputar en la legítima.

El tema de los gastos por los padres en los estudios de los hijos había preocupado considerablemente a la doctrina al comentar el artículo 126 de la Compilación<sup>87</sup>. Hoy la

86 Cfr. SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, en la obra colectiva *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 590-591.

87 Cfr. lo explicado por el profesor LACRUZ, *Derecho de sucesión por causa de muerte...*, en Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, nº 26, 1967, pp. 145 y ss, y en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 430-431; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, en los *Comentarios de EDERSA*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo 34, Volumen 2º, 1988, pp. 69 a 71; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, en *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho aragonés de 1993*, 1994, pg. 78.

regla del artículo 174-2º, *in fine*, establece al respecto que *Los gastos de educación y colocación de los hijos sólo se computarán cuando sean extraordinarios*". Aunque el precepto alude a "hijos", probablemente deba entenderse referido a cualquier legitimario de grado preferente que esté bajo la autoridad familiar del disponente o testador. La regla la considero muy acertada y propiciará saludable flexibilidad y un cierto ámbito al arbitrio de los tribunales que considero bueno en esta cuestión. Especialmente necesario parece, incluso, este arbitrio de los tribunales, porque probablemente es demasiado rígido y discutible el criterio del artículo 176, letra b, de la LS de considerar automáticamente imputables en la legítima todas las donaciones o gastos hechos a favor de legitimarios y declarados legalmente exceptuados del cómputo para el cálculo de la legítima según el artículo 174-2º de la LS.

Piénsese que aunque los gastos que se consideren ordinarios en educación y colocación de los hijos no son computables para el cálculo de la legítima (artículo 174-2º), y esos mismos gastos ordinarios no se imputan a la legítima ni se deberán descontar, por tanto, de la legítima individual a percibir en la partición de la herencia por cada legitimario (art. 176, letra b), ello no significa, puesto que la legítima es sólo la mitad del caudal computable, que sea indiferente para la cuantía de la legítima o, si se quiere, para la cuantía de la mitad libre, el nivel en que se aprecie el grado de carácter "ordinario" o de carácter "extraordinario" que hayan podido tener los mencionados gastos en educación y colocación de los hijos. Ese nivel de apreciación o de calificación es, en efecto, relevante, de forma que cuanto más ampliamente se entienda el concepto de lo "extraordinario", incluyendo en el mismo el máximo número posible de gastos, mayor será la parte o mitad de libre disposición o, si se quiere, mayor será lo que vaya a corresponder a la institución de heredero en el negocio por causa de muerte.

Considérese que un hijo del disponente, que pertenece a la clase media alta, se ha hecho notario, tras estudiar la carrera de Derecho, seguir un curso de idioma en el extranjero y un máster, recibir varios años de clase de música en la modalidad de guitarra y preparar la oposición durante tres años con un preparador en ciudad distinta de la de residencia de la familia. Con un concepto muy amplio de gastos "extraordinarios" se podría meter en dicho concepto lo gastado por su padre en todos los estudios y estancias mencionados y abarcando un periodo desde los 18 años del joven hasta los 27 años, mientras que con un concepto restringido de gastos extraordinarios podría incluirse entre lo extraordinario sólo lo gastado en la preparación de la oposición de notarías, y descontando de lo gastado por estancia en una pensión varios años lo que hubiera gastado ese joven permaneciendo durante ese mismo tiempo en casa con su familia, y durante un periodo global que abarcase sólo en este caso desde los 23 años hasta los 27 años. Si el disponente, por ejemplo, ha conseguido que se hagan notarios sus dos hijos en circunstancias parecidas a éstas y ha dejado toda su herencia en testamento a su mujer, luego demandada por sus dos hijos notarios reclamantes de su legítima, lo razonable sería, desde el punto de vista de un juez y también del sentido común, disminuir lo máximo el importe de la legítima pendiente de pago, considerando, para ello, el concepto de gastos extraordinarios lo más amplio posible, al efecto de que quedara, en un caso como éste, el máximo de la herencia del padre fallecido para su esposa y madre de los legitimarios, puesto que éstos tienen ya resuelta su vida gracias al apoyo que en vida del causante habían recibido de él. Aquí es donde puede entrar el arbitrio judicial, al determinar en cada caso concreto lo que es gasto "extraordinario" y gasto "ordinario", atendiendo a las circunstancias concretas de cada supuesto<sup>88</sup>.

Y todavía podría jugar útilmente el arbitrio judicial en otros ámbitos o en otros matices de este mismo problema. Por ejemplo, una carrera universitaria en familia de clase media no es en principio hoy gasto extraordinario. Si de los cinco hijos de la familia se les ha dado carrera a todos menos a uno conviene a éste en abstracto, aunque pueda resultar difícil de justificar, para que su legítima sea mayor, que se computen esos gastos como extraordinarios. Si de los cinco hijos de la familia sólo se ha dado a uno una carrera universitaria sí serían acaso extraordinarios los gastos del único hijo estudiante. Los jueces podrían tener una discrecionalidad inteligente, teniendo en cuenta lo dispuesto concretamente en el título sucesorio por el disponente, e introduciendo también acaso cierto matiz de reconocimiento de la productividad hacia el futuro que esos estudios han tenido efectivamente para cada hijo, aunque ello no lo prevea directamente la ley. Acaso pueda pensarse que lo prevé genéricamente la ley en el artículo 171-2º, inciso 2º, con su idea de tendencial igualdad de los legitimarios de grado preferente.

Por ejemplo, pensemos que el disponente ha dejado todos sus bienes en testamento a su hermano, y a un hijo le pagó la formación profesional como cocinero y ha triunfado y gana mucho dinero, y al otro hijo le pagó la carrera de música en el extranjero durante 10 años pero no ha triunfado y ha tenido que vivir dando modestas clases particulares de música. Aunque el hijo músico sólo se llevará la mitad de la legítima, cuando los dos hermanos reclamen judicialmente a su tío el cumplimiento de la misma, conviene forzar un tanto la interpretación para valorar en lo posible sólo como ordinarios todos sus estudios, o al menos la mayor parte de ellos, para eludir en lo posible el descuento de la legítima teórica del hermano músico de los importantes pero infructuosos gastos realizados por su padre durante muchos años, y para evitar que el fracaso profesional del hijo músico engrose excesivamente la porción del patrimonio del causante heredada por el hermano del padre. No parece, con todo, que pudieran valorarse con el mismo fin como extraordinarios los gastos de una formación profesional de cocinero del otro hermano. La discrecionalidad judicial o del intérprete jurídico tiene también sus límites en este como en otros casos. Si uno de los varios hermanos ha estudiado siempre con becas y los restantes no, eso no tendrá en principio relevancia alguna en la distribución de la legítima, aunque podría llegar a tenerla, precisamente desde que se franquease el umbral de los gastos ordinarios y se entrase en el ámbito de los gastos extraordinarios. También aquí una razonable flexibilidad a la vista de las circunstancias del caso concreto, parece que podría resultar útil y razonable.

88 Pongamos un ejemplo como el del texto en el que los dos hijos del causante se han hecho notarios. El caudal relicto de la sucesión del padre fallecido asciende a 3 millones de euros. Vamos a calcular cuánto heredaría la madre instituida heredera de todo en el testamento según se entienda que cada uno de los hijos tiene unos gastos extraordinarios y computables para la legítima de 100.000 euros (concepto restringido de gastos extraordinarios) y luego cuánto heredaría la madre si cada uno de los hijos tiene unos gastos extraordinarios de 400.000 euros (concepto amplio de los gastos extraordinarios), y presuponiendo que no hay otro *donatum* que éste. Se entiende que las cantidades de 100.000 euros ó de 400.000 euros son ya el resultado de respetar los criterios previos que establece el artículo 174-1-2º de la LS. Primera hipótesis. El caudal base de la legítima sería de 3.200.000 euros, lo que hace una legítima global de 1.600.000 euros, y una legítima total de cada hijo de 800.000 euros, pero legítima real o pendiente de pago y a detraer del caudal relicto, de 700.000 euros, puesto que se trata de donaciones imputables en la legítima según el artículo 176, letra b), y que ya se entienden cobradas en vida como legítima. Segunda hipótesis. El caudal base de la legítima sería de 3.800.000 euros, lo que hace una legítima global de 1.900.000 euros, y una legítima individual total de 950.000 euros, pero una legítima individual real o pendiente de pago de 550.000 euros, producto de descontar a la legítima individual total lo que ya se había cobrado en vida de la misma en concepto de donaciones extraordinarias para educación y colocación. En la primera hipótesis, de los 3.000.000 de euros del caudal relicto correspondería a la viuda, abstracción hecha del usufructo viudal, 1.600.000 euros y podrían retener o reclamar como legítima, entre los dos hijos, 1.400.000 euros. En la segunda hipótesis, correspondería a la viuda 1.900.000 euros, puesto que a los dos hijos sólo les restaría como legítima pendiente de pago, entre los dos, 1.100.000 euros (550.000+550.000). De modo que, como he indicado en el texto, cuanto mayor o más comprensivo es el concepto de donaciones o gastos extraordinarios a favor de los legitimarios preferentes, más porción del patrimonio del causante corresponde a la mitad de libre disposición

Para precisar el alcance de lo que se entienda por "*liberalidades usuales*", creo que no cabrá recurrir al artículo 1044 del Código civil, que no se podrá aplicar supletoriamente, a pesar de ser una norma especial que pretende aportar criterios concretos y cuantitativos para determinar hasta qué punto pueden ser considerados liberalidades usuales los regalos de bodas. Habrá, por tanto, en este punto, un razonable margen al arbitrio judicial. Y probablemente haya que afirmar lo mismo también respecto de los "*gastos de educación y colocación*" de los hijos "*no extraordinarios*", aludidos al final del artículo 174 de la LS, prescindiendo por tanto de la aplicación supletoria del artículo 1042 del Código civil, que da criterios concretos orientativos sobre esa cuestión.

Mayores dudas me sugiere la aplicabilidad supletoria de la regla del párrafo segundo del artículo 1041 del Código civil, en su versión redactada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (o sea, posterior a nuestra LS de 1999), y precepto en el que se ha añadido como gastos no sujetos a colación (en principio, por tanto, en la lógica del Código, tampoco sujetos a imputación en la legítima), en beneficio del legitimario discapacitado destinatario de esos gastos, los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. El precepto distingue claramente ese supuesto del de gastos realizados en enfermedades aunque sean extraordinarias, mencionado en el párrafo 1º del artículo 1041, y por tanto añade algo nuevo y muy razonable a lo que ya tenía establecido el artículo 174-2º, letra b, de la LS de 1999, que alude simplemente a gastos de asistencia a parientes en situación de necesidad, lo que sólo algo forzosamente podría llegar a incluir interpretativamente el mencionado caso de los gastos realizados para cubrir necesidades especiales de hijos o descendientes con discapacidad, supuesto que ya se sabe además, puede representar gastos muy cuantiosos y que presenta una gran trascendencia social. No veo indefendible, por tanto, o interpretar muy ampliamente el artículo 174-2º, letra b, de la LS a la luz del artículo 1041, párrafo 2º, del Código civil, o incluso considerar este último supletoriamente aplicable en Aragón conforme al artículo 1º-2 de la Compilación aragonesa, entendiendo que lo que en el Código es exclusión del deber legal genérico de colacionar en la LS se transforma en no imputación excepcional en la legítima (arts. 174-2º y 176, letra b) de la LS).

Y un razonamiento similar habría que hacer respecto de la donación de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a un legitimario incapacitado en los supuestos del artículo 822 del Código civil, redactado por la Ley 41/2003, que ordena expresamente que no se compute en el cálculo de las legítimas. Aparte de no computarse en el cálculo de la legítima, lo que no es en sí especialmente beneficioso para el legitimario discapacitado, lo importante y beneficioso para él es que esa donación del derecho de habitación no se imputará en la legítima (artículo 176, letra b, de la LS). Véanse también los nuevos artículos 782 y 808, párrafo 3º, del Código civil, igualmente reformados por la progresiva y bienintencionada Ley estatal 41/2003.

Para estos supuestos comentados hay que tener también en cuenta que la Ley 41/2003 ha incorporado en su artículo 13 al Código civil una nueva disposición adicional cuarta en la que se especifica que la referencia que a personas con discapacidad se realiza en los nuevos artículos 756, 822 y 1041 del Código se entenderá hecha al concepto definido en la propia Ley 41/2003 (art. 2), concepto que se hace depender de determinados grados de minusvalía que se señalan, con independencia de que concurren o no las causas de incapacitación del artículo 200 del Código y con independencia de que tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas. El apartado II de la



Exposición de Motivos de la propia Ley 41/2003 anuncia ya la introducción de este concepto y ámbito específicos de la propia Ley.

En fin, aunque no haya colación conforme al criterio legal genérico o haya dispensa de colación en una concreta liberalidad, no por ello dejará de ser la misma reducible caso de ser inoficiosa, pese al artículo 49-3º de la LS, conforme a los artículos 179 y 180 de la LS, o incluso a los artículos 193-1º y 200-1º de la LS, que son normas imperativas y más especiales, que deben prevalecer sobre el precepto primeramente citado. La preferencia de las normas sobre inoficiosidad de liberalidades sobre las normas de la colación la daba por sentada el Apéndice de 1925 (art. 45), por aplicación supletoria del Código civil, y había sido expresamente establecida en el artículo 140 de la Compilación de 1967. Aunque los artículos 47 a 49 de la LS no hayan mantenido en su letra esa útil salvedad, es evidente que el criterio debe entenderse que sigue siendo el mismo, por las razones mencionadas. Este criterio de preferencia de las normas de protección de la legítima sobre las reguladoras de la colación que pueda llegar a existir en ciertos casos coincide, desde luego, con el criterio del Código civil para la colación ordinaria en su ámbito de aplicación (cfr. arts. 1036, 1037, 1038, 1042, 1044).

En otro sentido, el artículo 175-2º, inciso 1º, establece que a la imputación de liberalidades en la legítima se le aplican las mismas reglas de valoración del artículo anterior, o sea, del artículo 174, que establece dos criterios contrapuestos según se trate del cálculo de los bienes del caudal relicto, que deberán ser valorados conforme al valor del tiempo de liquidación de la legítima, o se trate, por el contrario, de bienes donados por el causante, caso en el que los bienes deberán ser valorados según el valor del tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de la liquidación de la legítima. La remisión del artículo 175-2º a “*las reglas*”, en plural, siendo que son dos pero contradictorias, es defectuosa en sí misma. Se ha sugerido en la doctrina<sup>89</sup> que la remisión se entienda hecha a una valoración correspondiente al tiempo de liquidarse la legítima, lo que considero, en efecto, aparte de preferible en sí mismo por las razones que expliqué al comentar el artículo 174, más coherente con el sentido que tiene la imputación de donaciones o liberalidades en la legítima. Y por supuesto, aunque las donaciones no computables para el cálculo de la legítima no se imputan a la legítima (art. 176, letra b), las donaciones o liberalidades excluidas expresamente por el disponente de la imputación en la legítima sí que se computan en principio en el cálculo de la legítima, conforme al artículo 174 de la LS, siempre que no sean de las expresamente excluidas por dicho precepto. Por otra parte, ordenada la colación por el disponente, las liberalidades y gastos del artículo 174-2º sólo se entenderán afectadas por la colación si se declara así expresamente por el disponente (art. 48 de la LS).

La libertad de imputar liberalidades el disponente en la parte de libre disposición, y mediante declaración expresa, estaba implícita en los artículos 119 y 126 de la Compilación y hoy está reconocida expresamente en el artículo 176, letra a, de la LS. En estos supuestos cabía plantear la duda, bajo el régimen de la Compilación, de si habría o no que exigir la mención que los excluyese (art. 120) en el testamento o pacto sucesorio o acto de ejecución de la fiducia, para que no quedasen preteridos (art. 123) esos legitimarios inmediatos que habían sido donatarios del disponente pero con exclusión de la imputación de la donación en la legítima. Parecía preferible, o al menos defendible, la solución afirmativa, pese a que esos donatarios habían sido ya “*favorecidos en vida del tes-*

<sup>89</sup> Cfr. en tal sentido GIL NOGUERAS, Luis Alberto, en su comentario sobre la legítima en el *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pp. 569-570.

*tador*" (art. 120), porque, de no entenderse así, y de no exigirse para ellos so pena de preterición la mención para excluirlos genéricamente exigida entonces por la ley, podía parecer que se contrariaba frontalmente la voluntad de desigualar en su favor del disponente, privándoles de la expectativa legal genérica de ser incluidos, en tanto que legitimarios inmediatos que eran, en la legítima global o colectiva.

En la nueva regulación de la LS de 1999 esta duda o cuestión ha perdido toda su importancia, aunque no ha desaparecido del todo. Ha perdido toda su importancia porque para la preterición intencional el legislador no fija ningún efecto específico (art. 192), haya o no haya mención para excluir, y para la preterición no intencional, que es la que todavía mantiene efectos específicos (art. 193-1º), es muy poco probable que si el disponente había de desconocer la existencia del legitimario o su condición de tal (art. 191), hubiera podido hacerle una donación previa al momento de ordenar su sucesión y con declaración expresa de que la donación no se imputase en la legítima. Es muy poco probable esa posibilidad, aunque no del todo imposible, porque siempre cabría que hubiese considerado el disponente hijo suyo o legitimario al donatario al donar (acaso tenía en tal momento el propósito de reconocerlo), y hubiera excluido entonces la imputación en la legítima, que luego hubiese considerado en cambio al ordenar su sucesión, por hechos sobrevenidos, que ese donatario no era realmente hijo suyo, y que finalmente quedara legalmente acreditado que sí era hijo el donatario del disponente y pudiera plantearse, entonces, y en términos similares a los que he explicado respecto de la regulación de la Compilación, si había existido o no preterición no intencional (arts. 188-1º y 193-1º de la LS). El supuesto, por tanto, no es imposible, pero sí sólo académico.

Al inciso segundo del artículo 175-2º de la LS se debe tratar posteriormente al comentar la cuestión de la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima.

Podría también llamarse la atención del lector en este epígrafe del trabajo de que ciertas disposiciones del disponente a favor de un legitimario, cuando aquél conoce la existencia de alguna causa de indignidad para suceder en la que hubiera incurrido el legitimario, tienen la virtud de rehabilitar a este legitimario indigno automáticamente y restituirle la plenitud de sus derechos como tal (arts. 15-2º y 17 de la LS).

## **7º) LIBERTAD DE DISTRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA.**

### **A) Distribución de la legítima entre los legitimarios de grado preferente.**

El artículo 171-2º da amplísima libertad de distribución al disponente y afirma, en su inciso segundo, que faltando concreta voluntad de distribución desigual, se presume la legítima distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente. Recuerdese aquí sobre este precepto lo explicado al principio del epígrafe 5º de este trabajo. Esta norma, introducida por la aceptación de una enmienda en las Cortes aragonesas, afirma rotundamente que entre los legitimarios de grado preferente la distribución de la legítima se presume hecha por cabezas y no, en su caso, por estirpes, lo que resulta como criterio francamente irrazonable, pese a la posibilidad o libertad del disponente de anteponer a los legitimarios de grado no preferente respecto de los de grado preferente, y criterio también contrario a la razonable regla interpretativa del artículo 157, letra d, de la LS, regla que insiste en la idea de las estirpes en ciertos casos concretos que contempla y que acaso debiera haberse remitido, por lo demás, a las reglas de la sucesión legal y no, como hizo, sólo a las reglas de la sustitución legal, englobadas en aquellas (María Martínez).

Se ha defendido respecto de esta presunción del artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS que se trataría de un precepto carente por completo de utilidad y erróneo desde el argumento principal, entre otros, de que no añadiría nada el precepto cuando el disponente no hubiera dispuesto en todo o en parte de sus bienes, puesto que, entonces, las normas de la sucesión legal (art. 202-1º de la LS) llaman en primer término a los descendientes que, a su vez, son también los únicos legitimarios en Aragón. Y en tal caso, para la distribución del caudal relicto, que sería lo propiamente distribuido y no la legítima, aquél no se defiere por cabezas o por partes iguales, sino por aplicación de las reglas de la sucesión legal (arts. 208 y 25 de la LS) que conducen en realidad a una distribución por estirpes, y por cabezas sólo dentro de cada grado de cada estirpe<sup>90</sup>.

Sin embargo, esta explicación si no inexacta, es por lo menos incompleta. En efecto, en un caso como el examinado pero en el que hubiese *donatum* superior a la mitad del caudal base de la legítima, y si había varios legitimarios preferentes, al ejercer éstos su acción de lesión de la legítima o de cuota al resto de legítima no atribuida a los legitimarios del artículo 179 de la LS, podría acaso en teoría, conforme al artículo 171-2º, inciso 2º, pensarse que, en esa parte de la legítima recuperada de las donaciones previas, el reparto tenía que ser por cabezas, aunque en la parte de la legítima cubierta con el caudal relicto fuera cierto que la distribución tenía que hacerse necesariamente por estirpes. Lo que ocurre es que esa poco conveniente interpretación podría eludirse invocando que era norma más especial en el supuesto el artículo 179-2º de la LS, que sería el aplicable directamente al caso, y según el cual cada uno de los legitimarios de grado preferente tendría derecho a "*obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal*". De modo que, con este argumento, incluso en la parte de la legítima recuperada del *donatum* los criterios de reparto entre los legitimarios de grado preferente serían los de la sucesión legal, que en efecto conduce a un reparto cuantitativo por estirpes. Ya se explicó que los arts. 179-2º, 173 y 24 deben prevalecer sobre el art. 171-2º.

Pero todavía cabe otra argumentación que considero más adecuada y eficaz contra este problemático precepto del artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS. Se trataría de afirmar que la presunción de distribución igualitaria de la legítima que se establece entre todos los legitimarios de grado preferente es meramente una regla interpretativa de títulos sucesorios en los que un disponente o fiduciario ha hecho un reparto de bienes o atribuciones para intentar cumplir la legítima, pero sin que la regla trascendiese a la determinación de cuotas legitimarias a determinar como consecuencia del ejercicio de acciones en defensa de la legítima. No es que en este segundo ámbito hubiese como una regla general que necesitase en su caso desplazarse por otras reglas acaso más especiales, como en el ejemplo que se ha propuesto del artículo 179-2º de la LS. En este segundo ámbito la regla, por hipótesis y creo que conforme a su espíritu, sencillamente no operaría. Para mejor poner de manifiesto dicho espíritu de la regla convendría afirmar que los términos que utiliza "*distribuir*" y "*atribuir*" son sinónimos, queriendo significar ambos esa distribución igual o desigual de la legítima colectiva entre todos los legitimarios de cualquier grado del causante y que puedan existir al tiempo de liquidarse la legítima. O sea, no es que "*distribuir*" haya que relacionarlo con la voluntaria distribución del disponente en el título sucesorio y "*atribuir*" con la distribución de la legítima impuesta al disponente a través del ejercicio de acciones judiciales por los legitimarios. O bien, hay que convenir en que la legítima colectiva se puede también "*atribuir*", además de al único legitimario, también igual o desigualmente a todos o varios de los des-

90 Cfr. en tal sentido SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 591-592.

endientes del disponente. El artículo 171-2º, inciso 2º, es meramente una regla interpretativa de títulos sucesorios como el artículo 157, letra d, de la LS.

Según esto, el artículo 171-2º, inciso 2º, no sería referible ni a la determinación de cuota legal alguna consecuencia del ejercicio de acciones judiciales de protección de la legítima, ni a la determinación de cuota legal alguna cuando la legítima funcionase como excepción procesal. Por ejemplo, fallecido el causante le heredan por vía de sucesión legal su hijo Cándido y los cinco hijos de su hijo premuerto Simplicio, nietos del causante. Si luego de repartir la herencia aparece un testamento ológrafo desconocido y el allí nombrado heredero de todo reclama su herencia a Cándido y a los cinco hijos de Simplicio, éstos podrán excepcionar la legítima que asciende en conjunto a la mitad de la herencia. Por sucesión legal Cándido habría recibido la mitad de la herencia y cada uno de los hijos de Simplicio una quinta parte de la otra mitad (un 10% de la herencia cada uno). Pues bien, al heredero testamentario Cándido tendría que restituírle un 25% de la herencia, reteniendo él el otro 25% de la misma, y cada uno de los hijos de Simplicio tendría que restituír al heredero voluntario el 5% de la herencia, reteniendo el otro 5% de la herencia. O sea, no sería aplicable a las cuotas de legítima que hubiera que determinar el artículo 171-2º, inciso 2º, conforme al cual hubiera habido que dividir la legítima en seis partes iguales para Cándido y los cinco hijos de Simplicio y cada uno de ellos hubiera podido reclamar a Cándido, entonces, con ocasión de la necesaria restitución debida al heredero voluntario, el 3,33% de la herencia, con lo que los seis legitimarios de grado preferente quedarían finalmente con el 8,33% de la herencia a título de legitimarios. Entre los seis retendrían el 50% de la herencia.

Como el artículo 171-2º, inciso 2º, es una mera regla interpretativa de títulos sucesorios, el problema del precepto es, entonces, aclarar lo más posible su sentido y establecer términos hábiles de conciliación o de delimitación con las reglas interpretativas del artículo 157, y muy en particular con la contenida en la letra d, de la LS. Con arreglo a este último precepto: *“en el llamamiento sucesorio a varias personas, salvo que otra cosa resulte del mismo, se aplicarán las reglas siguientes: cuando se designe a los “hijos”, “descendientes” o “hijos y descendientes” del causante o de otra persona, se entienden llamados en primer término los hijos, sustituidos por sus estirpes de descendientes conforme a las reglas de la sustitución legal”*. La necesaria “duda” de interpretación que tendría que surgir al enfrentarse al título sucesorio (cfr. art. 101-1º de la LS) podría quizás aparecer cuando el llamamiento a hijos o descendientes se hiciera poniendo el énfasis en la atribución de la legítima (aplicabilidad del art. 171-2º) o poniendo el énfasis, por el contrario, en que se hace un llamamiento meramente como herederos de esos descendientes (la legítima, incluso puede haber sido ya íntegramente atribuida al testar por vía de previo *donatum*). Podría quizás ser aplicable, en cierto contexto interpretativo de un concreto título sucesorio, y pensando hacer el disponente atribuciones legitimarias, la utilización de la expresión *“hijos o descendientes”*, que no viene contemplada en la enumeración de expresiones del artículo 157, letra d, de la LS. O podrían surgir dudas también, bastante verosímilmente, al tratar de deslindar para un concreto título sucesorio el ámbito del artículo 157, letra d, con su insistencia en el llamamiento a los descendientes por estirpes, y la regla de la letra c del mismo artículo, con su criterio de que cuando son llamados conjuntamente a una sucesión una persona y sus hijos se entienden todos instituidos simultánea y no sucesivamente. De modo que, según este último precepto, excluida la existencia de sustitución de cualquier clase, acaso el llamamiento conjunto y simultáneo de varias personas (una persona y sus hijos) podrá encajar mejor, en ciertos casos, con la distribución igualitaria de la legítima conforme al artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS.

Otra vía posible de extraer consecuencias útiles del artículo 171-2º, inciso 2º, entendido como regla interpretativa, sería la de ver en el precepto una regla similar a la del artículo 1061 del Código civil, aplicable supletoriamente en Aragón, y que ordena al hacer la partición de la herencia guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. O sea, que el artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS introduciría una regla de reparto homogéneo de la legítima en lo posible entre los legitimarios de grado preferente, regla de reparto que parece plausible en sí misma, aunque limite leve o tendencialmente la libertad de desigualar del disponente, y que podría presentar utilidad o relevancia jurídica en tanto que aplicable preferentemente a la regla supletoria del artículo 1061 del Código civil y en tanto que aplicable a la comunidad de los colegitimarios preferentes y no a la de los coherederos. Ambas reglas de reparto homogéneo en lo posible de la herencia y de la legítima entre los coherederos o entre los colegitimarios existen en realidad en el conjunto del Derecho civil aplicable en Aragón como puede percibirse también en la regla del artículo 49-2º de la LS, en materia de colación.

Por lo demás, debe advertirse también que, según cómo se interprete, el artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS podría llegar a relacionarse con muy diversas y complejas cuestiones que surgen dispersas dentro del complejo régimen jurídico de la legítima aragonesa. Por ejemplo, aunque los artículos 24-2º y 198-2º de la LS prevén la sustitución legal por la estirpe del excluido absolutamente en el título sucesorio, en el presente trabajo veremos que defenderé que hay también casos en los que el disponente ha querido excluir y excluye conjuntamente al excluido absolutamente junto con su estirpe, produciendo un acrecimiento de la legítima de los restantes colegitimarios. A ese resultado, que considero muy conveniente y hasta ineludible en ciertos casos que se explicarán, coopera útilmente la regla del artículo 171-2º, inciso 2º, precisamente porque es una mera regla interpretativa de la voluntad del disponente.

En cambio, en otras ocasiones, interesa más para llegar a soluciones razonables, poder eludir la consecuencia que eventualmente podría acaso deducirse de este artículo 171-2º de la LS. Por ejemplo, cuando la reconciliación o el perdón hayan dejado sin efecto la desheredación con causa ya hecha (art. 196-3º), defenderé, sin base normativa directa, que el legitimario preferente reconciliado o perdonado tenga derecho a la cuota legal de legítima del menos favorecido por el testador o disponente, por analogía con los artículos 193-1º y 199 de la LS. Pero esa razonable solución significa también no proponer una distribución igualitaria de la legítima entre todos los legitimarios preferentes, que acaso podría encontrar apoyo en el artículo 171-2º. Por ejemplo, al tratar también la desheredación propondré, otra vez sin base normativa directa, que el legitimario preferente calumniosamente desheredado por el disponente tenga también derecho a la cuota legal de legítima del menos favorecido por el testador o disponente, también con base en una analogía o interpretación forzada del artículo 199, en relación con el artículo 193-1º de la LS. Entiéndase lo mismo que antes. Esa interpretación se hará prescindiendo del artículo 171-2º de la LS, que apuntaría en teoría a una solución diferente. En fin, al estudiar el artículo 193 de la LS, veremos que, pese a la letra del precepto, no es absolutamente indefendible entender que la cuota de legítima que el mismo concede al legitimario preferente preterido no intencionalmente debiera calcularse sobre el caudal base de la legítima y no sobre le "caudal relicto", según impone la letra del precepto. Aceptando esa premisa, en los supuestos en los que hubiera un *donatum* superior a la mitad del caudal base de la legítima, podría acaso defenderse que la parte de legítima recuperada del *donatum* a través del artículo 193-1º debería distribuirse entre los varios legitimarios pre-

ferentes que ejercitaran ese precepto, en su caso, por cabezas y no por estirpes, según el artículo 171-2º de la LS. Y en un supuesto así, no podríamos ampararnos en una regla especial contraria como la que el art. 179-2º representaba en otro ejemplo paralelo propuesto al principio de este subepígrafe. De modo que para eludir en cuestiones interpretativas complejas, como las aquí recordadas, la aplicabilidad del artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS, la mejor receta es sostener que el alcance del precepto es, como veíamos anteriormente, el de una mera regla interpretativa de títulos sucesorios.

Puede haber casos, incluso, en los que pudiera no ser acaso irrazonable el utilizar el artículo 171-2º, inciso 2º, como norma capaz de determinar una cuota legal de legítima en ciertos casos dudosos. Por ejemplo, si un legitimario expectante renunció a su cuota de legítima, luego se repartió la legítima y la herencia sin contar con él, y luego consigue anular por vicios del consentimiento la renuncia a su legítima. Cabría una cierta duda entre fundar la cuota de legítima de este renunciante arrepentido en el criterio de distribución igualitaria del artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS o si, como probablemente es mejor defender, habría que atenerse también al criterio de la cuota del legitimario menos favorecido por el testador o disponente del artículo 193-1º de la LS.

Cabe advertir también aquí que este precepto del artículo 171-2º, inciso 2º, hubiera sido más coherente con una regulación como la de la Compilación de 1967 que, según se defiende aquí, incluía por ley en la legítima a todos los legitimarios inmediatos salvo que expresamente los excluyese el disponente en el título sucesorio (art. 120 y 123), que no en un sistema como el de la vigente LS en el que se parte en teoría de la irrelevancia jurídica de la preterición intencional (art. 192). Lo que ocurre es que, puesto que, como se explicará en su momento, el legislador de 1999 no ha conseguido del todo prescindir de la idea de que para dejar sin legítima a un legitimario de grado preferente hace falta de alguna manera excluirlo, este artículo 171-2º, inciso 2º, precisamente se convierte, como en su momento se recordará, en uno más de los indicios de esa frustración parcial de los (desacertados) propósitos aparentes del legislador en la configuración del instituto.

En este precepto puede encontrar apoyo una idea que estaba en la regulación de la Compilación más claramente acogida (inspiraba todo su sistema), pero que es muy razonable y es bueno que siga en la LS: la idea de que, salvo voluntad expresada contraria del disponente, la ayuda a sus hijos que representa institucionalmente la legítima, y concebida como ayuda de todo el patrimonio que el disponente logró reunir en vida, debe tender a ser igualitaria en su resultado final y teniendo en cuenta todas las circunstancias de la familia y de los propios legitimarios. En el epígrafe anterior hemos visto una posible interesante utilización de esta idea por el intérprete o por el juez a la hora de aplicar las normas sobre cálculo de la legítima y sobre imputación de donaciones en la misma. La tradicional idea genérica de la ley de igualdad de los legitimarios preferentes siempre que no estableciera desigualdad el disponente no ha sido todavía desplazada por una idea contraria de desigualdad, que por lo demás, como tal idea legal genérica de desigualdad, aparte acaso de poco razonable, tendría que apoyarse en alguna circunstancia concreta de los hijos que pudiera existir y circunstancia referible a cualquier relación de filiación y, por tanto, habría de tener difícil encaje en la Constitución (arts. 14 y 39-3º). Es bueno, incluso como criterio interpretativo de las normas ante ciertas cuestiones, que quede legalmente claro que el legislador aragonés de 1999 no ha llegado a querer intentar semejante cosa.

En fin, como puede verse, aunque este precepto del artículo 171-2º, inciso 2º, de la LS sea una cuña imprevista introducida en la Ley por los políticos, no necesariamente es

una norma perturbadora del sistema legal de la legítima, sobre todo si se sabe contener habitualmente en sus justos términos de mera regla interpretativa de títulos sucesorios. Entendiendo en dicho sentido la norma, creo que una jurisprudencia prudente e inteligente podrá incluso en el futuro, como acabo de afirmar, en ciertos casos límite o difíciles, sacar de ella algún contenido normativo útil.

### **B) La amplia casuística de distribución de la legítima.**

La libertad de disposición del disponente puede amparar distribuciones desiguales tanto hechas por mero capricho o preferencia personal del disponente (sobre condiciones lícitas, véase artículo 161), muy probablemente injustos cuando existan varios legitimarios y se concentre todo un inmenso patrimonio del disponente en uno solo de ellos, como las hechas por razones de total justicia y racionalidad, como la de proteger mejor u ofrecer seguridad económica al hijo más desafortunado o necesitado, o enfermo o minusválido; o tretrapléjico tras sufrir un accidente de automóvil; etc. En particular, como recuerdan tanto la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967 como el Preámbulo de la LS de 1999, el disponente puede anteponer al nieto respecto del hijo. O incluso, podríamos añadir, al bisnieto respecto del hijo o del nieto o de ambos. O incluso al nieto extramatrimonial respecto del hijo matrimonial. O incluso anteponer al nieto sólo concebido respecto del hijo (cfr. art. 10-1º, inciso primero). ¿Podría anteponer a un *concepturus* a su propio hijo ya nacido? Parece que también, con el límite que marca el artículo 10-1º, inciso segundo, de que se trate de hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión. Mediante el reconocimiento de un hijo extramatrimonial ya fallecido, cumpliendo el requisito establecido en el artículo 126 del Código civil (consentimiento o aceptación de su nuevo carácter de nietos por parte de estos descendientes cabeza de las nuevas estirpes, parece), el disponente puede incorporar a la estirpe de ese hijo fallecido al grupo de sus propios legitimarios tanto de grado preferente como, en su caso, de grado no preferente, con lo que, incluyendo a esos nuevos nietos y bisnietos entre sus legitimarios, ensancharía el ámbito de su libre disposición sobre la legítima y el de su derecho a distribuir y desigualar.

También puede preferir el disponente, aunque parece que raramente ocurrirá, al hijo o nieto extramatrimonial, incluso adulterino, respecto de los hijos matrimoniales. O incluso puede preferir, en un caso límite, al hijo o nieto extramatrimonial (antes llamado) incestuoso con filiación legalmente determinada conforme al artículo 125 del Código civil, respecto de los hijos o nietos matrimoniales. Estos hijos incestuosos, aunque en supuesto muy excepcional, podrán ser hermanos de alguno de sus progenitores a la vez que descendientes suyos, y podrán ser legitimarios de grado preferente, antepuestos a su estirpe como los demás hijos del disponente. La declaración auténtica regulada en el artículo 125 del Código civil, por parte de hijo incestuoso conllevará la extinción de su cuota de legítima o de toda la legítima cuando se haga por el único hijo del disponente. En general, con todo, cabe afirmar respecto de las legítimas de los aragoneses que sean hijos extramatrimoniales que, al carecer de cuota de legítima material el colegitimario, su equiparación formal en derechos a los hijos matrimoniales quedará normalmente como un derecho un tanto teórico o platónico, puesto que el disponente tenderá casi siempre en la práctica a preferir a sus hijos o descendientes matrimoniales. Tenderá, si quiere explicarse así, a usar su libertad de desigualar para debilitar los derechos teóricos de sus descendientes extramatrimoniales, sobre todo cuando, como frecuentemente ocurrirá, no haya convivido con ellos.

Cuando el disponente haya establecido conforme al artículo 149-3º de la LS una posible reserva a favor de los hijos o descendientes de un matrimonio anterior, o incluso de una relación extramatrimonial anterior, lo que también sería válido con base en el artículo 3 de la LS, ello supondrá necesariamente una decisión de distribución de su legítima y hará aplicables supletoriamente los artículos 968 y siguientes del Código civil, pero sin privarle al parecer en ese mismo negocio jurídico o en otro ulterior de la libre distribución de los bienes incluidos en la reserva entre los descendientes reservatarios habidos en esa relación o matrimonio anterior conforme al explicado criterio de libérrima distribución del artículo 171 de la LS. Y ello, aparte de que también tendrá el disponente libertad para someter a reserva todos los bienes señalados en los artículos 968 y siguientes o sólo parte de ellos, con lo que aumentaría el número de bienes eventualmente susceptible de destinarse a otros legitimarios ulteriores. Cuando se establezca la reserva sin más precisiones, los bienes afectados por la misma habrán de ser los que señala la mencionada regulación del Código civil, y tendría aquí aplicación, parece, el artículo 171, apartado 2º, inciso último, de la LS.

También se podría atribuir la legítima, o parte de ella, al concebido mediante fecundación asistida *post mortem* cumpliendo los requisitos de esta legislación específica (art. 10-3º). Las finalidades habituales de la fiducia, de demorar lo más posible la elección del legitimario heredero, parecen escasamente compatibles, en principio, con estas posibilidades de atribución de la legítima antes mencionadas (concebido; no nacido pendiente de concepción; concebido por fecundación asistida "*post mortem*"). Pero el fiduciario tiene al ejecutar la fiducia la misma libertad para distribuir la legítima que hubiera tenido su comitente (art. 142-1º). Según el artículo 146-2º de la LS los titulares de la fiducia colectiva tienen limitada la libertad de distribución de la legítima cuando se trata de nombrar al sucesor de la casa aragonesa, puesto que deben designar a uno solo de los descendientes del causante y, en su defecto, a uno de los parientes de éste con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado. Hipótesis ciertamente poco verosímil en la actual sociedad aragonesa.

La regulación de los pactos sucesorios de la LS, acaso inspirándose todavía como un eco lejano en la imagen de la casa tradicional aragonesa, alude casi siempre a un único instituido, pero no lo hace en todas las ocasiones (cfr. art. 65, letra a, de la LS), y no debe entenderse que quiera prohibir que puedan ser varios los posibles legitimarios atributarios de la legítima o de la sucesión a título universal del disponente. También recuerda el legislador la libertad de distribuir la legítima con ocasión de la posible premoriencia del instituido al instituyente en caso de operar el que denomina "derecho de transmisión" en un pacto sucesorio a favor de varios descendientes, reconociéndose al instituyente la facultad de distribuir los derechos del instituido premuerto si no lo hubiera hecho ya él mismo en vida (art. 72-2º y art. 39). En otro sentido, aunque no me resulta fácil imaginar con qué concretas finalidades podría llegar a hacerse (acaso unos cónyuges ambos casados en segundas nupcias y ambos con hijos comunes y con otros exclusivos de cada uno de ellos), nada prohíbe que los que testan en testamento mancomunado (art. 105) pacten disposiciones "correspectivas" que incidan en la distribución de su legítima. Mediante el pacto sucesorio o el testamento mancomunado el disponente puede autolimitarse, con diversos grados, una vez hecha con la contribución de su voluntad la distribución de la legítima, la libertad de revocar después esa primera distribución inicial. La reserva hecha en testamento abierto unipersonal o por declaración unilateral de voluntad hecha en escritura pública será siempre libremente revocable por el disponente, pero nada impide que se combine una reserva total o parcial con estipu-



laciones introducidas en un pacto sucesorio o en disposiciones correspectivas de un testamento mancomunado, llegando a resultar entonces dicha reserva, en su caso y momento, irrevocable. Y también un pacto de reserva a favor de los descendientes comunes actuales o futuros hecho en capítulos por un matrimonio con base en los artículos 149-3º de la LS y art. 13-1º de la Ley 2/2003 parece que es un pacto sucesorio válido y vinculante de los aludidos en el artículo 65, letra c, de la LS.

La amplísima libertad de distribuir su legítima entre los descendientes por parte del disponente cuenta además con una especie de prolongación, como es la posibilidad que la LS le reconoce (cfr. art. 58) de excluir en el negocio dispositivo *mortis causa* el consorcio foral que en muchos casos la ley constituye automáticamente entre los descendientes legitimarios sobre bienes inmuebles en los que han sucedido al disponente, con lo que éste puede incidir en este sentido en el reparto final de titularidades producido por su sucesión y hasta en la consistencia de las mismas<sup>91</sup>.

Aunque el legislador aragonés, tanto de 1967 como de 1999, ha denominado a la legítima aragonesa como “colectiva”, personalmente entiendo que dicho término no describe acertadamente al instituto, puesto que es término que podría predicarse igualmente de la legítima del grupo de descendientes o de ascendientes del Código civil<sup>92</sup>, y aun que dicha denominación puede incluso llegar a ser desorientadora por otras varias razones<sup>93</sup>. En la LS hubiera habido una razón doctrinal adicional para suprimir el término “colectiva”, y es la de que bajo la Compilación, como se ha explicado, los legitimarios inmediatos estaban considerados por la ley como incluidos en la legítima global salvo que se excluyeran por declaración expresa del disponente, con lo que acaso en ese sentido la idea de grupo o de colectivo podía tener todavía una vaga entidad, pero en la actual LS ese esquema legal se ha suprimido, o intentado suprimir más bien, al dejar sin efectos la preterición intencional (art. 192 de la LS), con lo que todavía resulta más difícil hoy encontrarle algún contenido concreto al término “colectiva” que no exista también en la legítima del Código civil. Describiríamos mejor a la legítima aragonesa, en mi opinión, denominándola legítima material de libre distribución o, mejor todavía, denominándola simplemente legítima de libre distribución.

91 Ya que menciono el consorcio foral, aprovecharé para afirmar que me incluyo entre los muchos juristas aragoneses que se muestran partidarios de su supresión, puesto que creo que fue un error introducir este instituto tanto en 1967 como haberlo mantenido, incluso si algo dulcificado, en la LS de 1999. No me convencen las razones que se dan para mantenerlo. En particular, las que dio en su sólido libro de 1994 sobre el consorcio foral SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, Carmen.

92 Así lo hace, por ejemplo, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, en su *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pg. 182. Y siendo esto así, no parece que tuviera mucho sentido, para diferenciar nuestra legítima colectiva de la legítima “colectiva” en ese sentido del Código civil, aludir nosotros a legítima plenamente colectiva; o exclusivamente colectiva; o integralmente colectiva; etc.

93 Aunque el profesor LACRUZ, como se sabe, presidió la Comisión que elaboró el anteproyecto de Compilación de 1967 y hay que suponer que aceptó el término de “legítima colectiva” (al menos, parece que nunca lo criticó expresamente), lo cierto es que en su pequeña explicación sobre la legítima aragonesa de 1973 pareció eludirlo y aludió en dos ocasiones a “legítima global”, término que personalmente considero preferible y que he utilizado abundantemente tanto en mi trabajo de 1997 como en el presente trabajo. Cfr. del autor citado *Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1973, pp. 212 y 214. SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, afirma que el carácter “colectivo” de la legítima aragonesa es una forma de expresar la amplia libertad de distribución de la legítima que tiene el disponente, pero sin que represente ningún derecho colectivo o del grupo de los legitimarios. Cfr. su colaboración en el *Manual de Derecho aragonés*, 2006, pg. 592. Pero aunque ello sea cierto, no hay más remedio que reconocer, entonces, que se expresa lo que se quiere expresar de forma retorcida y con considerable mal trato del significado propio de las palabras. Como “denominación sorprendente” calificó el profesor LALINDE esta de la legítima pretendidamente “colectiva”. Cfr. *Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*, en AHDE, 1985, pg. 368. Para la crítica al término “legítima colectiva”, que en el presente trabajo suscribo de nuevo, véase mi trabajo de 1997, pp. 54 a 56. Al final de dicho trabajo redacté unas propuestas de reforma para el texto de la Compilación de 1967 en las que suprimía el término “colectiva” y aludía en los lugares correspondientes al término “legítima”, a secas.

En cuanto a la valoración de esta amplia libertad de distribución de su legítima que el Derecho aragonés ha reconocido siempre a los disponentes, considera el autor de este trabajo que está más justificada cuando es cierto que el sistema posibilita la subsistencia económica de patrimonios familiares concebidos como una explotación o empresa que, de otra manera, se verían abocados a la extinción por una posible fragmentación entre los diversos hermanos herederos, razón que está entre las invocadas tradicionalmente para justificar el sistema. Sin embargo, para los patrimonios enormes o muy cuantiosos, el atribuir todos los bienes del causante a uno solo de los descendientes puede encontrar más difícil justificación cuando sea efectivamente ésta la solución elegida por el disponente. El autor, oscense de nacimiento, en la limitada medida en que ha podido conocer ambientes campesinos en los que era tradicional dejar todas las tierras a un solo heredero y legítimas efectivamente simbólicas a todos sus hermanos, ha tenido siempre la impresión de que el sistema gozaba de la total adhesión sólo del elegido heredero pero mucho menos de sus hermanos, que con frecuencia han vivido o viven el desigual reparto como una injusticia. O como un mal necesario, siendo los patrimonios modestos, en el mejor de los casos.

En contrapartida, es hoy también cierto, según se ha advertido ya, que existirán casos en los que resulte muy justificado dejar toda la herencia a uno solo de los varios hijos, que la necesitará acaso mucho más que los otros por muy diversas razones (enfermedad; falta de recursos; etc.). Con todo, en el actual Aragón, capitalista, democrático y mayoritariamente urbano, parece que la solución tradicional del Alto Aragón de dejar toda o casi toda la herencia a uno solo de los hijos se acepta mal en los ambientes urbanos aragoneses, que dicha solución resulta tanto más dura de aceptar para el excluido cuanto menor sea el número de hijos, número habitualmente corto en los mencionados ambientes, y que dicha solución está en retroceso y que seguirá retrocediendo todavía más en el futuro. El futuro es incierto, pero acaso no deba descartarse del todo una posible evolución legislativa hacia una legítima más igualitaria del tipo de la del Código civil. Al menos, tal es el criterio hoy más arraigado socialmente, en cuanto a la distribución testamentaria de las herencias de las personas con hijos, en la mayor parte del territorio de Aragón y entre la gran mayoría de los aragoneses.

## **8º) LA “CARTA” EN LA QUE SE DISTRIBUYE LA LEGÍTIMA.**

En otro sentido, la “carta” (art. 3 de la LS) en la que se ejerce la libertad del disponente suele ser casi siempre escritura pública, ya exista pacto sucesorio (arts. 62 y 66-2º), ya testamento (arts. 94 y ss.), ya ejecución de una fiducia (art. 141-1º), aunque puede ser también documento privado cuando se ejercite la libertad de distribuir la legítima en testamento ológrafo, unipersonal o mancomunado, ya por el disponente causante, ya por el cónyuge fiduciario viudo en su caso (art. 141-2º). Responde todo esto al criterio ampliamente aceptado en las recientes leyes aragonesas de predominio de la carta pública también en el conjunto del vigente sistema del Derecho de familia y de sucesiones aragonés. Este criterio es coherente genéricamente con el formalismo del Derecho aragonés histórico y que, aunque aparece bastante debilitado en el siglo XIX, se volvió en buena medida a ese criterio formalista en el Apéndice de 1925 (arts. 34, 43, 45, 58, 63, 64, 72, 73-1º y 2º, etc.).

Sin embargo, el artículo 53, apartado 1º, inciso 2º, de la LS admite como modalidad posible de partición de la herencia por el disponente o fiduciario la hecha “*en acto entre*

*vivos sin sujeción a forma determinada*”, lo que parece rebasar el principio *standum est chartae*, que el propio legislador pretende presentar como fundamento decisivo y omnicompreensivo de todo fenómeno de sucesión voluntaria (cfr. arts. 3, 66-2º y 69-1º de la LS y parte final del Preámbulo de la misma, y arts. 3 y 13 de la Ley 2/2003). Como parece que no podemos concebir un *standum est chartae* sin carta, al menos privada (Lacruz Berdejo), con este artículo 53-1º de la LS ocurre como con el artículo 3 de la Ley 2/2003, cuando se relaciona expresamente el *standum est chartae* con cualesquiera contratos que quieran celebrar entre sí los cónyuges incluso fuera de capítulos, contratos que sin duda debemos entender que, fuera de capítulos, se rigen por el principio de libertad de forma del Derecho general español. Aparte de que esos contratos se regulan genéricamente por el Derecho general español como Derecho supletorio, véanse los artículos 17-2º y 18-2º de la Ley aragonesa 2/2003. Con lo que, finalmente, el moderno legislador aragonés no consigue llegar a transmitir la imagen de un sistema legal plenamente coherente con la noción del *standum est chartae* de la mejor doctrina aragonesa.

Hay que tener en cuenta además que el desheredado con causa pero beneficiado por un perdón o una reconciliación posteriores que dejen sin efecto la desheredación ya hecha (art. 196-3º de la LS) parece que tiene derecho en ciertos casos, estando ya entonces plenamente distribuida la legítima por el disponente, como se explicará posteriormente, a la cuota del legitimario menos favorecido por el disponente (artículo 193-1º, relativo a la preterición no intencional), y en estos casos la distribución de la legítima, y del conjunto de la herencia de paso, acaba dependiendo de unas voluntades no necesariamente expresadas y que pueden manifestarse sin “carta” de ningún tipo y en el ámbito difuso y complejo de las puras relaciones fácticas entre las personas. Recuérdese también que la separación de hecho de mutuo acuerdo que “*conste fehacientemente*” hace perder al cónyuge los derechos en la sucesión intestada del cónyuge premuerto (art. 216 de la LS), aunque no afecta a la eficacia de un posible pacto sucesorio que pudiera existir entre los cónyuges (art. 89 de la LS). Y véase también en cuanto a la rehabilitación del indigno para suceder por parte del disponente o de su fiduciario el artículo 17 de la LS. Y aunque esto ya era así bajo la vigencia de la mejor regulación de la legítima de la Compilación de 1967, en la misma, esta solución no exigía el esfuerzo de su integración interpretativa en preceptos legales generales como los de los artículos 2 y 3 de la LS, que parecerían afirmar teóricamente que la ordenación de la sucesión de una persona dependería absolutamente siempre de lo establecido en la “carta” que para cada caso regule la ley y con límites que parecerían concebirse siempre como límites legales a una concreta voluntad formalmente expresada en el cauce de dicha “carta” legal. No es así exactamente, como se ve, y es más exacto afirmar que tienen legalmente poder de ordenación de la sucesión de una persona también ciertos hechos o voluntades tácitas, sobrevenidos a las estrictas declaraciones de voluntad por causa de muerte formales y legales. Hay que considerar, entonces, esos hechos o voluntades tácitas relacionados con lo que denomina el artículo 3 de la LS “límites del respeto a la legítima”; o como situaciones concretas en las que se da una compatibilidad entre la “disposición de ley” y el pacto sucesorio o testamento, si nos atenemos a los conceptos y términos del artículo 2 de la LS.

En algunos de estos supuestos comentados, pero también en supuestos como los de exclusión absoluta o desheredación injusta, y siempre que no se cuente con una resolución judicial, pueden plantearse problemas específicos para reunir o constituir el título público necesario para llegar a inscribir inmuebles heredados en el Registro de la Propiedad. La revocación unilateral de pacto sucesorio sí que se ha previsto que se haga en escritura pública por el artículo 86-2º de la LS y en el artículo 86-3º se impone para la

inscripción del título que contenga esa revocación unilateral un plazo de tres meses desde el otorgamiento de la escritura si la institución contractual se hubiera ya inscrito en el Registro de la Propiedad.

Recuérdese que la LS, por otra parte, no ha establecido un nuevo o complementario Registro de Actos de Última Voluntad, y cualquier problema posible deberá solucionarse siempre desde la información que proporcione el actual Registro nacional.

Para la exclusión de legitimarios, tanto ordinaria como “absoluta” (arts. 197 y 198 de la LS), y a diferencia de para la desheredación (art. 194-1º), el legislador no ordena expresamente que se hagan en “carta” que pueda ser pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, aunque evidentemente lo da por supuesto, como se pone de manifiesto indirectamente en el supuesto concreto regulado en el artículo 199, precepto en el que la expresión “título sucesorio” debe entenderse referida a las tres clases de títulos que se acaban de mencionar<sup>94</sup>.

Cabe una (leve) duda sobre si una dispensa de colación, cuando el donante hubiera ordenado previamente la colación, o sobre si la misma orden genérica o particular del donante de existencia de colación para una donación, podrían incluirse, una u otra, en “carta” distinta de aquella otra “carta” inicial en que se hubiese hecho la liberalidad (donación, pacto sucesorio), lo que parece que debería admitirse en cualquier caso. Más dudoso resulta si el donante podría ordenar unilateralmente o la obligación de colacionar o la dispensa de colación en ese otro posible documento posterior. Como la voluntad sobrevinida de que haya colación en una donación debilita acaso considerablemente la eficacia de esta última a la larga, y como una dispensa de colación ya se ha visto que normalmente permitirá presuponer interpretativamente que hay en el supuesto imputación en la legítima de la donación correspondiente, se ha sostenido, no sin cierta razón, sobre todo para el primero de los supuestos mencionados, que debiera darse una nueva participación o aceptación del donatario para aceptar esa nueva limitación en su donación, puesto que la donación es un contrato<sup>95</sup>. Para el caso, sumamente infrecuente en la práctica aragonesa, de una dispensa de colación que pudiera ser indicativa de la existencia de una imputación en la legítima de la donación correspondiente, en tanto que la misma sería siempre beneficiosa para el donatario, parece menos necesario el requisito de la aceptación ulterior del mencionado donatario.

Y tampoco cabe negar, en otro sentido, que las normas aragonesas sobre interpretación de la “carta”, como los arts. 69 y 101 de la LS, tendrán que completarse e integrarse en ciertos casos con normas interpretativas del Derecho general español (cfr. arts. 672; 346 y 347; 449; etc.).

94 SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, viene a coincidir con esta explicación, aunque aludiendo a que si la exclusión se quisiera hacer en un documento al margen de un testamento o pacto sucesorio debería reunir los requisitos formales de alguna de las formas de testamento. Un tal documento sería ya un testamento, aunque sólo contuviera la exclusión, o en sus casos, sería ya un pacto sucesorio o un acto de ejecución de una fiducia. Cfr. su comentario a la legítima en la obra colectiva *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 588

95 Cfr. en tal sentido MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, quien discurría sobre el ya derogado artículo 140 de la Compilación y afirmaba también que si el donatario no participaba en el segundo documento en el que se imponía la obligación de colacionar, al menos, y para que la obligación de colacionar fuera válida, el donatario debería consentirla expresa o tácitamente, y en ese caso sí sería posible imponer la obligación de colacionar en testamento. Creía también que la exigencia de documento público del artículo 140 de la Compilación dejaba fuera la posibilidad de imponer la colación en testamento ológrafo. Sostiene también el autor, apoyándose en LACRUZ, y con razón, que no cabe colación sobre los legados dejados en el mismo testamento en que se colaciona, por lo que la referencia del artículo 140 de la Compilación al “testamento” había que entenderla referida a colación hecha o impuesta en un testamento respecto de una donación existente con anterioridad. Cfr. *Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés*, en los Estudios en Homenaje al profesor LACRUZ, Volumen 2º, pp. 1761 a 1765, y 1760 para la última afirmación..

La “carta” en la que se distribuye la legítima puede incurrir en ineficacia (acciones rescisorias, casi siempre, probablemente) cuando vulnera las normas imperativas de la legítima de la LS o también las del Código civil (arts. 636 y 634) o incluso en invalidez, cuando vulnera, por ejemplo, en mi opinión, los condicionamientos en la libertad de disposición del consorcio foral (art. 59-1º). Si el consorcio está formado por un solo hermano, que es el disponente, y descendientes suyos, el disponente habría perdido verdaderamente la libertad de disposición sobre la mitad del caudal computable de su legítima, y la enajenación contra dicha limitación que perjudicara la legítima podría llegar a ser necesariamente inválida, en el sentido, parece, de invalidez o nulidad (absoluta) de la concreta disposición testamentaria, que no se extendería en principio al resto del testamento (arts. 109-1º y 3º de la LS).

En el otorgamiento de “carta” pública para la distribución de la legítima, parece que el Notario debería, si no ya aconsejar que se excluya expresamente el consorcio foral del artículo 58 de la LS, instituto inspirado en mi opinión en un concepto de propiedad desfasado y diverso del concepto de propiedad más individualista que prevalece en nuestra actual sociedad, al menos, advertir de su existencia legal al disponente y explicar muy bien sus consecuencias –lo que no resultará, desde luego, habitualmente sencillo– sobre los bienes inmuebles atribuidos a los descendientes ya en cumplimiento de la legítima ya como imputables a la mitad de libre disposición.

También parece muy recomendable que el Notario advierta del distinto régimen de atribución de bienes cuando haya de haber viudedad foral, según existan o no sólo descendientes comunes o sólo descendientes del disponente o haya descendientes simultáneamente de ambas clases. Según el artículo 101-3º de la L2/2003 sobre régimen económico matrimonial y viudedad, el disponente, en testamento o escritura pública, habiendo descendientes sólo suyos (hijos, nietos, bisnietos, etc) podrá atribuirles a ellos bienes imputables en la legítima y liberados del gravamen legal del usufructo viudal en una cuantía de bienes de la herencia de hasta la mitad del “caudal hereditario”. O sea, teniendo en cuenta que el “caudal hereditario” o “caudal relicto” incluye también en el actual Derecho aragonés los bienes atribuidos como herencia entre vivos y en un pacto sucesorio de presente, parece que en una cuantía que puede ser inferior a la de la legítima, siempre que exista “*donatum*” relevante conforme al artículo 174 de la LS, o incluso, cuando no exista tal “*donatum*”, en la total cuantía de la legítima que les atribuya. La regla es una dulcificación de su precedente, el artículo 73 de la Compilación, reformado por la Ley de 16 de mayo de 1985, que había establecido una cierta preferencia sobre el derecho de viudedad, primero de los derechos hereditarios de los hijos matrimoniales de anteriores nupcias del disponente viudo y vuelto a casar, y luego, ya vigente el marco constitucional, de los derechos hereditarios de los hijos del disponente “conocidos”, en los términos que precisaba el artículo 73-2º, desde antes de su último matrimonio.

En cuanto a las “cartas” sucesorias del Derecho aragonés creo que podemos entender supletoriamente aplicable el artículo 672 del Código civil, que ordena que las referencias que se hagan en los testamentos a papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, serán nulas si en la cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, aunque cuando la referencia se haga en un testamento mancomunado habrá que contar con las exigencias formales reforzadas que exige el artículo 96 de la LS. En otro sentido, aunque el hecho de admitir el Derecho aragonés los pactos sucesorios parece que hace innecesario en nuestro sistema un artículo como el artículo 620 del Código civil sobre las llamadas donaciones

*mortis causa*, la complejidad de la doctrina surgida sobre esa problemática figura hace difícil hacer afirmaciones tajantes sobre el asunto.

## **9º) RENUNCIA A LA LEGÍTIMA E IMPERATIVIDAD DE SUS NORMAS REGULADORAS.**

### **A) Antecedentes históricos.**

En el Código civil es nula y está prohibida la renuncia a la legítima antes de la apertura de la sucesión (arts. 816 y 655). Estos artículos fueron aplicables en Aragón bajo la vigencia del Apéndice, dado el silencio sobre este punto concreto de este cuerpo legal (arts. 30 a 33). El artículo 106 de la Compilación admitió la renuncia, al menos de un colegitimario, y limitando bastante su eficacia, previa o anterior a la apertura de la sucesión<sup>96</sup>. Cabía una cierta duda, sin embargo, bajo la Compilación, en mi opinión, sobre si se admitía también una renuncia anterior a la apertura de la sucesión que fuera extintiva de la legítima colectiva misma. O sea, si se admitía esa renuncia previa a la legítima cuando el renunciante era el único legitimario o cuando renunciaban todos los legitimarios simultáneamente. Admitir esto último representaba un cambio radical respecto de lo que había regido hasta entonces en Aragón y respecto de lo que rige todavía en el ámbito territorial del Código civil y un cierto debilitamiento de la imperatividad de la legítima.

A favor de entender producido este cambio radical en 1967 estaba la interpretación posible que extendiera la renuncia a la legítima del artículo 106 a todo supuesto de renuncia de legítima, sin restringirlo a la mera renuncia de un colegitimario individual, y desplazando la aplicación supletoria del Código civil (arts. 816 y 655). En contra de ese posible cambio radical estaba, entre otros argumentos, la formulación muy objetivada del artículo 119 de la Compilación, que podía entenderse, como en el Código civil, como una imposición de principio tanto al disponente como a los mismos legitimarios como colectivo. Si, como explicaba la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967 el disponente o testador podía anteponer el nieto al hijo al atribuir su legítima, no era razonable pensar que un solo legitimario, aunque inmediato, pudiera con su renuncia individual extinguir la legítima colectiva que tuviera junto a sus descendientes, ni era razonable pensar que la renuncia de todos los legitimarios inmediatos, habiéndolos también mediatos, pudiera extinguir la legítima colectiva de todos los inmediatos y los mediatos. La renuncia a la legítima de un colegitimario no afectaba en principio, según el artículo 106 de la Compilación, ni siquiera a las futuras atribuciones testamentarias que el renunciante pudiera llegar a recibir por voluntad del causante conocida posteriormente, con lo que, con mayor razón, no debía privar de posibles atribuciones en pago de legítima hechas por el disponente a favor de legitimarios mediatos descendientes de ese renunciante. Además, la regulación del pacto al más viviente del artículo 108 no parecía contemplar, ni implícitamente, la posibilidad de una extinción de la legítima por renuncia del único o de todos los legitimarios. A lo mismo apuntaba el que el artículo 141 de

---

<sup>96</sup> Según CRISTÓBAL MONTES, Ángel, este artículo 106 de la Compilación tiene su origen en el Derecho consuetudinario aragonés. Cfr. *La renuncia a la legítima en el Derecho Civil Aragonés*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1980, pg. 14.

la Compilación de 1967 estableciera la sustitución legal por sus hijos o ulteriores descendientes del legitimario (inmediato había que pensar: art. 106) “*renunciante a la herencia*”.

En mi trabajo de 1997 llegué a defender, influido por estos argumentos, que no pudiera renunciar a la herencia con anterioridad a la apertura de la sucesión, ni el legitimario único ni siquiera el conjunto de todos los legitimarios mediatos e inmediatos. Hoy tiendo a pensar, en cambio, que el conjunto de todos los legitimarios inmediatos y mediatos, con autorización judicial cuando hubiera legitimarios mediatos menores de 14 años (arg. analogía con el art. 14-2º de la Compilación) sí que podrían haber extinguido por renuncia simultánea de todos la legítima colectiva<sup>97</sup>. Pero me sigue pareciendo hoy claro que, bajo la vigencia de la Compilación, habiendo legitimarios mediatos, no podía extinguir anticipadamente la legítima la renuncia del único legitimario inmediato ni la de todos los legitimarios inmediatos actuando al unísono.

## B) Clases de renuncia y capacidad y forma para la misma.

La nueva Ley de 1999 reconoce la renuncia a la legítima, tanto propia o unilateral (art.177-1º) como bilateral (arts. 177-1º y 84 y 65, letra d), y tanto anterior a la delación de la sucesión, en cuyo caso, y por remisión al régimen de los pactos sucesorios, serán capaces sólo los mayores de edad (18 años o menores casados) y se requerirá escritura pública (art. 177-2º, 62, 63), como posterior a la delación de la sucesión, en cuyo caso podrá hacerse como en los casos de repudiación de la herencia, o sea, por los dos padres o progenitores del menor de 14 años con autorización de la Junta de Parientes o del Juez; o por el legitimario mayor de esa edad con asistencia de uno cualquiera de sus padres y, en ambos casos, en escritura pública o por escrito dirigido al juez competente (art. 177-2º; 31-1º, 2º y 3º; y 36). El control a los padres del menor de 14 años por la Junta de Parientes o del Juez para la repudiación las atribuciones en pago de su legítima (art. 31-2º de la LS), norma más especial que desplaza la norma similar del artículo 14-2º de la Compilación, que exige sólo autorización judicial, parece muy oportuno y acertado en una materia en la que habrá muy frecuentemente posible conflicto de intereses entre padres e hijos. Para en su caso, podrá jugar en ese sentido, habiendo repudiación de atribuciones legitimarias del menor mayor de 14 años, el artículo 5-2º de la Compilación, relativo a dichos conflictos de intereses.

Antes de la vigencia de la LS, y puesto que la repudiación de la herencia es un acto de disposición (cfr. art. 992 del Código civil), y en concreto un acto de disposición *mortis causa*,<sup>98</sup> creo que el régimen de la capacidad para la renuncia a la legítima que posibilitaba el artículo 106 de la Compilación, estaba regulado por los artículos 137, por analogía, 13-2º y 14-2º todos de la Compilación, y por el artículo 99-1º, que establecía también el carácter personalísimo de los pactos sucesorios en los que pudieran verse contenidas renunciaciones a la legítima<sup>99</sup>. O sea, el menor mayor de catorce años necesitaba

<sup>97</sup> El profesor LACRUZ, sin plantearlo como dudoso, había afirmado con toda naturalidad la posibilidad de renuncia del legitimario aragonés que fuera único legitimario con antelación a la apertura de la sucesión. Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, en RCDI, 1968, pg. 521.

<sup>98</sup> Véase una defensa convincente del mencionado carácter *mortis causa* de estas renunciaciones a la legítima incluso anteriores a la apertura de la sucesión en CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La renuncia a la legítima en el Derecho civil aragonés*, RCDI, 1980, pp. 10-11.

<sup>99</sup> No me parece exacta, en cambio, la afirmación de CRISTÓBAL MONTES, Ángel, de que las renunciaciones a la legítima anticipadas eran siempre contractuales y que por ser un pacto sucesorio les era siempre aplicable directamente la exigencia del artículo 99 de la Compilación de escritura pública. *La renuncia a la legítima en el Derecho civil aragonés*, RCDI, 1980, pp. 10 y 14-15. Quizás en la práctica ese tipo de renunciaciones eran casi siempre contractuales, pero estaba clara en la ley la posibilidad también de renunciaciones unilaterales a las que el artículo 99 de la Compilación sólo por analogía les hubiera podido resultar aplicable.

como norma que repudiara o renunciara su legítima el administrador de sus bienes, con autorización de la Junta de Parientes o del Juez (artículo 13-2º); y el menor de 14 años o el menor incapacitado judicialmente necesitaban que la decisión de repudiar o renunciar su legítima la tomaran sus representantes legales, o sea los padres o el tutor, con autorización judicial (art. 14-2º). Esta normativa aragonesa excluía la aplicación del artículo 166, párrafos 2º y 3º, del Código civil, y más dudosamente del artículo 271-4º del Código civil, preceptos, por lo demás, que contenían en esto una regulación bastante similar a la aragonesa. Quedaba aquí excluida, parece la asistencia *ex* artículo 5-1º de la Compilación a efectos de la renuncia de la legítima y, por otra parte, el acto de disposición que la renuncia a la legítima es, parece que tenía el mismo régimen de capacidad tanto antes como después de la apertura de la sucesión y tanto antes o después de la delación de la sucesión, cuando ésta se hubiera retrasado respecto del momento de la apertura de la sucesión.

No hay cambio sustancial con la LS en cuanto a las renunciaciones a la legítima previas a la delación hechas en pacto sucesorio, que siguen requiriendo escritura pública y carácter personalísimo, que excluye la representación, gracias a la remisión que hace el artículo 177-2º a los artículos 63 y 64 de la LS. Sin embargo, aunque la remisión está formulada globalmente o en bloque a ambos preceptos, creo que las renunciaciones a la legítima unilaterales y anteriores a la delación no deben considerarse personalísimas, lo que no viene exigido por el artículo 64 ni tiene excesivo sentido, por lo que, dado también el principio general de libertad y de capacidad de obrar de los mayores y el artículo 1259 del Código civil, dichas renunciaciones admitirán la representación tanto legal para mayores incapacitados, como voluntaria en su caso para todos los mayores de edad, y bien entendido que la renuncia a la legítima seguirá en principio el régimen jurídico de los actos de disposición. También como antes de la LS, en el raro supuesto de los aragoneses menores de 18 años casados y mayores de edad en virtud del artículo 4 de la Compilación, éstos podrán renunciar por sí solos a su legítima, lo que, dada la complejidad jurídica y económica de estos temas y el riesgo de que los casados menores de 18 años sean engañados por los mayores, creo que no deja de ser, en sí misma, una solución legislativa cuestionable. En otro sentido, la generalidad del precepto del artículo 177-2º de la LS y de las dos remisiones que contiene, en relación con el texto de las normas a las que el precepto se remite, hace hoy más claro que bajo el régimen de la Compilación, que no es necesaria la aplicabilidad supletoria del artículo 271-4º del Código civil a la renuncia a su legítima por parte de un menor huérfano o un mayor incapacitado judicialmente.

Más importante es la modificación de exigir para la capacidad necesaria para la renuncia de la legítima posterior a la delación de la sucesión por los menores mayores de 14 años únicamente la asistencia al menor prevista en el artículo 5-1º de la Compilación (arts. 177-2º y 31-1º de la LS), a pesar de tratarse de un acto de disposición. La nueva norma me parece bastante discutible, en materia tan compleja como la renuncia a la legítima y tan susceptible de caer en conflicto de intereses entre el hijo y los padres. Ha parecido bueno al legislador ampliar la capacidad del menor mayor de 14 años respecto del más probable régimen anteriormente vigente, pero se crea el riesgo de que sufra engaños el menor y los correspondientes riesgos y perjuicios. El artículo 177-2º en relación con el 31-1º de la LS sólo establecen, como se ha explicado, una desviación concreta respecto de los principios del régimen jurídico de los actos de disposición también en el propio Derecho aragonés.



La innovación más llamativa del artículo 177-2º de la LS respecto de lo que más probablemente estaba vigente con el régimen de la Compilación es precisamente esta considerable facilitación de la renuncia a la legítima posterior a la delación de la sucesión por parte de los menores mayores de 14 años. Para los aragoneses menores de 14 años la renuncia a la legítima posterior a la delación de la sucesión se regula atribuyéndola a sus representantes legales, pero actuando ambos padres siempre que existan ambos, y con autorización de la Junta de Parientes o del Juez (art. 31-2º y 3º de la LS), lo que, salvo la introducción ahora de la Junta de Parientes, viene a coincidir con lo que ya establecía antes el artículo 14-2º de la Compilación.

Esta llamativa facilitación de la renuncia a la legítima respecto de los menores mayores de 14 años sólo para después de la delación de la sucesión resulta también un tanto sorprendente por la mayor concreción que puede tener el derecho subjetivo objeto de la renuncia en ese caso concreto y respecto de la situación anterior, y porque parece que, una vez admitido el criterio legal de facilitar las renunciaciones a la legítima cuando el derecho subjetivo a renunciar se hubiera concretado más, ello parece que debió hacerse más bien desde la apertura de la sucesión y no desde la delación de la sucesión. Afirmo que el derecho del legitimario a renunciar se habrá concretado porque el derecho tiene una primera fase hasta la apertura de la sucesión durante la que es más bien una expectativa y recae sobre lo que he denominado una mera "cuota vacía" de legítima, mientras que tras la apertura de la sucesión el derecho del legitimario, en algunos casos incluso si no se ha producido todavía la delación (no en los casos de fiducia, en los que la cuota de legítima sigue siendo "vacía" hasta la ejecución de la fiducia), se habrá concretado y tendrá ya por objeto la cuota indivisa del patrimonio hereditario o incluso bienes concretos que se hayan asignado en el título sucesorio para llenar dicha cuota de legítima. De modo que es un tanto curioso que los requisitos de capacidad para renunciar la cuota vacía o expectativa de derecho legitimario sean superiores a los requisitos de capacidad exigidos para renunciar un derecho legitimario ya adquirido y perfectamente concretado en su objeto. Veo lógicos los requisitos de capacidad exigidos para renunciar la expectativa de legítima ("cuota vacía"), pero veo menos lógica la rebaja en la exigencia de capacidad para renunciar el derecho legitimario ya adquirido y perfecto (con "cuota llena", si se admite esta expresión).

Me parece claro, además, que el legislador aragonés de 1999 se ha fijado en el momento de la delación y no en el de la apertura de la sucesión, por un error general de concepción que ha lastrado en medida considerable toda su regulación de la legítima aragonesa, como es el de olvidarse de los supuestos en los que los títulos sucesorios incumplen total o parcialmente la legítima. El artículo 177-2º, su espíritu si se quiere explicar así, contempla solamente supuestos de títulos sucesorios respetuosos con la legítima y se olvida de aquellos otros que la hayan vulnerado total o parcialmente, muy necesitados estos también de atención por el legislador.

Lo explico con un ejemplo, sobre el que he de volver insistentemente al comentar el artículo 178-2º de la LS. Nicasio, divorciado que vive con una hija llamada Remedios, deja toda su herencia a su amante Constanza si llega ésta a terminar la carrera de Medicina que había iniciado a estudiar al testar Nicasio. Partiendo de la (discutible) idea de la LS de que la capacidad para adquirir el derecho legitimario ya adquirido y perfecto (con "cuota llena" de legítima) debe rebajarse en su nivel de exigencia hasta la aplicabilidad de la mera asistencia al aragonés menor mayor de 14 años (art. 5-1º de la Compilación) esa nueva capacidad debería hacerse exigible para Remedios desde que pueda reclamar su legítima, momento que es sin duda el de la apertura de la sucesión y

sin tener que esperar a ver si se cumple o no la condición; sin tener que esperar a ver si Constancia consigue o no acabar la carrera de Medicina. Si no tiene sentido, como veremos al comentar el artículo 178-1º, hacer esperar a Remedios varios años para que pueda reclamar su legítima (la mitad de la herencia de Nicasio), que irremisiblemente le corresponde sin que tenga que esperar esos años para recibirla, también desde ese momento debería tener sentido aplicar el nuevo criterio sobre capacidad para la renuncia de los artículos 177-21 y 31-1º de la LS. O sea, Remedios, muerto Nicasio, debería poder renunciar a su legítima con la asistencia de su madre *ex* artículo 5-1º de la Compilación, según el criterio legal de la LS, exactamente igual como podría hacerlo si Nicasio hubiera dejado todos sus bienes a su amante Constancia sin supeditar la atribución a una condición suspensiva. Desde el punto de vista del régimen jurídico de la renuncia a la legítima ambos supuestos deben ser idénticos.

Según la letra del artículo 177-2º al deslindar las dos fases que distingue desde el momento de la delación, en cambio, habiendo condición suspensiva a la institución de heredera, Remedios no podría renunciar a su legítima con la asistencia de su madre, y si no hubiera condición suspensiva a la institución de heredera de Constancia, Remedios sí que podría renunciar a su legítima con la asistencia de su madre. Tomando en serio la letra del artículo 177-2º, entonces, habría que aplicar a Remedios, aunque tuviera más de 14 años, parece, y puesto que tampoco podemos pensar que la LS quiere imponerle una absurda prohibición absoluta y temporal de renunciar a su legítima, el régimen jurídico de la renuncia a la legítima después de la delación aplicable a los menores de 14 años. O sea, en nuestro ejemplo, renuncia a la legítima de Remedios por la madre en función anómala de “representante” de Remedios con autorización de la Junta de Parientes o del Juez (art. 31-2º y 3º de la LS). Explicación que respetaría la letra del artículo 177-2º, pero claramente irrazonable o ilógica respecto del nuevo sistema legal creado. Con lo que vemos que, como anteriormente afirmaba, la letra del artículo 177-2º de la LS no ha sido capaz de abarcar la completa casuística que debía contemplar y que debe ser rectificadas interpretativamente.

El nuevo régimen de capacidad facilitada para la renuncia a la legítima de los menores mayores de 14 años para después de la delación de la sucesión (arts. 177-2º y 31-1º de la LS) debe entenderse aplicable, por tanto, en ciertos casos, por exigencias del sistema legal, también antes de la delación de la sucesión. Lo que nos lleva a poder afirmar también la inexactitud de la regla del artículo 14-1º de la LS, que afirma que para calificar la capacidad sucesoria, con las puntualizaciones o matizaciones que se dan en la determinación del momento de la delación para ciertos casos que cita, “*se atenderá al tiempo de la delación*”. Y no cabría salvar la exactitud del precepto afirmando que con la expresión “*capacidad sucesoria*” se refiera sólo a la capacidad para adquirir bienes por sucesión, no habiendo tal cosa en la renuncia a la legítima, porque las especificaciones sobre el momento de la delación que establece el artículo 14-2º de la LS, al ir referidas a casos de indignidad sucesoria en los que precisamente se excluye también en principio la efectiva sucesión, demuestran que la expresión “*capacidad sucesoria*” está empleada en un sentido amplísimo que incluye en la mente del legislador todos los actos y negocios jurídicos relacionados con el fenómeno sucesorio. Uno de los defectos técnicos de la LS es haber construido unos preceptos sobre la parte general del Derecho de sucesiones desde una comprensión insuficiente de la total casuística de la legítima dentro del fenómeno sucesorio.

En fin, por todas estas razones explicadas, y aunque las renunciaciones a la legítima serán previsiblemente escasas y la cuestión presenta por ello una importancia bastante relati-

va, creo que no se puede dejar de afirmar que la nueva regulación por la LS de la capacidad para renunciar la legítima es menos acertada que la que teníamos bajo la vigencia de la Compilación.

La forma para la renuncia a la legítima será ahora o escritura pública o escrito dirigido a juez competente; esto último como posibilidad para las renunciaciones posteriores a la delación de la sucesión o acaso a su vocación (art. 177-2º, 36 y 62 de la LS). La regulación en esto me parece razonable y ganamos algo en seguridad jurídica, porque bajo la Compilación se había argumentado la necesidad de escritura pública para realizar renunciaciones a la legítima, pero la solución no era segura y concluyente<sup>100</sup>.

### C) Renuncia a la legítima, sustitución legal y casuística.

Aparte de la problemática ya se ve que no muy bien resuelta sobre la capacidad para la renuncia a la legítima, hay que advertir que el artículo 177 de la LS utiliza un concepto muy laxo y discutible de renuncia a la legítima, al mezclar poco cuidadosamente la verdadera "renuncia" a la legítima, que parece que es sólo la anterior a la delación, ya se haga unilateral y aisladamente en escritura pública o en pacto sucesorio, y la que llama "renuncia" posterior a la delación, que más bien será casi siempre (algunos se refieren también a la posible renuncia del mismo *ius delationis*, lo que podrá tener utilidad en hipótesis muy raras) una verdadera repudiación, en ejercicio del *ius delationis*, de atribuciones a título universal o particular y legitimarias. Estas "renunciaciones" o repudiaciones posteriores a la delación suelen hacerse en el marco de transacciones negociadas y con matiz de onerosidad en las negociaciones en las particiones de herencia<sup>101</sup>. Sólo cuando en ese contexto se renuncien "acciones" legitimarias todavía no precisadas en su objeto concreto, o cuando se repudien atribuciones legitimarias en cuantía que coincida en conjunto con lo correspondiente a la cuota legal de legítima del legitimario repudiante habrá algo parecido a una propia "renuncia" a la legítima pero posterior a la delación. Aparte de ello, como se entenderá mejor al estudiar el artículo 178-1º de la LS, pueden también renunciarse "acciones" legitimarias nacidas a la apertura de la sucesión y con anterioridad a la delación de la sucesión retrasada que representan simples renunciaciones a derechos subjetivos patrimoniales sin conexión ninguna con la teoría ni de la aceptación-repudiación, ni de la delación en el sentido más estricto en el que suele utilizar este término la LS.

Además, como en la LS, al igual que en nuestro Código civil, parece predominar el "sistema romano" de adquisición de la herencia con necesaria aceptación de la misma (art. 7-1º y 28-1º), la repudiación de la herencia en el Derecho aragonés es, cuando nos refiramos a derechos legitimarios pagados o satisfechos en los títulos sucesorios, más una no adquisición por declaración unilateral que una verdadera renuncia. En la repudiación, el *ius delationis* se ejercita, pero no se renuncian derechos ya adquiridos. Y parece que, también como en el Código civil, la repudiación de legados de cosa determinada propia del testador sí que tendría que ser verdadera renuncia a un derecho ya adquirido y la "aceptación" de un tal legado sería más bien renuncia al derecho a repudiarlo,

<sup>100</sup> Véase la explicación que di al respecto, en el sentido indicado, en mi trabajo de 1997, en el epígrafe sobre el sentido de la renuncia a la legítima y a la desheredación, pp. 40-41.

<sup>101</sup> En el contexto de esas negociaciones, a veces, incluso, como advirtió SAPENA TOMÁS, Joaquín, pueden estar renunciándose posiciones o derechos adquiridos con reversión a los instituyentes en el marco de rupturas familiares. Cfr. *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, Revista de Derecho Privado, 1954, pg. 754.

siendo ya desde la delación la propiedad de la cosa del legatario (art. 7-3º). El propio artículo 177-1º parece afirmar que, en principio, no cabrá la renuncia unilateral o repudiación del pacto sucesorio después de la delación, al igual que no se requiere nueva aceptación del instituido en ese momento (arts. 7-2º, 27-3º, 84, etc). Aunque tanto el apartado 3º como el apartado 4º del artículo 177 se refieren literalmente a “renuncia” a la legítima, es evidente que el primero de ellos, que recoge el artículo 106 de la Compilación, se refiere sólo a la verdadera renuncia previa a la delación, y que el segundo de ellos se refiere sólo y exclusivamente a la repudiación de atribuciones legitimarias realizable tras la delación de la sucesión.

El artículo 177-3º reproduce casi literalmente, y como acabo de explicar pensando aunque no lo aclare el precepto en la renuncia anterior a la delación de la sucesión, el artículo 106 de la Compilación, que era norma en mi opinión muy certera y razonable<sup>102</sup>.

El artículo 177-4º establece que la renuncia a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte procedente del ascendiente implica la renuncia a la legítima. Se trata una norma interpretativa de la voluntad del disponente traída por nuestro legislador de la doctrina sobre el Código civil y con muy dudoso acierto, en mi opinión<sup>103</sup>. Puede este precepto llevar en ciertos casos a resultados injustos y a resultados injustos que cojan totalmente por sorpresa al renunciante de alguna concreta o incluso pequeña atribución *mortis causa* de su ascendiente. Pensemos en el siguiente ejemplo. Un hombre aragonés viudo y con fama de muy rico deja en testamento a un hermano como legado una gran finca muy valiosa y a sus dos hijos diversos bienes y negocios que parecen cubrir la legítima. Además, a uno de sus hijos, llamado Daniel, le deja una finca con una cuadra de caballos de monta a los que sabe que él es muy aficionado, aunque legando a su otro hijo, llamado Gabriel, el caballo llamado *Flecha*, perteneciente a la misma cuadra, dándose la circunstancia de que ése es el caballo que Gabriel solía montar y que es el más valioso de la cuadra. Imaginemos que Gabriel renuncia al legado consistente en el caballo *Flecha* por dar una alegría a su hermano y porque prevé que su trabajo le va a dejar cada vez menos tiempo para la práctica de la equitación, o porque empieza a notar unas persistentes molestias en la espalda. Imaginemos también que al valorar y liquidar los diversos y dispersos bienes y negocios del causante resultan tener menos valor del esperado, mientras que la finca legada al hermano del causante resulta de valor aún mayor del que se le suponía, con lo que no llega a estar cubierta la legítima y procede una reducción del legado de esta última finca mencionada (reducción que puede importar muchas decenas de miles de euros). ¿Tiene sentido que Gabriel no pudiera participar en ese complemento de legítima por el mero hecho de que hubiera renunciado en las circunstancias dichas al caballo *Flecha*?

102 Sobre este artículo 106 de la Compilación de 1967 véase mi trabajo de 1997, pp. 40 a 44.

103 Véase la idea, pero en un contexto de discusión teórico concreto del que resulta muy arriesgado sacarla, en el libro del profesor LACRUZ, *Derechos de sucesiones, Elementos de Derecho civil*, 1981, pg. 438, nota 9, y pg. 494.

104 La opinión de CALATAYUD SIERRA, Adolfo, manifestada en dos de sus trabajos, en el segundo de los cuales llega a hacer una especie de extraña aplicación supletoria disfrazada del Derecho catalán, alegando que como no hay norma contraria a esa solución en el Derecho aragonés y la solución del Derecho catalán favorece la libertad de testar, que supone el autor que es la “tendencia histórica del Derecho aragonés”, y como no hay norma aragonesa concreta, aunque sí en el Código civil (que evidentemente es el único que puede ser supletorio) pues propone la solución del Derecho catalán. Su tesis básica en el tema, contra la clara letra del artículo 141 de la Compilación, en mi opinión, era ya entonces que la renuncia de un legitimario tenía que extinguir los derechos de la estirpe. Cfr. *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pp. 80 a 82; y también en *La sustitución legal en Aragón (artículo 141 de la Compilación)*, en las *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1995, 1996*, pp. 188-189.

Según el artículo 173-2º, después de haber explicado el legislador quiénes sean legitimarios de grado preferente, añade que “no tendrán esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a la legítima”. Y los artículos 19, 24 y 26 de la LS reiteran insistentemente este mismo criterio. El legislador de 1999, siguiendo una concreta opinión doctrinal<sup>104</sup>, ha querido cambiar con toda claridad y énfasis el criterio del artículo 141 de la Compilación, que, aunque con el problemático inciso de que “salvo previsión en contrario de causante o causahabiente”, establecía la sustitución legal de los hijos o descendientes ulteriores del legitimario renunciante “a la herencia”. Sin embargo, este cambio de criterio legal no me parece coherente con el sistema legitimario aragonés ni acertado<sup>105</sup>.

Era cierto el carácter excepcional señalado por algunos autores respecto de otros Derechos de la solución del artículo 141 de la Compilación, que fue introducida por el legislador de 1967, en versión del precepto menos defectuosa que la que luego estableció la Ley aragonesa de 16 de mayo de 1985<sup>106</sup>, y cambiando el criterio del Apéndice (art. 30, párrafo tercero), similar al del Código civil. Lo que ocurría era que el nuevo criterio introducido por el legislador de 1967 se deducía, no sólo del artículo 141, sino del conjunto de la regulación de la legítima en 1967 y que era, además, un criterio perfectamente coherente con el peculiar sistema legitimario aragonés. En el Apéndice todavía no podía el disponente anteponer a un nieto sobre su hijo y por eso era más coherente la aplicación de algunos de los criterios de la doctrina sobre el Código civil (arts. 923; 929; aunque véase art. 985, párrafo 2º). En el sistema de la legítima de la Compilación, en cambio, ya se podía anteponer al nieto sobre el hijo, y había que distinguir entre la renuncia a la legítima del legitimario inmediato y la renuncia a la legítima del legitimario mediano y, dentro de la primera, había que distinguir entre, por una parte, una renuncia de grado mínimo o renuncia a las cuotas legales de legítima (a las cuotas “vacías” o “huecas” de legítima: o sea, a acudir en el futuro a los tribunales en demanda de legítima), renuncia ésta muy sensatamente presumida por el legislador en el antiguo artículo 106 (y hoy todavía por el artículo 177-3º de la LS, como se ha indicado), y por otra parte, una renuncia radical, de efecto máximo o más intenso, que llegaba a excluir al legitimario inmediato renunciante de su pertenencia al círculo de los legitimarios, incluyéndole entre las personas que sólo podían recibir bienes del tercio de libre disposición, y afectando en esto a la misma libertad de disposición del disponente o futuro causante. El sistema de la Compilación también dejaba claramente establecida la posibilidad de renunciaciones a la legítimas unilaterales, además de las bilaterales<sup>107</sup>.

Pues bien, resulta que en el sistema de la Ley vigente de 1999, que es a estos efectos el mismo esencialmente que el de la Compilación, el legitimario de grado no preferente no es legitimario, como en el Código, únicamente por derivación del derecho legitima-

105 En cuanto a la escasa incidencia del defectuoso artículo 141 de la Compilación, en versión de 1985, sobre el régimen jurídico de la legítima en la Compilación, véase mi trabajo de 1997, pp.19 a 21.

106 Los graves defectos técnicos del antiguo artículo 141 de la Compilación, en versión de 1985, los ha puesto muy bien de relieve MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, en un trabajo de 1996 en el que concluía proponiendo una reforma legal para que se volviera a la versión anterior a la reforma de 1985. Cfr. *Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa.*, en las *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1995, 1996*, pp 195 a 213. Y antes también del mismo autor *Algunas consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa*, en el Libro Homenaje al profesor LACRUZ, Tomo 1º, 1992, pp. 581 y ss.

107 CALATAYUD SIERRA, Adolfo, sostenía para la Compilación que lo que no cabía era el pacto de renuncia entre varios de los hijos, es decir, sin intervención del causante, ya que los pactos sucesorios que la Compilación permitía eran los que se otorgasen sobre la propia sucesión (art. 99.1º Comp.). Cfr. *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pg. 79. Sin embargo, si cada uno podía renunciar su legítima por separado y unilateralmente, no es razonable, ni realista, que no pudieran hacerlo juntos. Y también hoy creo que podrían hacerlo a la vista del artículo 177-1º de la LS. Quizás no sería eso necesariamente un pacto sucesorio, aunque quizás podría llegar a serlo al amparo del artículo 65, letra d, de la LS (no, en cambio, del artículo 84 de la LS).

rio de su ascendiente, sino que con arreglo a la ley es legitimario por sí mismo y por eso el disponente puede anteponerlo de modo absoluto a cualquiera de los legitimarios "de grado preferente" (cfr. art. 171-2º de la LS y la explicación del Preámbulo de la misma) y por eso también la cuota legal de preterición no intencional se calcula sin referencia estricta a las estirpes tanto en el vigente artículo 193-1º de la LS como, antes, en el artículo 123 (a diferencia de en el artículo 124) de la Compilación. En un sistema así, tiene que ser absolutamente seguro que la renuncia radical o de efecto máximo no pueda privar a los descendientes del renunciante de su condición de legitimarios de grado no preferente, limitando además en perjuicio de ellos, al desplazarlos hacia la mitad de libre disposición, la libertad de disposición del disponente. El legitimario de grado preferente no debe poder coaccionar hasta ese punto con su renuncia (cfr. art. 6-2º del Código civil) la libertad de disposición y de desigualación del disponente, porque ello perjudicaría a las personas de su estirpe y contradiría el artículo 171-2º de la LS. Y véase también el artículo 14-2º de la vigente Compilación.

Y en un sistema legal así es evidente también que resultaría mucho más lógico y coherente que, renunciando con renuncia de efecto mínimo el legitimario de grado preferente a sus cuotas legales de legítima (a sus cuotas legales "vacías"), ocupasen antes su lugar en ellas sus descendientes que no los colegitimarios de grado preferente (que podrían incluso no existir si el renunciante era el único legitimario de grado preferente). Todos los legitimarios lo son por sí mismos en Derecho aragonés y las renunciaciones a sus derechos les deberían perjudicar a ellos mismos y no, en su caso, a sus estirpes. La misma regulación de la LS muestra en otros lugares con claridad cómo se concibe con un carácter autónomo este derecho del legitimario no preferente, como al exigir el fallecimiento de todos los descendientes en el artículo 186-2º de la LS (gravámenes posibles sobre las mismas) o al imponer esa misma exigencia legal al regular el pacto al más viviente en el artículo 80-1º del título de la LS relativo a la sucesión paccionada. La lógica profunda de la legítima aragonesa conlleva una especie de acrecimiento automático entre los colegitimarios sin distinción entre preferentes o no preferentes<sup>108</sup>. En las antípodas de esa lógica jurídica, cabe pensar en un sistema en el que la renuncia a la legítima de cada colegitimario preferente fuera provocando sucesivas expansiones de la mitad de libre disposición, como sucedía al parecer en el Derecho romano, que ha influido en el Derecho catalán. Piénsese, por ejemplo, en un disponente con cinco legitimarios preferentes con estirpes todos y cada uno de ellos. En un tal hipotético sistema, si renunciaba a la legítima uno de los legitimarios preferentes, la mitad de libre disposición se expandiría hasta un 60% del caudal computable. Renunciando a la legítima tres de los colegitimarios preferentes la mitad de libre disposición se expandiría hasta el 80% del caudal computable. Y si renunciaban los cinco legitimarios preferentes, se extinguiría la legítima, con lo que el disponente recuperaría la plena libertad de disponer sobre el conjunto de su caudal computable.

Es posible, a la vista del artículo 173-2º, que extiende los efectos de la renuncia a su legítima del legitimario preferente a toda su estirpe, y del artículo 179-3º, que niega el acrecimiento en el ejercicio de la acción de lesión de la legítima, que el legislador aragonés, conocidos además los antecedentes doctrinales en los que se inspira y que he señalado en nota, se haya inspirado oscuramente en una idea como la que se acaba de expli-

<sup>108</sup> Según el profesor LACRUZ, bajo el régimen de la Compilación, la renuncia previa de uno de los varios legitimarios producía el acrecimiento del artículo 985-2º del Código civil, y añadía el maestro que era de suponer que se beneficiaban sólo los legitimarios herederos, si los había. Y que no parecía haber diferencia, a esos efectos, entre la renuncia en vida del ascendiente o la repudiación de la legítima. Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, en RCDI, 1968, pg. 521.

car. Sin embargo, aunque esa oscura idea o inspiración haya existido, afortunadamente no se ha plasmado eficazmente en el texto de la Ley, en el que entiendo que ambos preceptos citados pueden verse como excepciones no susceptibles de interpretación amplia o analógica (cfr. art. 4-2º del Código civil) de la idea esencial de la legítima aragonesa de la plena libertad del disponente de distribuir y desigualar cuanto quiera entre todos sus descendientes de cualquier grado (cfr. art. 171-1º y 2º) y anteponiendo eventualmente a los de grado no preferente respecto de los de grado preferente.

En todo caso, por todas estas razones, la renuncia a la legítima del hijo parece seguro que nunca podría llegar a hacer perder al nieto o bisnieto, en su caso, su condición de legitimario no preferente, porque si el propio disponente podría, perdonándole a su nieto o bisnieto alguna grave causa de desheredación, hacerle atribuciones voluntarias imputables en la legítima, ¿cómo no iba a podérselas hacer también por la mera renuncia a la legítima del hijo antepuesto en un caso de comportamiento ejemplar del nieto legitimario?. ¿Cuál sería la razón para permitir al hijo excluir así al nieto de la legítima colectiva de la herencia de su abuelo?. ¿Tendría esto coherencia con el vigente artículo 171-2º de la LS? Recuérdese que incluso en un sistema tan distinto en esto como el del Código civil se ha llegado a admitir por muchos la mejora al nieto por el abuelo en vida del hijo. Según estos razonamientos, habría que llegar a la conclusión, ante todo, de que según el artículo 173-2º y concordantes de la LS la renuncia a su legítima del legitimario de grado preferente privaría a sus descendientes de la condición de legitimarios de grado preferente (“*esta condición*”), pero no de la condición de legitimarios que genéricamente les reconoce el artículo 171-1º de la propia LS. A mayor abundamiento, cabe invocar también la interpretación “*a contrario*” de los artículos 15-2º y 196-1º que en los casos de indignidad y desheredación con causa privan, ahora sí, de la “*condición de legitimario*” (no sólo de la condición de legitimario preferente, que es muy diferente en sus efectos jurídicos). Lo que nos lleva, por de pronto, al anómalo reconocimiento de unos legitimarios de grado no preferente que, paradójicamente, no tendrían antepuesto en su legítima a ningún ascendiente. Lo que sin duda representa que se han enturbiado las líneas de inspiración profundas del sistema legitimario aragonés.

Pero hay más. La consecuencia más importante de esta explicación que acabo de realizar sería la de que, en mi opinión, y al igual que sucedía en el sistema de la Compilación, habiendo legitimarios de grado no preferente, aunque sean descendientes de legitimarios preferentes renunciantes, no puede extinguir la legítima global, anticipadamente a la apertura o a la delación de la sucesión, ni la renuncia del único legitimario de grado preferente existente ni la de todos los legitimarios de grado preferente existentes actuando al unísono<sup>109</sup>. En tales supuestos, no hay más remedio que pensar que la legítima colectiva pasa a concentrarse en los legitimarios de siguiente grado mejor situados, que eran antes de la renuncia legitimarios de grado no preferente, y que reciben la legítima como legitimarios de grado preferente, y con las acciones de los artículos 179-1º y 193-1º, por mucho que el legislador se empeñe en negarles en el artículo 173-2º, en teoría, esa denominación de legitimarios preferentes. Aunque la LS se ha olvidado de hacer esta importante precisión, hay que entender que esto es así por decisivas razones sistemáticas y teleológicas (reducción teleológica o “laguna oculta”).

109 CALATAYUD SIERRA, Adolfo, apoyándose en VALLET de GOYTISOLO, Juan, y respecto del Código civil, afirma que en materia de legítima la renuncia de todos los legitimarios de primer grado provoca la extinción de la legítima, sin que los de segundo grado tengan derecho a ella por derecho propio. Cfr. *La sustitución legal en Aragón (El artículo 141 de la Compilación)*, en las *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1995, 1996*, pg. 184. Pero si ello puede tener sentido en el Código civil, creo que, por los argumentos que ofrezco en el texto, no tendría ningún sentido para el sistema legitimario aragonés.

En estos supuestos los efectos jurídicos producidos no pueden ser sino los correspondientes a la existencia de legitimarios de grado preferente que son descendientes de otros legitimarios de grado preferente, aunque el artículo 173-2º no los quiera denominar así. Además, para todos los demás supuestos en general distintos del explicado, considero también injusto e incoherente con el sistema legitimario aragonés que se prive de la acción de lesión de legítima (art. 179-1º) y de la acción del preterido no intencional (art. 193-1º), en sus casos, a los descendientes del colegitimario de grado preferente renunciante a su legítima. Pero creo que no hay solución interpretativa para este desacierto o injusticia cometido por nuestro legislador. Y también que la Ley prive a los sucesores (a los que de ellos encabezan la estirpe) de los legitimarios de grado preferente renunciantes a la legítima del derecho a los alimentos del artículo 200 (cfr. art. 173-2º y art. 200) resulta tan claro literalmente como injusto e incoherente con el sistema legitimario aragonés. La solución interpretativa razonable del desacierto legal también parece en este supuesto sumamente difícil de alcanzar.

También hay que entender que, como en el sistema de la Compilación, el artículo 177 de la LS admite el supuesto de “renuncia” a la mera condición de legitimario de grado no preferente, renuncia que será infrecuente y anómala, al no existir “cuotas legales vacías” que renunciar, pero que mantendrá todavía el efecto jurídico de sacar al renunciante del círculo amplio de legitimarios, con lo que lo máximo que podrá llegar a recibir ulteriormente por vía de atribución voluntaria del causante, subsistiendo la legítima, es la mitad de libre disposición y no ya el caudal computable de la legítima.

Lo que parece claro es que la actual LS, al igual que la Compilación rectamente entendida, sí que admite la extinción de la legítima colectiva por renuncia a la misma de todos los legitimarios de grado preferente junto con todos los de grado no preferente y con el cumplimiento de los requisitos legales de suplencia o complemento de la capacidad de los legitimarios menores o incapaces que puedan existir (arts. 62 y 31-1º, 2º, y 3º de la LS). Aunque el Preámbulo de la LS afirma en una ocasión que la desheredación justa es la única manera de extinción de la legítima colectiva (cfr. 196-2º de la LS), y aunque el artículo 171-1º, al presentar la esencia de la legítima, está formulado en forma bastante objetivada e imperativa, el espíritu y la letra del artículo 177 parece dejar claramente establecida la mencionada posibilidad de extinción de la legítima por renuncia simultánea o sucesiva de todos los legitimarios de cualquier grado hecha antes de la apertura de la sucesión. Ello es coherente también con el artículo 198-3º, que declara la ineficacia de la “*exclusión absoluta*” de todos o del único legitimario, con lo que nos muestra el precepto que el legislador de 1999 ha concebido sobre todo la imperatividad de las normas de la legítima frente al disponente y a los terceros, y no frente a los propios legitimarios, a los que concibe, cuando son de grado preferente, como titulares de derechos subjetivos y, por tanto, de derechos en principio renunciables.

## **10º) NATURALEZA DEL DERECHO LEGITIMARIO Y FACULTADES DE DEFENSA DE SU DERECHO.**

### **A) Observaciones sobre la legítima y sobre la preterición en el Derecho general español.**

#### **a) Visión panorámica sobre la legítima y la preterición en el Código civil.**



La compleja regulación de la legítima del Código civil se formó históricamente sobre una base fundamentalmente romana, recibida a través de las Partidas y con aportaciones importantes del Ordenamiento de Alcalá, pero con algunos elementos visigodos que consiguieron perdurar a través del Fuero Real y de las leyes de Toro, y no sin alguna influencia también, lógicamente, de la concreta percepción que sobre todo ello llegó a tener la doctrina española del siglo XIX y aprovechando en alguna concreta cuestión algún precepto o idea de los códigos latinos que fueron modelos habituales del nuestro.

La versión de la legítima del Código civil de 1889 aparece además modificada por varias importantes reformas directas de las que deben destacarse las realizadas en la Ley de 13 de mayo de 1981, igualando los derechos sucesorios de todos los hijos y modificando las reglas de la preterición y del pago de la legítima; y las dos reformas de 2003, la primera por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ampliando el ámbito del párrafo 2º del artículo 1056, sobre partición por el propio testador, y la segunda por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección a personas discapacitadas, flexibilizando de nuevo el modo de pago de la legítima y la prohibición de gravámenes a la legítima con vistas a favorecer a posibles hijos incapacitados, e introduciendo una ampliación de la fiducia que contiene importantes normas sobre la legítima; y finalmente la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre separación y divorcio, que ha modificado en algunos matices los derechos legitimarios del cónyuge viudo (arts. 834 y 835 del Código civil)<sup>110</sup>. También han incidido en la legítima, evidentemente, digamos que reformas indirectas o del marco jurídico general como las de la Ley Hipotecaria, sobre todo en 1944-1946, o reformas procesales, como, sobre todo, el nuevo marco procesal general creado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

Ni que decir tiene que la doctrina española existente sobre la naturaleza de la legítima del Código civil es abundantísima y compleja, con muchas discrepancias en los grandes temas y en cuestiones de menor entidad, y resulta inabordable en un trabajo como el presente<sup>111</sup>, que versa sobre la legítima en el Derecho aragonés.

En este trabajo, y como se advertirá por los propios rótulos que he puesto al presente epígrafe y al subepígrafe, rótulos que buscan ser un tanto limitativos, se pretende eludir la totalidad de la compleja y útil polémica sobre la naturaleza de la legítima en el Código civil, y simplemente se quiere manifestar la opinión del autor o tomar partido en algunos de los temas discutidos importantes que integran dicha compleja polémica. El lector reflexivo comprobará, en su momento, que estas breves consideraciones sobre la legítima y la preterición en el Código civil se hacen necesarias en el presente trabajo por la influencia que la regulación del Código civil ha tenido, en particular en materia de preterición, en la nueva regulación de la legítima aragonesa de la LS de 1999. Quiero advertir también que en las observaciones que hago a continuación me fijo sólo en la preterición de descendientes del Código civil, prescindiendo de la preterición del cónyuge o de los ascendientes, que no tendrían interés para el Derecho aragonés, aunque comprendiendo bien que, dentro del sistema legal del Código, las reflexiones teóricas deben hacerse considerando todos los casos allí existentes de preterición.

<sup>110</sup> En el Derecho agrario, en relación a la sucesión por causa de muerte de una explotación agraria, son reseñables los artículos 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto aprobó el Decreto 118/1973, de 12 de enero, y la nueva redacción de esos preceptos debida a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias.

<sup>111</sup> Por ejemplo, GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, ha dedicado unos sesenta páginas de su reciente libro a explicar o resumir las teorías de dieciséis autores distintos sobre la naturaleza de la legítima en el Código civil. Cfr. *La legítima en el Código civil*, 2ª edición, 2006, pp. 59 a 117.

Según he tenido ocasión de adelantar, al comentar la problemática del caudal computable para la legítima, considero útil y conveniente para enfrentar el régimen jurídico de la legítima en el Código civil y la compleja casuística que conlleva, poner el énfasis en dos ideas que inició con precisos razonamientos el profesor Lacruz en su libro de 1973 y que ha continuado y llevado a sus últimas consecuencias Espejo Lerdo de Tejada en su monografía de 1996, con apoyo importante también en las reflexiones sobre la naturaleza de la legítima realizadas en 1985 y 1986 en sendos importantes trabajos de Peña Bernaldo de Quirós. Estas dos ideas son que conviene enfocar metodológica e interpretativamente la legítima como un derecho subjetivo del legitimario, mejor que no, según se ha venido haciendo mayoritaria y tradicionalmente en nuestra doctrina, con el constante y autorizado respaldo de Vallet de Goytisolo, como un mero freno a la libertad de disponer por causa de muerte del testador, y que puede afirmarse, por otra parte, aunque haya datos normativos en contra de importancia<sup>112</sup>, que la legítima es un *tertium genus* o un título específico de vocación o de adquisición sucesorias distinto tanto de la sucesión voluntaria como de la sucesión intestada o legal<sup>113</sup>.

Cuando en 1973 se planteó el profesor Lacruz, si podría o no considerarse la legítima como un *tertium genus*, como proponían autores como Ortega Pardo o González

112 Es probablemente VALLET de GOYTISOLO, Juan B., quien también más informada y cuidadosamente ha aportado razones contra que la legítima pueda constituir una forma especial de delación o de vocación sucesoria, razones que en este trabajo, pese al merecido y gran prestigio del autor, no se consideran suficientes. Cfr. de este autor *Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas*, en Anuario de Derecho Civil, 1972, pp. 12 a 43 y 43 a 55. Más recientemente, ha vuelto a defender esta crítica a la idea de la legítima como un modo de vocación forzosa específica, con gran radicalidad, por ejemplo, GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, *La legítima en el Código civil*, 2ª edición, 2006, pp. 59 a 62, 86, y 128 a 135. El autor se declara seguidor de VALLET a quien ve como el autor que ha explicado con más acierto las claves de nuestro sistema, en su opinión, romanista puro de legítima, y ve como tibio en esa defensa a DE LA CÁMARA, y como "germanistas" a GARCÍA VALDECASAS y a PEÑA BERNALDO de QUIRÓS. Sintetiza su pensamiento acalorado y militante el autor afirmando que el Derecho romano trata al testador con la libertad y la dignidad de un hombre, sin admitirle desafueros, y no como un muñeco o un guiñol. como lo considera el Derecho germánico. En otro sentido, GARCÍA BERNARDO LANDETA omite recoger y citar a los autores cuya opinión crítica, y sus argumentos, y los matices entre ellos, con lo que, por un lado, se facilita mucho la labor, pero por otro, produce un inevitable deterioro o carencia en el producto intelectual que finalmente ofrece al lector.

113 En cuanto a esto último el autor es muy consciente de que hace una opción por una idea muy minoritaria en la doctrina y que choca con la opinión más autorizada de civilistas españoles de sólido prestigio y con ideas ampliamente plasmadas en mucha jurisprudencia o resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por ejemplo, se remontan hasta el siglo XIX sentencias o resoluciones que han dejado sentado que en tema de preterición debía producirse la apertura de la sucesión intestada como regla general y que sólo no era necesario ello, ni obtener la declaración judicial correspondiente (entonces exclusivo modo de apertura de la sucesión intestada), si todos los instituidos, de acuerdo con los preteridos o con el preterido único, formalizaban las operaciones particionales. Esta jurisprudencia, lógica y hasta progresiva en su momento, es hoy todavía presentada por algunos casi como si fuera una prolongación inamovible del marco normativo y acaso sin advertir a los lectores de que se forjó dicha jurisprudencia bajo la vigencia del originario y muy distinto del actual artículo 814 del Código civil. Sería más riguroso, por eso, en mi opinión, presentar esa jurisprudencia como formada bajo un orden normativo antiguo o diverso aunque en el orden normativo actual subsistan preceptos en los que esa forma de explicar las cosas encuentra apoyo todavía e informar hoy de que hay nuevos preceptos desde los que cabe argumentar ahora, con fundamento más o menos sólido, que el preterido puede acceder a la satisfacción de su legítima sin necesidad de apertura de la sucesión intestada. En fin, el autor de este trabajo lleva suficientes años en su oficio como para que no le sorprenda que los cambios legales con frecuencia encuentren resistencias tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, como en la sociedad misma. Por eso, una vez que he comprometido mi opinión como interpretación *de lege lata* en un determinado sentido y que he defendido la institución legitimaria en lo ideológico, y siendo consciente de la complejidad de las interrelaciones entre todos esos planos mencionados, deseo decir que también en las polémicas de los juristas sobre la legítima hay un plano *de lege ferenda* del que quizás no debiéramos retirarnos todos los que hemos llegado a tener opiniones en el asunto, buenas o malas. Creo, por ejemplo, en ese sentido, que sería buena una reforma legal profundizando y ampliando el ámbito de un inteligente instrumento jurídico que tenemos como es el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, producto histórico de la eficiente labor y del buen sentido de los registradores de la propiedad, y que hay que empezar a proponer cuanto antes que una futura reforma de la LEC tenga mucho más en cuenta al legitimario de lo que lo ha tenido la Ley vigente de 2000, que no recogió casi nada de lo que con inteligente esfuerzo constructivo había ido edificando con anterioridad la doctrina y la jurisprudencia. Acaso cabría proponer también que una futura reforma de la LH impusiera en línea de principio para la inscripción de títulos sucesorios en el Registro de la Propiedad una mínima justificación previa de la precisa inexistencia de legitimarios o de ausencia de lesión notoria de la legítima. No es raro que la desidia de los legisladores o su falta de acierto se alíe objetivamente con las doctrinas menos fecundas o menos acertadas y les ayude a perpetuarse o a frenar su decadencia.

Palomino, concluyó que no en el sentido de una regla general, pero que sí podía reconocerse la legítima como un título específico de adquisición por causa de muerte en tres (importantes) casos que analizaba de incumplimiento de la legítima<sup>114</sup>. No incluía Lacruz lógicamente en 1973 entre los casos en que la legítima funcionaba como un título adquisitivo específico la acción de preterición del antiguo artículo 814 del Código civil, dirigida por influencia de la tradición romanista a la nulidad total de la institución de heredero testamentaria, e incluso apoyaba el maestro en dicho precepto buena parte de su argumentación para negar que la legítima fuera con carácter general un *tertium genus*. Pero en la edición de su libro de 1981, del mismo año en que se reformó legalmente la preterición, ya incluyó Lacruz entre dichos casos de *tertium genus* la nueva versión del artículo 814 en lo que toca al preterido intencionalmente<sup>115</sup>. En 1985 Peña Bernaldo de Quirós, en su importante trabajo sobre la naturaleza de la legítima, aunque negando, con razones que no me convencen<sup>116</sup>, que la legítima pueda suponer un llamamiento o un *jus delationis* independiente, elaboró una lista mucho más completa y minuciosa de supuestos que la de Lacruz, que él mismo reconoció como lista no exhaustiva, en los que la legítima funciona como un llamamiento en calidad de heredero forzoso y claramente diferenciado del llamamiento legal propio de la sucesión intestada<sup>117</sup>.

114 El profesor LACRUZ dejaba fuera de su reflexión la acción de reducción de donaciones, pero aun así consideraba que había adquisición específica como sucesión forzosa en la acción de complemento de la legítima cuando hubiera bienes bastantes en el caudal; en el caso de preterición del cónyuge viudo; y en el caso del desheredado injustamente, Cfr. *Derecho de sucesiones*, Vol. 2º, 1973, pp. 33 a 37. Y al explicar la acción de reducción de donaciones, no llega a advertir que la legítima juega también en ciertos casos en la sucesión intestada, pero sí que cuando hay situación pasiva del *relictum* éste cuenta como cero y no queda eliminada la legítima si hubo donación, calculándose la sucesión forzosa exclusivamente sobre el *donatum*. Véanse las páginas 153 a 155.

115 Ello además de suprimir el profesor LACRUZ la parte de su reflexión de la edición anterior de 1973 que se había apoyado en el originario artículo 814 del Código civil, relativo a la preterición, y en el sentido de negar el carácter general de la legítima como título sucesorio específico. Cfr. *Derecho de sucesiones*, 1981, pg. 436.

116 Sostiene PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, Manuel, que el llamamiento forzoso del legitimario no engendra un llamamiento o un *jus delationis* independiente, y que la sucesión deriva de un solo título, bien el testamento, bien la ley, en el cual se integran las normas de la sucesión forzosa. No cabe aceptar, explica, la sucesión forzosa y renunciar a la testamentaria (o a la sucesión abintestato, en su caso), ni viceversa. No cabe, según él, que un llamado acepte o repudie una herencia, distinguiendo “la parte” (art. 990) a que es llamado por la voluntad del hombre. Y sostiene que si no se acepta la idea de que el legitimario es necesariamente heredero, el régimen de la aceptación y repudiación de la legítima se encontraría en un inmenso vacío legal. Se pregunta, en dicho sentido: ¿Hay aceptación mientras no se repudie?; ¿Rigen las reglas de aceptación de la herencia? ¿Cabe la transmisión del *ius delationis*? Cfr. *La naturaleza de la legítima*, Anuario de Derecho civil, 1985, pg. 869 y pg. 885. Creo que el autor no se ha formulado acaso la pregunta que contesta con estos argumentos con suficiente radicalidad y que tiene ya tomado partido previo por su propia explicación de que el legitimario es necesariamente heredero. Formulándonos la pregunta con la conveniente radicalidad que merece la importante trascendencia de la respuesta que obtengamos, a mí me parece que el argumento basado en la imposibilidad de una aceptación parcial de la legítima (artículo 990), aparte de ser una cuestión bastante académica y efectivamente discutida en la doctrina, parece presuponer ya de antemano que a la legítima les deban ser aplicables siempre las reglas de la aceptación y repudiación, transmisión del *ius delationis*, etc. Y lo mismo cabe decir del “inmenso vacío legal” que señala en el régimen legal de la aceptación y repudiación de la legítima, que parte al parecer de que la legítima necesite de dichas normas en todo caso, siendo que sólo las necesita en tanto que haya concretas atribuciones *mortis causa* del disponente al legitimario en pago de la legítima, pero no cuando el derecho del legitimario, que habrá nacido automáticamente desde la apertura de la sucesión del causante, se vea desconocido o vulnerado por el título sucesorio del disponente causante. Aquí lo único que el legitimario necesitará, y el Código se lo da, es acciones de defensa de su derecho subjetivo de legítima, cuyo ejercicio no es, exactamente, “aceptación” de la legítima. Me remito aquí a lo que explico en este mismo trabajo en torno al artículo 178-1º de la Ley aragonesa de sucesiones de 1999.

117 Cfr. la mencionada y muy pensada lista de supuestos en PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, Manuel, *La naturaleza de la legítima*, ADC, 1985, pp. 870 a 876, y nota 85 bis. Más próxima todavía a la idea de que la legítima sea un tercer tipo de delación, aunque no se atreva a aceptar totalmente la idea, al parecer, está la profesora LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, quien en un trabajo suyo de 1988 explicaba muy bien cómo el adjetivo “forzoso” de la expresión “heredero forzoso” cualifica mucho la posición del heredero; afirmando también que ser legitimario es tener un título especial que atribuye derechos específicos y que esa condición deriva siempre de la ley y nunca de la voluntad del testador, y enumerando además muy bien muchos de los derechos emanados del título del legitimario. Cfr. *Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes*, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 585, 1988, pp. 360 a 363.

Rivera Fernández<sup>118</sup>, en su trabajada monografía sobre la preterición publicada en 1994, y después de demostrar cumplidamente la radicalidad en términos históricos y dogmáticos de la nueva regulación de la preterición intencional del hoy vigente artículo 814, párrafo 1º, concluyó precisamente, como Lacruz, que esa acción del intencionalmente preterido no podía ser sino un título adquisitivo específico y *sui generis*, criticando enérgicamente al legislador el que introdujera una noción tan innovadora y trascendente pero sin regularla en absoluto, según él, a diferencia de lo que ocurría con el título de heredero y el de legatario. Afirma el autor que el legislador de 1981 se limitó a dejar apuntada la creación de un título nuevo, el título de legitimario, para no dotarlo luego de ningún contenido, lo que considera una deficiente forma de legislar. Y desde sus propias convicciones, pero con argumento un tanto similar aunque en contexto mucho más amplio, explicaba en 1985 también Peña Bernaldo de Quirós<sup>119</sup> que las teorías que critica y que le niegan al legitimario el necesario carácter de heredero tienen el grave inconveniente de abrir en el sistema del Código una “*inmensa laguna*” sobre la singular figura del legatario, puesto que no es heredero ni legatario, con lo que los codificadores habrían caído en una enorme imperfección técnica nada menos que para regular la sucesión, entre otros, de los hijos del causante. Y a partir de ahí, intenta Peña, que niega semejante fracaso en la obra de los codificadores, llenar la supuesta “*inmensa laguna*” en el concepto de legitimario con todos los derechos y facultades propios del heredero.

Sin embargo, creo que son bastante exageradas estas afirmaciones sobre un casi total vacío de regulación legal o de contenido de la legítima como título sucesorio específico si se tienen en cuenta las realidades normativas, cierto que bastante imperfectas técnicamente, y no sólo las apariencias normativas y las clasificaciones legales, aparte de que, desde luego, antes de que tuviéramos que enfrentar la nueva versión de 1981 del artículo 814, párrafo 1º, la cuestión ya se había discutido en la doctrina en relación a otras situaciones o acciones de protección de la legítima, como se acaba de explicar. Pienso más bien, por ello, con Espejo Lerdo de Tejada<sup>120</sup>, que, si bien se mira, los casos en los que el profesor Lacruz había reconocido que la legítima funcionaba como un título sucesorio específico eran en realidad los más importantes y significativos y constituían la mayoría de los supuestos de incumplimiento del deber de legítima por el disponente, por lo que creo que podía y puede darse un paso más, con el autor primeramente citado, y aceptar la generalidad de principio de dicha idea, su carácter de regla general (legítima como *tertium genus*), advirtiendo además, de nuevo siguiendo al profesor Espejo Lerdo de Tejada, que cuando el disponente asigna un título específico diverso en la atribución legitimaria, sea éste el de heredero o el de legatario, estos títulos voluntarios no dejan de estar legalmente coloreados o matizados y robustecidos cuando corresponden a un legitimario. Y el razonamiento podría apuntarse aportando aquí la convincente y larga lista de supuestos elaborada por Peña Bernaldo de Quirós, bastante más larga y minuciosa que la aportada por Lacruz, en los que la legítima se manifiesta como llamamiento específico de heredero forzoso y diferenciado del llamamiento legal intestado.

118 Cfr. su monografía *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp. 127-128, 373 a 378, 416 a 418, 98 a 100, y 191 a 193. Muy significativa la afirmación del autor de la página 100 en la que llega a afirmar que en el artículo 814-1º del Código civil no hay una “verdadera” preterición. Evidentemente no la hay en el sentido romano tradicional, pero sí en un sentido diverso de ese que es el del Código civil, y que no carece de su propia coherencia interna en su propio sistema legitimario, como voy a explicar en el texto.

119 Cfr. *La naturaleza de la legítima*, ADC, 1985, pg.884.

120 Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pg. 278 para la afirmación del autor a que me refiero en el texto, y para el conjunto de su explicación, en los aspectos que me interesa destacar, pp.271 a 278; 201, 205, 213, 217-218, 239 a 243, y 331 y ss.

Conviene retener también para mejor entender la naturaleza de la legítima la nota de pluralidad de la legítima que defendió Lacruz y que la doctrina siempre suele recordar (no deja de reconocerla, en particular, Espejo Lerdo de Tejada), para comprender de qué manera tan diferente se comporta el instituto cuando es impuesto su cumplimiento forzosamente a cuando es cumplido voluntariamente y, en este segundo caso, las grandes diferencias que existen según se cumpla la legítima por vía de herencia o se cumpla por vía de legado<sup>121</sup>.

Obsérvese también, en particular, que la cuota de sucesión intestada que según algunos preceptos tiene derecho a reclamar el legitimario, previa anulación de disposiciones testamentarias que vulneran su legítima, sólo le corresponde a él, si prospera su acción, y no a otros descendientes de su mismo grado, según suele ser habitual en los llamamientos de la sucesión intestada, que en efecto los hace la ley al conjunto de descendientes o parientes de un determinado grado de parentesco con el causante<sup>122</sup>.

La reforma del artículo 831 por la Ley 41/2003 ha aportado un nuevo caso de defensa de la legítima con acción de rescisión y reductora de disposiciones de distribución de la herencia de un comitente por el cónyuge fiduciario, que según lo que aquí se explica será un caso más de vocación legitimaria específica, con base en ley imperativa, de los incluidos en la regla general que se propone de legítima como *tertium genus*. El precepto o mejor preceptos, que son el artículo 831-3º, con sus tres párrafos, aunque un tanto enturbiados por mezclar dos supuestos de hecho distintos con la misma consecuencia jurídica, son muy significativos de lo que aquí se defiende, por su gran generalidad, que incluye con toda claridad lesiones a la legítima tanto cuantitativas como de las llamadas lesiones cualitativas, y tanto supuestos de legítimas desatendidas (frontalmente) lo mismo por el comitente que por el fiduciario, como incluso mejoras o atribuciones a los legitimarios del comitente vulneradas luego por el fiduciario. O sea, legítimas inicialmente cumplidas en un título sucesorio del disponente causante y luego vulneradas por otro título sucesorio sobre la misma herencia pero mediante título otorgado ahora por el fiduciario. Aquí el Código civil ha ido incluso más lejos que la noción de acción general de legítima insatisfecha que nos había propuesto Espejo Lerdo de Tejada. Es como si al hacerse más compleja la relación jurídica por la ampliación de la fiducia sucesoria patrocinada por el legislador de 2003, la ley nos hubiese mostrado con mayor claridad, probablemente sin un propósito claro y deliberado del legislador, las auténticas líneas de fuerza más profundas del instituto de la legítima<sup>123</sup>. En fin, me refiero luego también al

121 Aunque se apoya sólo en LACRUZ, y no todavía en ESPEJO LERDO de TEJADA, creo que está también próxima al pensamiento de éste LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen, quien sostiene la tesis de la vocación legitimaria forzosa y específica en una lista de casos más amplia que la de LACRUZ (añade la preterición no intencional de los ascendientes y del cónyuge viudo y el llamamiento legal vidual al cónyuge supérstite) e insiste en que la legítima es un derecho subjetivo y no un mero freno a la libertad de disponer por causa de muerte del testador. Cfr. en su comentario a la doctrina general sobre la legítima, en la obra colectiva coordinada por CAPILLA RONCERO, Francisco, *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, 1999, pp. 312 a 315.

122 Este argumento ha sido aducido por varios autores, como PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, Manuel, apoyándose en la opinión de GARCÍA VALDECASAS, en *La naturaleza de la legítima*, Anuario de Derecho Civil, 1985, pg. 871. MIQUEL GONZÁLEZ, José María, ha intentado relativizar o restar importancia al argumento, aunque finalmente lo asume también, en cierto modo, al reconocer que sólo el preterido intencionalmente recibirá su cuota de legítima sacada de la sucesión intestada, según él, completando lo ciertamente poco que, como explica, afirma el párrafo 1º del artículo 814, con una interpretación analógica del artículo 851. Cfr. *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor DÍEZ PICAZO, tomo 4º, 2003, pp. 5366 y nota 70, 5367 y 5374.

123 Es significativo que GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, autor entusiasta de la idea de que la legítima es un mero freno de la libertad de disponer por causa de muerte del disponente, no relacione el nuevo artículo 831 del Código civil con la naturaleza de la legítima ni con su crítica a que la legítima sea un *tertium genus* y que sea muy crítico con el nuevo precepto, que le resulta un tanto incomprensible. Cfr. *La legítima en el Código civil*, 2ª edición, 2006, pp. 128 a 135 y 244 a 246.

artículo 831-4º, con sus dos párrafos, precepto referido a un caso de preterición no intencional un tanto atípica, pero conectado en su espíritu y en sus concepciones profundas con los mencionados preceptos del nuevo artículo 831-3º del Código civil.

La preterición no intencional, manteniendo aparentemente en la nueva versión del artículo 814, párrafos 2º a 4º, los esquemas tradicionales de origen romano de anulación o de todo el testamento o de la institución testamentaria de heredero, según los casos, supone sin duda un caso concreto en el que la Ley no trataría en principio la preterición de estos legitimarios olvidados, desconocidos o sobrevenidos como amparados por un título específico legitimario, pero creo que ello debe verse formalmente como una (relativa) excepción a la regla ya general del *tertium genus* y que, además, en cuanto al alcance material de dichos preceptos, no debe debilitar en ningún caso la cuantía de lo debido percibir por estos preteridos no intencionalmente, que son tan legitimarios como los demás, de modo que la cuantía de la legítima deben tenerla asegurada siempre (cfr. artículo 815, además, incrustado en cierto modo en el artículo 814, a través de la regla de su último párrafo), y el recurso por el legislador a la técnica de la sucesión intestada debe de suponer siempre un incremento, y nunca una merma, de lo que el legitimario deba recibir y pueda reclamar como tal legitimario.

De modo que, podría decirse, cuando menos, que aunque para este supuesto se sustituye el título específico del legitimario por la técnica tradicional del recurso a la sucesión intestada, y se superponen dos acciones en principio claramente diferenciadas, en cierto modo el título específico de la legítima sigue latente y operativo como un límite infranqueable que las atribuciones por vía de sucesión intestada nunca pueden traspasar a la baja. Es aquí el título de heredero legal el que viene en cierto modo coloreado o matizado por el título legitimario que en cierto modo lo cimienta<sup>124</sup>. El *quantum* infranqueable de la legítima sigue subyaciendo al *quale* del título de heredero legal intestado y proporcionando en esa misma medida a la atribución de sucesión intestada una sólida base en normas imperativas. En realidad, toda la regulación legal de la preterición no intencional en el artículo 814 del Código civil, aparte de enturbiar en el párrafo 4º, inciso 2º, la distinción conceptual correcta entre anulación y rescisión de la institución de heredero, está presuponiendo, como otros preceptos del Código, que siempre que se abra la sucesión intestada a favor de los hijos o descendientes necesariamente quedará por completo satisfecha la legítima, lo que es evidentemente erróneo siempre que exista un *donatum* a personas no descendientes que supere cuantitativamente el tercio libre de disposición. Esto creo que es con seguridad así aunque sean muchos los autores que no lo han advertido<sup>125</sup>. Podría decirse que el jurista, y en ocasiones el legislador español, se deja o se ha dejado llevar por la fácil intuición de que legítima y sucesión intestada fueran dos círculos concéntricos del que el más amplio habría de ser siempre el de la sucesión intestada. Pero la realidad puede ser mucho más variada y compleja: puede ser

124 Según el profesor LACRUZ, desde la edición de 1988 de su *Derecho de sucesiones*, en los *Elementos de Derecho civil*, en la acción de preterición no intencional, además de una acción de anulabilidad de la institución de heredero por vicio de error, hay “algo más y distinto” que un vicio de la voluntad, precisamente porque la declaración errónea “*infringe asimismo la legítima*”. Cfr. para la edición de ese año 1988, pg. 555.

125 Por ejemplo, no lo ha advertido el propio RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, en su monografía, en la que sostiene que la acción de preterición no intencional es una acción meramente declarativa que necesitará para alcanzar la plenitud de los efectos pretendidos por el legitimario el complemento de otras acciones materiales subsiguientes, que incorporen el aspecto vindicativo de los bienes pretendidos, y acciones materiales que en el presente caso entiende que deben quedar reducidas, como en el Derecho intermedio, a la acción de petición de herencia, prescriptible, como regla general, en el plazo de 30 años. Cfr. *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp. 391 a 410 y 430-431. Lo que advierto en el texto sí que ha sido clara e insistentemente señalado, en cambio, por MIQUEL GONZÁLEZ, José María, en *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor Díez Picazo, Tomo 4º, 2003, pp. 5361, 5377 y 5389.

el círculo más amplio el de la legítima, o pueden ser ambos círculos sólo secantes o incluso pueden estar ambos círculos separados, aparte de que puede no existir de modo efectivo en casos el círculo de la sucesión intestada.

Por ejemplo, Amable ha realizado a su amante Consuelo varias donaciones a lo largo de los años de buena convivencia y en los que ella le ha cuidado de una penosa enfermedad, suponiendo esas donaciones el 90% de la fortuna de Amable. Posteriormente, riñen los amantes y Amable otorga testamento en el que nombra heredera a su hermana Auxiliadora (del 10% de su fortuna que le queda). Por otra parte, Amable había tenido dos hijos extramatrimoniales en su juventud, llamados Constante y Metodio, cuya existencia ni llegó a conocer, ni al testar ni después, pero que consiguen determinar judicialmente la paternidad de Amable tras su muerte (art. 766 de la LEC). Es evidente que si Constante y Metodio quieren recuperar el 66,66% de la fortuna de su padre que les corresponde como legítima, no bastará que impugnen el título de heredera testamentaria de Auxiliadora, que sólo les podría dar por vía de sucesión intestada un 5% de la fortuna de su padre a cada uno, sino que tendrían que reducir también las donaciones hechas a Consuelo, entre los dos, en un 56,66% del valor de la fortuna de Amable ( $10\%+56,66\%=66,66\%$ ). Pero si en el ejemplo, consideramos no una preterición no intencional total sino sólo una singular y pensamos que Amable reconoció a su hijo Constante y le nombró heredero en testamento (no a su hermana Auxiliadora) de lo que le quedaba de su fortuna (el 10% del total), la solución también pasaría inevitablemente por la rescisión y reducción del *donatum*. En concreto, Constante, el heredero, podría reclamar con la acción de reducción de donaciones inoficiosas a Consuelo un 23,33% de la fortuna de Amable y Metodio podría reclamar a Consuelo el 33,33% de la fortuna de su padre. En ambos ejemplos llega a haber un heredero testamentario (Auxiliadora en el primer ejemplo; y Constante, en el segundo) sobre una pequeñísima porción del patrimonio del causante, que queda frente a la legítima digamos que aparecida o sobrevenida, como un heredero aparente desplazado no exactamente por otro heredero legal o real, sino por dos legitimarios sobrevenidos (ejemplo primero) o por un legitimario sobrevenido (segundo ejemplo).

Y obsérvese que para ambos supuestos, como el orden legal de reducción en la rescisión empieza por las disposiciones testamentarias y sigue por las donaciones y como necesariamente cae bajo la anulación y bajo las pretensiones de los legitimarios en ambos casos todo lo que se recibió, tras anular el testamento, por sucesión intestada, en realidad, desde el punto de vista cuantitativo, y dejando aparte la cuestión de la más intensa reipersecutoriedad en principio de las acciones de nulidad que la de las de rescisión, el resultado final en este tipo de supuestos de *donatum* excesivo sería el mismo que si la ley hubiese establecido simplemente para la preterición no intencional una sola acción de reducción del *relictum* primero y del *donatum* después.

Estos sencillos ejemplos demuestran que incluso en casos de preterición no intencional puede seguir actuando el título legitimario como un específico título sucesorio y subyacente distinto de la sucesión intestada y de la voluntaria<sup>126</sup>, por mucho que la

126 ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ha demostrado por primera vez en nuestra doctrina que incluso que en ciertos casos, aunque ciertamente más bien raros en la práctica, cabe que sea la sucesión intestada y no las atribuciones voluntarias del disponente o testador las que perjudiquen la legítima, caso en el que, aunque no hay propia inoficiosidad de negocio jurídico alguno, las reglas jurídicas de la sucesión intestada y de la legítima tienen que reaccionar para mantener en todo caso incólume, y con acción judicial si fuera preciso, la legítima de todos los legitimarios. El primer caso que presenta de ello (entre otros varios) es el de que, no habiendo *donatum* y sí varios colegitimarios (tres, en su ejemplo), el testador deje a uno de ellos íntegros los tercios libre y de mejora y además su legítima estricta, y no diga nada sobre el resto de los bienes en el testamento. En un caso así, en el que el testador no vulnera los límites legales a la

redacción del artículo 814, párrafos 2º a 4º, muestre claramente que el legislador parece no haber sido consciente de ello, acaso por la engañosa impresión de que, en su mente, el *donatum* siempre habría de ser inferior al caudal relicto y como un mero y pequeño complemento suyo<sup>127</sup>.

Y siendo esto así, no sólo creo que es poco convincente la explicación antes recordada de Rivera Fernández de que la introducción por el legislador de 1981 en el artículo 814, párrafo 1º, de una acción rescisoria de mera reducción de la institución de heredero, desplazando la tradicional acción de nulidad de la institución de heredero testamentaria, sea una especie de esotérica y aventurada innovación radical del legislador, sino que más bien cabría afirmar, por así decir desde el extremo opuesto, que dicha reforma responde a la evolución natural y lógica del verdadero sistema instalado en el Código civil de 1889, que era esencialmente un sistema de legítima material y de derechos del legitimario amparados por un título específico sucesorio, sistema ya radicalmente distinto del romano más primitivo, y sistema legal, el de la versión originaria del Código civil, en el que la regulación tradicional de la preterición de 1889 había llegado a ser un anacronismo incoherente con la lógica profunda de la verdadera regulación general de la legítima de entonces. Por eso, el artículo 814, párrafo 1º, presenta incluso una cierta innecesariedad formal<sup>128</sup>, puesto que no es sino una reiteración para un caso particular de las reglas imperativas de los artículos 815 y 817, y puesto que, ateniéndonos al concepto de preterición de la opinión común, haya o no en el título sucesorio “mención” de la que teóricamente habría de excluir la preterición intencional del legitimario, lo único relevante parece que es si hubo o no atribución al legitimario, de lo que dependerá que su cuota de legítima deba sólo completarse conforme a unos (art. 815 ó art. 817, si hubo mención) o a otros de los preceptos citados (arts 814-1º, coincidente con los arts. 815 y 817, si no hubo mención ni atribución ninguna y sí, por tanto, preterición intencional) o que deba pagarse íntegramente esa cuota de legítima mediante el ejercicio sólo de la acción del artículo 815 ó del artículo 817 del Código civil, al no haber habido atribución ninguna aunque haya habido mención.

En este sentido la reforma legal de la preterición de 1981 podría considerarse más bien como la culminación de un largo proceso de siglos de progresiva implantación y de concreción de un sistema de legítima material y de simultáneo desplazamiento por éste del originario y primitivo sistema romano de la llamada legítima formal, en el que el heredero necesario tenía que ser o instituido o desheredado y sacado, en este segundo

---

disposición posible, siendo tres los colegitimarios, resulta que al dividir el resto no atribuido (dos novenos del caudal computable) en tres partes iguales por aplicación de las reglas de la sucesión intestada, la legítima de los dos hijos sin atribución o no mencionados en el testamento resulta perjudicada en una veintisieteava parte del caudal computable (o sea, en una tercera parte de su cuota de legítima, que es la de un noveno del caudal computable o de tres veintisieteavas partes de dicho caudal). Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 195 a 197, 205 a 209, y 239 a 243.

127 ESPEJO LERDO de TEJADA casi parece algo tímido o excesivamente cauto al defender su teoría en relación a la problemática de la preterición no intencional, puesto que concluye una aguda reflexión sobre el asunto afirmando que el artículo 814, párrafo 1º, presupone la existencia de un título legitimario específico, pero que el resto del artículo simplemente no niega la existencia de ese título, ya que son casos en los que la ley incorpora el matiz peculiar de corregir un defecto en la formación de la voluntad, por lo que anula las cláusulas testamentarias. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 302 a 308, y la pg. 308 muy en particular. Por las razones que explico en el texto, a mi me parece que incluso en la regulación de la preterición no intencional podemos seguir afirmando que hay que entender que el legislador presupone también, aunque acaso parezca poco consciente de ello, la existencia siempre de un título legitimario sucesorio específico, al menos latente o subyacente. No obstante, sí que recoge ESPEJO LERDO de TEJADA la interesante opinión de LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen, formulada en 1988, y de la que doy cuenta en el texto posteriormente, y parece aceptarla en parte u orientarse en un mismo sentido que la autora.

128 En esto creo que sí que conecto con la explicación de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, quien tiende a proponer que la acción de preterición intencional se asimile a otras acciones de protección de la legítima material. Cfr. *La preterición*, 2003, pp. 5344, 5350, o 5373.



caso, de la sucesión intestada<sup>129</sup>, hasta convertir la mencionada legítima formal en el Código civil en 1981 en un mero arrastre histórico perfectamente suprimible por el legislador y, a la vez, en la culminación con tal reforma legislativa de 1981 de la idea legal instalada ya en 1889, en la sustancia de la regulación decisiva aunque todavía no en la envoltura o en la terminología legal predominantes, de que la legítima es un título sucesorio autónomo o específico, una forma especial de vocación sucesoria, un *tertium genus*<sup>130</sup>. La nueva versión del artículo 831-3º del Código, según la versión de la Ley 41/2003, ha venido a confirmar o consolidar también recientemente este esquema legal general. La idea de legítima como título sucesorio específico, profundamente coherente con nuestro sistema de legítima material, va abriendo su cauce, algo abruptamente, con normas toscas e imperfectas, a través de las reformas legales de 1981 y 2003, pero en una dirección cada vez más clara.

Y contempladas sólo, o principalmente, las últimas décadas de evolución legislativa de la legítima del Código civil acaso se puede señalar otra línea de evolución significativa como sería la de que, partiendo de que la legítima estuvo originariamente concebida como *pars bonorum*, como residuo histórico y lógico del Derecho castellano en el que el legitimario tenía que ser necesariamente heredero, se ha evolucionado luego en el sentido de admitir cada vez más amplias excepciones o normas inspiradas cada vez más en la legítima concebida como una parte del valor de un patrimonio. Podrían ser hitos significativos de esta segunda línea de evolución legislativa sobre la legítima, que tendría un ilustre precedente histórico en la legítima catalana instaurada en 1595<sup>131</sup>, en la que por ley se admitía que el heredero pagara en metálico la legítima a otros legitimarios, la introducción en 1944-1946 en la Ley Hipotecaria de la mal llamada “mención” del artículo 15 de la LH respecto de la legítima catalana y otras legítimas dinerarias; la reforma en

129 MIQUEL GONZÁLEZ, José María, afirma que se ha dado en la doctrina un “deslizamiento excesivo” de la preterición de su ámbito tradicional que era la sucesión intestada al ámbito de la legítima, por lo que la Reforma de 1981 llegó a regular la preterición intencional como un problema de legítima, pero no explica el por qué de ese “deslizamiento” de la doctrina, que, como explico en el texto, en mi opinión, tiene un fondo lógico, sin perjuicio de que haya podido ser favorecido ocasionalmente por concepciones ahistoricistas que siempre suelen estar presentes en tantos temas. Cfr. del autor *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor DÍEZ PICAZO, T. 4º, 2003, pg. 5343.

130 En este último sentido, la Compilación aragonesa de 1967 (art. 123 y art. 122) pienso ahora que se adelantó 15 años a la reforma del Código civil de 1981, en cuanto a culminar un proceso de instalación de un sistema de legítima probablemente basado en un título legitimario como título sucesorio específico, o de vocación legitimaria especial, y sistema de legítima sustancialmente material y protegida por acciones rescisorias, incluso, como regla, en materia de preterición (art. 123), preterición que claramente iba referida a la legítima y no a la sucesión intestada, y en la que no se distinguía, para la preterición singular, entre preterición intencional y errónea. No obstante, en el muy depurado sistema legitimario aragonés de la Compilación la llamada legítima formal, no existiendo cuota legal de legítima material, cumplía un papel muy útil y diferente del que cumplía en el Código civil, como he explicado ya y explicaré de nuevo posteriormente en este trabajo. Es una pena que el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, José María, no se haya interesado al parecer por el sistema legitimario aragonés, porque creo que es el ejemplo histórico perfecto que desmiente su convicción de hace muchos años de que la preterición tiene su propia lógica tan sólidamente anclada en el régimen de la sucesión intestada que es casi imposible que pueda funcionar bien aplicándola a las técnicas de protección de la legítima. En Aragón ha funcionado estupendamente así, al menos y sin contar los años del Apéndice, durante 33 años. Recuérdese que el anteproyecto de la Compilación aragonesa de 1967, finalmente supervisado por la Comisión General de Codificación, fue elaborado por un “Seminario” de juristas aragoneses dirigido durante siete años por el profesor LACRUZ. Y por otra parte la preterición general singular del artículo 123 naturalmente que se completaba para resolver posibles problemas de defectuosa formación de la voluntad del disponente con la doctrina general del error en el negocio jurídico, que penetraba en el sistema legitimario aragonés a través de la aplicabilidad supletoria del artículo 767 del Código civil. Véase al respecto mi trabajo de 1997, pp.42-43. Y en la versión de mi trabajo del ADC de 1997, pp. 130-131.

131 Para Cataluña el Rey aragonés PEDRO IV, el CEREMONIOSO, había autorizado en las Cortes de Monzón de 1363 que la legítima pudiera dejarse por cualquier título, aunque fue discutido en la doctrina el significado de esa reforma legal; y en otras Cortes de Monzón de 1595 una Constitución dada por FELIPE II concedió por ley al heredero la facultad de pagar la legítima con los bienes hereditarios que prefiriera o en metálico, a su elección; sistema que inspiró la legítima catalana hasta hoy mismo. Cfr. sobre ello VALLET de GOYTISOLO, Juan, en su libro *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 1º, 1974, pg. 76 y 331 y ss.

1981 de los artículos 841 y siguientes del Código civil, admitiendo ampliamente pagos en metálico de cuotas legitimarias de algunos hijos; y la reforma por la Ley 7/2003 de los artículos 1271 y 1056, ampliando la libertad de pago en metálico extrahereditario de la legítima por el propio testador<sup>132</sup>.

En relación con el sistema legal de la legítima de 1889, en el que la legítima era ya susceptible de satisfacerse por cualquier título y no sólo por vía de herencia, no era difícil de justificar la reforma que el legislador de 1981 hizo de la preterición intencional, pretendiendo otorgarle<sup>133</sup>, en la línea del artículo 815, una acción rescisoria de reducción de todos los títulos testamentarios<sup>134</sup>, mientras que lo que sí pasaba a hacerse difícil de justificar era la regulación de la preterición no intencional, que se mantenía en apariencia en una línea tradicional con acción para anular en principio la institución de heredero incluso más allá de la cuantía de la legítima protegible. Planteado el problema de la preterición no intencional como de cobertura o protección de la legítima, esta tendencialmente plena anulación de la institución de heredero, que podrá haber recaído muy frecuentemente en cualquiera de los hijos o descendientes del testador o en su padre o madre, o hermano, o persona muy querida por él, para beneficiar rígida e imperativamente (no ni siquiera como una mera presunción *iuris tantum*) a descendientes del disponente olvidados o desconocidos por él es una solución legislativa muy discutible, y precisamente, aparte de otras razones, en la medida en que rebase, en su caso, la cuantía de legítima que hubiera habido que salvaguardar en todo caso de esos legitimarios sobrevenidos. El legislador ha excluido con acierto esa anulación plena de la institución de heredero del cónyuge, pero, al menos *de lege ferenda*, es perfectamente cuestionable si no debió acaso haberla excluido también en general.

Incluso *de lege lata* ha defendido la profesora López Beltrán de Heredia, con muy cuidada argumentación, que la nulidad de la institución que prevé el artículo 814, párrafo 2º, nº 2º, podría desplazarse por otra interpretación, apoyada fundamentalmente en el último párrafo del artículo, que intentara primero apurar al máximo posibles indagaciones de la voluntad del testador orientadoras sobre lo que él hubiera querido realmente

132 En este sentido, y si aceptara mi tesis, contraria a la del profesor LACRUZ y a la opinión común (pero no argumentada) de la doctrina aragonesa, de que en la Compilación aragonesa de 1967 la legítima era una "*pars valoris*", podría decirse también que la Compilación aragonesa de 1967 se había en cierto modo adelantado, y además con mayor radicalidad, a la evolución que luego ha ido experimentando el Código civil. Véase la argumentación que di sobre la cuestión en mi trabajo de 1997, pp. 56 a 59. En la versión del ADC de 1997 son las páginas 145 a 148. Vuelvo sobre todo ello al tratar la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima.

133 Uso la expresión "pretendiendo otorgarle" y no la de "otorgándole", porque la parquedad expresiva del precepto del artículo 814, párrafo 1º, y el peso de la tradición romanista que vincula inequívocamente la preterición con la sucesión intestada, hacen todavía este precepto, que debió ser sencillo, una norma sumamente problemática, como ha demostrado con gran minuciosidad, MIQUEL GONZÁLEZ, José María, en su trabajo de 2003. Reconociendo el autor que hubiera sido más coherente admitir una delación *ex lege*, que él no cree que exista en el precepto, y que hubiera permitido hacer innecesaria la declaración abintestato, explica que el precepto, que considera muy defectuoso, continúa suponiendo la apertura de la sucesión intestada, aunque incoherentemente otorgue luego al preterido intencionalmente la cuota de legítima y no la de sucesión intestada. Considera la acción rescisoria y, contra la opinión doctrinal más difundida, y creo que con razón, que la legítima que protege es la legítima larga y no la corta, como creen muchos. Cree también, con razón en mi opinión, y *de lege ferenda*, que dicha acción debería asimilarse a otros supuestos de hecho que producen la protección de la legítima. En fin, califica repetidamente el precepto como modelo de incoherencia. Cfr. *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor Díez Picazo, Tomo 4º, 2003, pp. 5343 y ss; 5351-5352; 5366 a 5368. Creo, por las razones que explico en el texto que, tras la Ley 41/2003, se ha hecho más difícil de sostener la idea del autor de que el artículo 814, párrafo 1º, todavía suponga una apertura de la sucesión intestada.

134 Ha explicado convincentemente PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, Manuel, que en realidad, antes de la reforma legal de la preterición de 1981, el llamamiento forzoso a la legítima ya se revelaba en ciertos casos como autónomo o como actuando por debajo del llamamiento a la sucesión intestada, y que, con la mencionada reforma de 1981, simplemente "está más claro" que la preterición (salvo la no intencional de descendientes) no produce la apertura de la sucesión intestada, sino que lo que ocurre es que se manifiesta el peculiar llamamiento del legitimario y en su estricta medida. Cfr. *La naturaleza de la legítima*, ADC, 1985, pp. 870 y 871.

para el caso de producirse la preterición no intencional de un descendiente suyo y, de no extraer nada de esa vía interpretativa sobre el título, otorgar al preterido su cuota de legítima reduciendo las porciones de bienes correspondientes a cada uno de los demás hijos o descendientes que hubieran de imputarse en la legítima, sin tener en cuenta el que tales bienes se hayan recibido por título de herencia, legado o incluso donación<sup>135</sup>. De aceptarse esta interpretación, arriesgada pero muy razonable por sus resultados, hasta se podría llegar a afirmar perfectamente que el caso de la preterición no intencional y singular no era excepción a la regla de la legítima como *tertium genus*, sino que pasaría a poder considerarse otro ejemplo más de vocación sucesoria forzosa o basada en un título adquisitivo específico. También viene a demostrar la interpretación de la profesora López Beltrán de Heredia que, aunque algún autor de mucho prestigio se resista a ello, no es imposible integrar una razonable regulación de la preterición no intencional en la estructura más íntima y esencial de un sistema legal legitimario como el de nuestro Código civil.

Me parece un solución legislativa discutible, como explicaba, la del artículo 814 del Código que anula la institución de heredero, aunque sea un tanto acriticamente aceptada por muchos<sup>136</sup>, desde el punto de vista de la valoración misma del conflicto de intereses que afrontó el legislador, y desde el punto de vista del propio concepto de error vicio del consentimiento del Código civil (artículo 1266), y teniendo también en cuenta que se ha propuesto autorizadamente en nuestra doctrina<sup>137</sup> que el artículo 767 del Código civil puede interpretarse referido al error en el testamento y aplicarse en un sentido amplio que incluya tanto la causa positivamente errónea o falsa como la imprevista o desconocida inexistencia de causa. Acaso este artículo 767 hubiera debido bastar para atender todos los defectos en la formación de la voluntad del testador

135 En su muy pensado e interesante trabajo, la profesora LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen, ha hecho un meritorio y paciente esfuerzo por indagar la completa casuística a la que abocaría o podría en teoría abocar la desafortunadísima idea del legislador de imponer para los supuestos considerados la nulidad de la institución de heredero, que como nota la autora, cuando habiendo varios hijos y se concentra en uno solo dicha institución denota un inequívoco deseo del testador de favorecer al único heredero universal; y ha demostrado convincentemente que, aunque legatarios y donatarios también pueden verse en ciertos casos perjudicados por la aparición del preterido, es siempre el heredero el que sale peor parado, sea legitimario o no y se parta del concepto de legitimario como debiendo ser necesariamente heredero o de un concepto de legitimario, como el mayoritario en la doctrina, que desvincule la noción de legítima de la de heredero. Sostiene, en definitiva, con varias sugerencias previas para intentar sacar en ciertos casos más bien poco verosímiles alguna orientación de la voluntad del testador, que pueda prevalecer como solución del caso, y en defecto de ello, que el preterido cobrará su legítima mediante reducción de las atribuciones imputadas a la legítima y efectuadas a favor de los legitimarios no preteridos, y en su caso, y haciéndose necesario, de la reducción de las atribuciones inoficiosas. Como muy expresivamente afirma la autora, cabe extraer del párrafo último del artículo 814, en la difícilísima coordinación a que obliga con el párrafo 2º, nº 2º, del propio artículo, la solución de que hay que enviar al preterido a cobrar su legítima donde quiera que ésta se encuentre. Cfr. su trabajo *Algunos problemas de preterición no intencionada de los hijos o descendientes*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 585, 1988, pp. 363 y ss., y 385 a 388. La autora hubiera podido perfectamente reforzar su muy trabajada argumentación con la idea de que un sistema legal muy similar a ese que propugnaba es el que se había impuesto, y entonces estaba todavía vigente, en la Compilación aragonesa de 1967 (art. 123), que se había elaborado durante siete años de esforzados trabajos, bajo la dirección científica del profesor LACRUZ. Y como explico también en este trabajo ese sistema legal aragonés de 1967 estaba ya muy bien esbozado y regulado en el propio Apéndice aragonés de 1925.

136 La acepta, por ejemplo, indicando que esta solución legal para la preterición no intencional sí que conecta con el concepto tradicional romano de preterición, RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, en su libro *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp. 418 y 424. También MIQUEL GONZÁLEZ, José María, en su línea de enaltecer este instituto o esta técnica, aunque no deja de reconocer la deficiente técnica de la vigente regulación de la preterición no intencional y recoge en parte los acertados argumentos críticos contra la misma de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, me parece un tanto benévolo con el régimen de la preterición no intencional y su acción de nulidad que parece abrir la sucesión intestada, pero que causa mucho más daño a la seguridad jurídica que la preterición intencional, y sin embargo la crítica mucho menos duramente que a ésta. Cfr. *La preterición*, 2003, pp. 5366 a 5372.

137 Por GORDILLO CAÑAS, Antonio, en el comentario al artículo 767 en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por el profesor ALBALADEJO, Tomo 10, Volumen 1º, 1987, pp. 341 a 343.

en relación a olvido o no mención de legitimarios suyos desconocidos por él. Además, aunque hoy las reglas del artículo 814, párrafos 2º a 4º, aparecen como regla más especial respecto del artículo 767, no parece que, en definitiva, pueda excluirse el ejercicio judicial de la acción basada en este último<sup>138</sup>. No es indefendible la idea de que, por todo lo expuesto, la solución legal del legislador de 1981 para la preterición no intencional adolece de una cierta innecesariedad ahora en sentido sustancial, y que acaso constituye un residuo remoto todavía de la muy diferente preterición del Derecho romano más primitivo introducida en aquel Derecho cuando todavía no existía legítima material.

De modo que desde una perspectiva sistemática de la legítima, muy conveniente por la misma complejidad y amplísimo ámbito del instituto, y enfatizando que la legítima del Código civil, aunque no se suela reconocer así, es un título sucesorio específico o una forma de vocación sucesoria específica, acaso más que criticar que se haya aplicado la solución rescisoria y sólo reductora a la preterición intencional, como en cierto modo parece hacer Rivera Fernández, habría que criticar que no se haya aplicado o extendido también la misma solución legal a la preterición no intencional, aunque hubiera sido incurriendo en el establecimiento de una nueva regla también formalmente, entonces, innecesaria. La simplificación del régimen jurídico de nuestra legítima que es reclamada por algunas de las opiniones más elaboradas y mejor informadas de nuestra doctrina, y que se ha propuesto en alguna ocasión invocando el ejemplo de los sistemas legales de algunos de los países de nuestro entorno<sup>139</sup>, estuvo, al menos en ese sentido, perfectamente al alcance de nuestro legislador de 1981. En un sistema como el de nuestro Código de legítima material de todos los legitimarios, y en el que el derecho del legitimario constituye un título sucesorio específico amparado por normas imperativas, el completo instituto de la preterición aparece, al final de la evolución lógica, y contando el Ordenamiento jurídico con las técnicas, eventualmente complementadoras de las normas sobre la legítima, de anulación de negocios jurídicos y testamentos viciados por error, como tendencialmente innecesario<sup>140</sup>.

138 En dicho sentido se manifiesta RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, sugiriendo incluso que la acción basada en el artículo 767 presenta ciertas ventajas. Cfr. *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp. 243 a 247, y 423.

139 Cfr. en tal sentido la interesante información de Derecho comparado aportada por RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp. 104 a 128.

140 A una conclusión similar había llegado DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, quien en 1990 reconocía que el antiguo artículo 814 sobre la preterición y de inspiración romana había llegado a ser injusto, pero que en 1981 hubiera sido mejor regular la preterición intencional con el alcance que ahora tiene y prescindir, por tanto, de la preterición errónea, o mejor dicho, afirma, hacer caso omiso de si la preterición fue o no intencional. Después de varias páginas de densa reflexión para intentar reconducir la defectuosa regulación del nuevo artículo 814 sobre la preterición no intencional, sobre la que también afirma con mucha razón que no puede entenderse que dicha regulación establezca presunciones "iuris et de iure", llega a esta conclusión, muy llamativa y significativa, porque DE LA CÁMARA había sido uno de los principales impulsores antes de 1981 de la idea de distinguir preterición intencional y preterición errónea. Ocultando al lector este hecho viene a reconocer el fracaso de la nueva regulación de la preterición no intencional, por su muy defectuosa técnica jurídica y porque, según explica, intervinieron demasiadas personas en la redacción del precepto. Cfr. *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pp.184-185 y 202. MIQUEL GONZÁLEZ, José María, reprocha o señala esta curiosa y disimulada deserción de DE LA CÁMARA de la teoría de la distinción entre preterición intencional y preterición errónea, que naturalmente MIQUEL GONZÁLEZ, dadas sus particulares convicciones, parece lamentar. Cfr. del autor *La preterición*, en el Libro Homenaje a DÍEZ PICAZO, tomo 4º, 2003, pg. 5345. Personalmente, llamo la atención del lector sobre una de las ideas de la explicación de DE LA CÁMARA, autor que ha dedicado décadas a reflexionar sobre la legítima y principal inspirador en un trabajo suyo de 1964 de la reforma en 1981 de los artículos 841 y siguientes, como es que la preterición de inspiración romana del antiguo artículo 814 del Código sí que era injusta y sí que había que reformarla, aunque se haya hecho mal y aunque se inspirara en una distinción doctrinal equivocada en el fondo, en su opinión. Esto, aunque el autor no lo formule así, conecta bien con la explicación que aporto en el texto de que en el fondo dicha preterición denominada "formal" y originada antes de que existiera en el Derecho romano legítima material era incoherente e injusta con sus tan radicales efectos en el sistema de legítima material instaurado en España en 1889 y cuya "idea fuerza" acaso era ya la de una tercera forma de vocación sucesoria, para instalar firmemente dicha legítima de

Aun así, por muy ciertos que puedan ser los argumentos históricos que nos muestran que la preterición no era, en rigor, durante siglos de tradición romanista, una técnica de protección de la legítima (material), y los argumentos dogmáticos que nos señalan hoy un defecto en la formación de la voluntad del disponente que incurre en preterición no intencional, o que nos señalan una técnica legislativa de proteger supuestamente en estos casos más que al legitimario mismo al disponente que acaso presuma la ley que hubiera dispuesto en su testamento de manera diferente de haber conocido a tiempo la existencia de legitimarios suyos, dichos argumentos pueden llegar a aceptarse hasta cierto punto, no porque tengan base ontológica alguna<sup>141</sup>, sino con una perspectiva historicista como comprensión de una concreta y acaso todavía tímida reforma de la legítima en 1981 del Código civil español.

Pero no pueden considerarse convincentes esos argumentos mencionados si se pretenden llevar hasta proponer una completa separación de la regulación vigente de la preterición no intencional del conjunto del régimen legal de la legítima<sup>142</sup>. La ubicación de la preterición no intencional por nuestro legislador dentro del sistema legal de la legítima creo, por eso, que no es un puro arrastre histórico o un mero homenaje a la tradición, sino que conserva en el nuevo sistema legal de la legítima, ya muy alejado de sus orígenes romanos más antiguos, una cierta base dogmática o sustantiva. No se puede separar de la regulación legal de la legítima la de la preterición no intencional porque, aparte el explicado papel subyacente siempre de la regla imperativa del artículo 815 del

cuota material en el sistema sucesorio español. Por lo demás, las explicaciones de DE LA CÁMARA y MIQUEL no son tan antitéticas como podría parecer, porque ambos tienden a pensar que una buena regulación de la legítima no necesita demasiado a la figura de la preterición no intencional y ambos, imagino (en el caso de MIQUEL su pensamiento al respecto es clarísimo), planteando las cosas *de lege ferenda*, podrían llegar a admitir que en ciertos casos de olvido de los hijos o descendientes inmediatos o incluso personas muy próximas (cónyuge: supuesto más extraño) pudiera ser conveniente una regulación del error en el testamento especial y reforzada, acaso con determinadas presunciones *iuris tantum* de error en dichos supuestos.

141 Esta posible base ontológica casi me parece que la llega a sugerir MIQUEL GONZÁLEZ, José María, en afirmaciones como la de que la preterición es una figura romana tan vinculada a la sucesión intestada que o habría que mantener esa lógica o suprimir la figura. En otro lugar, después de un recorrido histórico desde el Derecho romano clásico y postclásico y un repaso a diversos ordenamientos jurídicos españoles y extranjeros, entre los que echo en falta información relevante sobre la Compilación aragonesa de 1967, concluye el autor que al menos habrá que reconocer que cobertura de la legítima y preterición son dos cuestiones distintas, aunque están implicadas en los Ordenamientos jurídicos que conocen la legítima. En la misma línea, en otra ocasión, afirma que desde el punto de vista de la protección a la legítima la preterición es inútil, pero no desde el de la libertad de testar y la sucesión intestada. Cfr. *La preterición*, en el Libro Homenaje a DÍEZ PICAZO, T.4º, 2003, pp. 5376, 5359, 5344 y 5374. Parecería que afirma MIQUEL que la preterición es imposible que se adapte útilmente a cualquier sistema legitimario históricamente posible. No sería ello cierto, en mi opinión, en términos tan absolutos. Una adaptación así la logró, como en este trabajo se explica, la Compilación aragonesa de 1967, siguiendo líneas de inspiración que ya estaban en el Apéndice aragonés de 1925. Quizás estamos en vías de lograrla, o la hemos logrado ya, por lo que explico en el texto, en el propio Código civil. Personalmente, aprendí desde los tiempos de mi tesis doctoral sobre la ocupación y los hallazgos, que la técnica metodológica historicista de estudio del Derecho civil es ambivalente, en el sentido de que tanto puede ayudarnos a entender mejor y clarificar y mejor aplicar lo que de la tradición queda todavía válido en nuestra leyes, como también a desembarazarnos con mayor convicción de lastres históricos que ya han sido superados por nuevos conceptos alumbrados o por la evolución histórico dogmática de los viejos conceptos. Distinguir cuándo toca lo uno y cuándo lo otro es una de las misiones más complejas y comprometidas que tenemos los que compartimos este viejo y difícil oficio de juristas. Por lo demás, y creo que en esta misma línea que aquí se sostiene, algunos civilistas de máxima autoridad han advertido que la distinción entre las legítimas llamadas material y formal debe relativizarse bastante. Por ejemplo, VALLET de GOYTISOLO, apoyándose en argumentaciones del profesor LACRUZ y de SCHULZ, en su libro *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo 1º, 1974, pp. 62-63.

142 Estoy pensando en las explicaciones de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, quien se muestra bastante indiferente ante la polémica recientemente iniciada por algunos sobre una posible supresión de las legítimas en el Derecho español, mientras que defiende con todo entusiasmo la subsistencia y utilidad intrínseca de la preterición no intencional incluso si se llegaran a suprimir las legítimas, invocando el ejemplo de países, como muchos Estados de EEUU, en los que no hay legítima y sí, en cambio, preterición no intencional. Insiste también mucho el autor en la dificultad dogmática de adaptar la preterición a cualquier sistema legitimario posible, lo que ya he criticado en otros lugares de este trabajo. Cfr. del autor *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor DÍEZ PICAZO, T. 4º, 2003, pp. 5345 y ss.

Código civil, regla en la que se concreta y se manifiesta un título sucesorio específico, hoy esta regla tradicional viene además respaldada por la exigencia constitucional de la igualdad de derechos sucesorios de todos los hijos. Diría que un sistema legitimario como el de nuestro Código puede prescindir legislativamente, en último extremo, del instituto de la preterición, pero que mientras esa reforma legal no se haga, el instituto debe seguir vinculado al régimen jurídico de la legítima. Esa vinculación no debe verse como un error histórico producto de la ignorancia de los juristas españoles, sino como un resultado lógico de la evolución del sistema legal histórico castellano y del Código civil y como un logro positivo.

Los argumentos recordados que tienden a exagerar la autonomía de la preterición no intencional respecto del régimen de la legítima, y que en parte coinciden con los argumentos que sirvieron para levantar doctrinalmente la distinción entre preterición intencional y no intencional frente al texto del originario artículo 814 del Código civil<sup>143</sup>, no carecen de toda consistencia o racionalidad, adoptando la perspectiva historicista que he recomendado, pero deben limitarse a mi entender, sólo a fundamentar las soluciones vigentes (desde luego, discutibles y problemáticas) en el actual artículo 814 del Código, en el doble sentido de entender añadido un *plus* de cuantía de la herencia percibido por vía de sucesión intestada por el legitimario preterido no intencionalmente en cuanto tal, sobre lo que debería percibir como mero legitimario (art.815), y sólo cuando se dé la hipótesis correspondiente (ausencia de *donatum* o existencia del mismo pero de cuantía pequeña e inferior al tercio de libre disposición), y en segundo lugar, aunque acaso este aspecto resulte más problemático y no deje de ser ilógico en sí mismo, en proporcionar una reipersecutoriedad robustecida a las acciones correspondientes a la parte de la cuantía total de la reclamación del legitimario preterido no intencionalmente reclamada por la vía de la anulación del título hereditario voluntario y consiguiente reclamación de la sucesión intestada (acción de nulidad), respecto de las acciones correspondientes a la parte de la cuantía total de su reclamación solicitada por vía de una acción rescisoria o de mera reducción de liberalidades (acción rescisoria). También podrían subsistir diferencias relevantes entre la acción rescisoria de reducción y la de nulidad que abre paso a la sucesión intestada, si ésta se concibiera, lo que no me parece fácil, como nulidad de pleno derecho o nulidad por ministerio de la ley, en cuanto en ésta podría haber cierto nivel de apreciación de oficio por jueces, funcionarios, notarios y registradores, que no es posible, desde luego, en la mera acción rescisoria<sup>144</sup>.

143 RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, reconoce que la mencionada distinción entre preterición intencional y errónea tenía precedentes en el Derecho intermedio y que era apoyada por doctrina muy autorizada, y cita en tal sentido a VALLET y a DE LA CÁMARA, pero ve con poco entusiasmo dicha distinción, al menos en su sentido cualitativo (sustitución de una acción de nulidad de la institución de heredero por una rescisoria de reducción de dicha institución), y advierte en esta doctrina un cierto “desenfoque” entre el problema que se intentaba resolver y la utilización de la acción de preterición, que históricamente había estado siempre vinculada a una acción de nulidad o del testamento o de la institución de heredero con vistas, a través de la apertura de la sucesión intestada, a dotar al preterido de un título sucesorio del que por hipótesis carecía. Véase su libro *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp.84-85, notas 12 y 13, y pp. 98 a 100. El profesor LACRUZ en 1973 recogía la explicación de DE LA CÁMARA, que veía como bastante fundada, y las críticas que otros autores hacían al Código, con propuestas de reforma *de lege ferenda*. Sin embargo, el profesor LACRUZ, con algunos matices y dudas para cuando pudiera haber una voluntad estrictamente errónea, me parece que se apuntaba más bien, como postura general, a la “tesis dominante” en la doctrina y en la jurisprudencia en el sentido de aceptar la no diferenciación por el antiguo artículo 814 de efectos de la preterición voluntaria y la involuntaria, advirtiendo que acaso la preterición hecha adrede merecía todavía mayor sanción que la involuntaria. Cfr. *Derecho de sucesiones*, 1973, pp. 170 a 179, y 177, en particular. Sin embargo, tras la reforma de 1981, se incluía LACRUZ entre los autores cuyas orientaciones habían propiciado la consagración legislativa de la distinción entre preterición intencional y preterición errónea. Cfr. *Derecho de sucesiones*, 1981, pp. 522-523. Quizás en esos ocho años hubo una cierta evolución en el pensamiento del maestro en este punto. Al final, aceptó como buena la reforma legal de 1981 en esto, aunque acaso sin haber llegado a percibir del todo la complejidad laberíntica que introdujo la mencionada reforma.

Véase también el nuevo artículo 831-4º, párrafo 2º, redactado por la Ley 41/2003, que contempla un incumplimiento posible de la fiducia por el cónyuge fiduciario provocando preterición no intencional de un descendiente que lo era sólo del cónyuge premuerto respecto de la herencia de éste. El precepto parece aludir, o podría literalmente incluir, a un legitimario preterido no intencional que lo sea sólo provisionalmente, o sea, que lo sea en la parte de herencia del comitente distribuida por él, y cuando todavía está pendiente la distribución de la otra parte de dicha herencia por el cónyuge fiduciario. En teoría, la mera futura mención del legitimario en un título sucesorio por parte del cónyuge fiduciario, aunque fuera hecha sin atribución, ya excluiría la preterición no intencional del legitimario, pero el precepto va directamente a lo sustancial, que es la atribución y la protección de la cuota de legítima del inicialmente omitido, y establece que el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge “no podrá menoscabar la parte del preterido”. Y ese “menoscabo” parece claro que es uno de esos actos, posiblemente anteriores a la completa ejecución de la fiducia, frente a los que el artículo 831-3º, párrafo 2º, da al legitimario acción para que se rescindan los actos del cónyuge “en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado”. Además, la “parte del preterido”, que según la Ley no se puede menoscabar, tiene que ser la cuota de legítima y no la cuota de sucesión intestada, porque es evidente que las atribuciones del fiduciario amparadas en el título legitimador previo del comitente sí que podrían reducir la cuota del preterido en la sucesión intestada, mientras que no deben poder reducir la cuota de legítima.

El Código parecería pensar aquí, por tanto, en una acción rescisoria y de reducción de liberalidades, para un supuesto de preterición no intencional, lo que es idea diversa de la correspondiente a la regulación del artículo 814, párrafos 2º a 4º, y lo que viene a confirmar un tanto, en mi opinión, cómo la idea de un título sucesorio específico como la legítima está en el fondo del sistema legal de legítima material del Código civil. La aparente contradicción debe resolverse, desde luego, por la preferencia de las reglas más concretas y específicas del artículo 814, pero acaso haya que entender también que este nuevo precepto del artículo 831-4º, párrafo 2º, completa o matiza la interpretación de esas reglas del artículo 814. Sin duda el nuevo precepto robustece la valiente interpretación cuasicorrectora que diera López Beltrán de Heredia en 1988 del artículo 814 en su regulación relativa a la preterición no intencional y singular, para reconducirlo a una lógica legitimaria ortodoxa, interpretación de la que he dado cuenta anteriormente.

144 La tesis de la nulidad *ex lege* ha sido defendida por MIQUEL GONZÁLEZ, José María, con argumentos sobre todo históricos que remonta a las Leyes de Toro o a una opinión de Antonio GÓMEZ de 1579, y criticando una interesante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2001 con el siguiente supuesto de hecho. El causante, siendo soltero, hizo testamento en 1939 a favor de sus hermanos, después se casó y tuvo varios hijos. El Notario los declaró herederos abintestato, pero el Registrador denegó la inscripción y la Dirección General confirmó esa calificación del Registrador en el recurso correspondiente. Cfr. *La preterición*, 2003, pp. 5341, y pp. 5376 a 5389. Como dejo insinuado en el texto, y reconociendo no haber estudiado el asunto a fondo, me parece difícil de aceptar la tesis de MIQUEL, porque, pese a los argumentos históricos aducidos por el autor, creo que es difícil de fundar desde los preceptos del Código civil que puedan resultar aplicables a la nulidad de disposiciones testamentarias y de la interpretación que habitualmente se les suele dar, una nulidad absoluta de la disposición testamentaria viciada por preterición no intencional. Piénsese además en un supuesto menos claro que el que propone el autor y en las consecuencias que tendría. Por ejemplo, el causante soltero había acogido en su casa a un sobrino muy querido que salvó la vida en un accidente en el que murieron sus padres y que quedó tetrapléjico a consecuencia del mismo. Nuestro protagonista otorgó testamento dejando todos sus bienes a este sobrino. Luego se casó y tuvo hijos, pero se sabe que no sólo no modificó el testamento sino que intentó convencer a sus hijos para que le firmaran una renuncia a la legítima y a la herencia sin fecha para cuando él muriera y que habría de conservar un hermano suyo de su confianza. ¿Sería lógico en un caso así defender la nulidad *ex lege* del testamento originario?. Incluso para el caso aparentemente muy claro de la Resolución de 2001 piénsese que en todo caso sería seguro que los dos tercios de la herencia corresponderían a los hijos sobrevivientes del causante y ello sería tan claro, que probablemente no necesitarían ni recurrir a un pleito para conseguir su legítima. A poco que el eventual demandado fuera asesorado jurídicamente, no querría oponerse a una demanda como esa, con tantas posibilidades de prosperar.

Me convence también la posición de autores como Peña Bernaldo de Quirós, Rivera Fernández o Espejo Lerdo de Tejada, que han criticado la excesiva complejidad y heterogeneidad del régimen jurídico de la legítima del Código civil según se suele explicar en varios aspectos, como en la gran diferencia de régimen jurídico de las diversas acciones de protección de la legítima y la gran diversidad de opiniones que existe en cuanto a los plazos aplicables a las mismas, lo que genera mucha inseguridad jurídica<sup>145</sup>. Aunque en esto último, y planteada la cuestión *de iure condendo*, no veo claro, incluso partiendo de que en todo caso se debería regular la legítima como un título específico de adquisición sucesoria o clase especial de vocación sucesoria, que conviniera unificar en una sola acción absolutamente toda la protección de la legítima y sometida a un único plazo, sino que consideraría preferible unificar sólo la acción de protección contra lesiones cuantitativas de la legítima, dándole prioridad sobre otras posibles acciones y en una regulación que podría admitir modulaciones o complementos de otras acciones para ciertos supuestos, y tiendo a considerar preferible que existan ciertas distinciones, como reconocer plazos de prescripción más largos a las acciones reales que a las acciones personales que pudieran llegar a existir, en su caso; y plazos de prescripción más largos a las acciones de protección de la llamada intangibilidad cuantitativa de la legítima que a las acciones de protección de la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, si es que esta se decidía mantener en el futuro, lo que encuentro discutible.

Comparto la opinión muy mayoritaria de la doctrina española en el sentido de que la legítima del Código civil es una *pars bonorum* como regla general, aunque con excepciones muy importantes tras las reformas de 1981 y de 2003. No es la legítima, por tanto, ni una *pars valoris*, ni una *pars valoris bonorum*, según defendió en una original teoría Roca Sastre, que se ajusta mal a la legítima del Código civil<sup>146</sup>. Aunque comparto la opinión de muchos autores de que sería deseable reconocer a las acciones de protección de la legítima efectos reales en lo posible, creo que ello tropieza con la dificultad dogmática nada desdeñable de que algunas de las acciones más características de protección de la legítima son, según opinión muy generalizada y de hondas raíces históricas, acciones rescisorias, lo que les proporciona en principio una reipersecutoriedad bastante limitada. También el debilitamiento progresivo que ha sufrido el carácter de *pars bonorum* de la legítima en las reformas legales de 1981 y 2003 hace más difícil articular de modo general y eficaz una eficacia *erga omnes* del derecho del legitimario. El eficaz instrumento de defensa del efecto real de la legítima que representa la mal llamada “mención” –funciona como una verdadera carga real registrada– del artículo 15 de la Ley Hipotecaria es un instrumento de ámbito concreto y limitado, aunque discutido, y sólo puede resolver problemas de eficacia de la legítima frente a subadquirentes en ciertos casos y no en otros muchos, ni en todos los Derechos autonómicos (no en Cataluña,

145 Por ejemplo, PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, Manuel, explica que el carácter de heredero del legitimario le parece clave para conocer el sistema de acciones protectoras de la legítima, porque los autores que no admiten dicha idea, según él, nos arrojan al complejo conglomerado de acciones del Derecho común, producto del aluvión de la historia y que, aparecidas en épocas y con finalidades diversas, se resisten a un tratamiento armónico. Por eso, y porque la doctrina tampoco ha conseguido en definitiva ser respetuosa con los antecedentes históricos, aparece un panorama doctrinal sobre la legítima bastante caótico. Sostiene que el Código es más sencillo y también más justo y práctico que lo que resulta de la atormentada historia del Derecho común. Cfr. *La naturaleza de la legítima*, ADC, 1985, pp.885-886.

146 Para ROCA SASTRE la legítima es prácticamente un derecho real de realización del valor sobre una porción del valor de los bienes del patrimonio del causante medido en el momento de la apertura de la sucesión y que grava el conjunto del patrimonio hereditario. Cfr. *Naturaleza jurídica de la legítima*, en sus *Estudios sobre sucesiones*, Tomo 2º, Madrid, 1981, pp. 35 a 71. Para una breve explicación y también somera crítica de su teoría, cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1973, pp. 24-25.



donde además se había gestado este interesante instrumento jurídico, por ejemplo, desde una reforma por Ley catalana de 9 de abril de 1990).

#### **b) Facultades de defensa de su derecho por el legitimario.**

La doctrina suele reconocer que, aparte de las acciones típicas o más características de protección de la legítima, el instituto está protegido también por un haz de facultades y derechos, con base en el propio Código civil, en la legislación procesal y en la hipotecaria, que son, en conjunto, muy importantes para mantener la efectividad del derecho del legitimario. Como acertadamente se ha señalado en nuestro Derecho civil común el caudal hereditario está afecto al cumplimiento de la legítima y esa afección está en la base de la posible reipersecutoriedad de las acciones de defensa de la legítima<sup>147</sup>, y además, esa afección y el conjunto de facultades y derechos del legitimario en la que la misma se concreta muestran bien cómo es preferible una visión en positivo de la legítima como derecho subjetivo y como título sucesorio específico, mejor que no la extendida noción doctrinal de la legítima como mero freno a la libertad de disposición del testador<sup>148</sup>. Muchas de estas facultades y derechos aludidos son, por supuesto, discutidos en su alcance o incluso, en algunos casos, en su misma existencia, por la doctrina o por la jurisprudencia. Enumero, respecto del Código civil, algunos de estos derechos o facultades, que caracterizan también, junto a las acciones típicas de defensa de la legítima, el conjunto del régimen jurídico de ésta<sup>149</sup>.

Se ha defendido, admitiéndose por algunos excepciones, la participación del legitimario, aunque no sea heredero, en la entrega de legados, teniendo que autorizarla (cfr. art. 885 del Código civil) si no se ha hecho aún la liquidación de la herencia o, en caso de que ya se haya hecho, si lo atribuido a los legitimarios resulta insuficiente. Se ha defendido también que, en beneficio de la legítima, cuando toda la herencia se haya distribuido en legados hay que conservar unido el caudal hasta la liquidación de la herencia. Se ha defendido también que, como el legitimario tiene que poder controlar los cálculos para precisar su derecho, debe estar facultado para presenciar la partición de la herencia, y aun para llegar a oponerse a la partición (pueden hacerlo los acreedores según el artículo 1082 del Código), y ello, incluso en casos de heredero único o de ausencia de heredero porque conviene aplicar también en dichos supuestos las reglas de la comunidad hereditaria (acaso también analogía con art. 1083 del Código). Se ha defendido, con base sobre todo en el artículo 1056, párrafo 1º, del Código civil, que debería acreditarse previamente que no hay lesión en la legítima incluso en casos de partición del testador antes de ejecutar la partición. Se ha defendido el derecho del legitimario a

147 Cfr. la explicación del profesor LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 27 y 28.

148 Así lo afirma ESPEJO LERDO de TEJADA, quien afirma también muy expresivamente que la legítima, por la afección del caudal que existe en garantía de la misma, implica límites efectivamente actuales y no meramente potenciales. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pg. 332.

149 Me inspiraré para la somera explicación de ello que realizo en el texto, una vez más, en la bien argumentada y sugerente explicación que hace de esta cuestión ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, en *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 309 a 333. Poco antes de reformarse la LEC, LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen, recogía algunas de estas mismas facultades del legitimario que se mencionarán en el texto, acogándose, con razón, a la "doctrina mayoritaria". Cfr. la obra colectiva coordinada por CAPILLA RONCERO, Francisco, *Derecho civil. Derecho de sucesiones.*, Valencia, 1999, pg. 378 para la afirmación mencionada y pp. anteriores y siguientes para la explicación mencionada. Podría decirse que en las antípodas del pensamiento del profesor ESPEJO está el de GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, quien, creo que menos razonablemente, tiende casi a reducir la posible defensa del legitimario a meras acciones judiciales y se llega a mostrar crítico con preceptos de la Ley Hipotecaria que han procurado la protección del derecho de los legitimarios. Cfr. *La legítima en el Código civil*, 2ª edición, 2006, pp. 120 a 143, y en particular 128 y siguientes.

participar en la gestión del caudal como un comunero más y que sea preciso su consentimiento para la enajenación de bienes pertenecientes a la comunidad hereditaria. Se ha defendido que de las operaciones particionales de la herencia, aquellas que conduzcan a la determinación de su derecho, podrá pedir las en los términos en que lo haría cualquier otro heredero. Se ha defendido que el testador no debe poder imponer al legitimario la indivisión durante un tiempo determinado (art. 813 del Código civil), salvo acaso por la vía del establecimiento de opciones o cautelas de opción compensatorias de la legítima. Se ha defendido, discutiéndose para los casos de partición por el testador, que el legitimario pueda incoar el juicio de testamentaría y de abintestato, bajo la LEC de 1881 (arts 1038-4º y 1039, y jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina prácticamente unánime), lo que conviene mucho entender que sigue igual bajo la LEC de 2000, aunque lamentablemente no lo haya especificado expresamente el legislador (art. 782-1º). Se ha defendido también que sea aplicable al legitimario la posesión civilísima del artículo 440 del Código civil, con las consecuencias de que habría de tener los interdictos de retener, de recobrar, y de adquirir, y con la facultad, en su caso, de adquirir la tenencia de bienes sin permiso de nadie.

Otro grupo de facultades y derechos del legitimario provienen más directamente de la legislación hipotecaria. Con base en la misma se han defendido doctrinalmente diversas facultades del legitimario. Por ejemplo, la posibilidad de anotar preventivamente la demanda (art. 42-1º de la LH) dirigida a un ejercicio de una acción de petición de herencia o al ejercicio de una acción de suplemento de la legítima. O que esté impedida la inscribibilidad de la partición de bienes otorgada por los coherederos (o, incluso, el contador o el causante) a menos que se mencionen los derechos de los legitimarios<sup>150</sup>. Véanse artículo 14, párrafo 3º, y artículo 15 de la Ley hipotecaria<sup>151</sup>, dictado el último para los que denomina legitimarios de parte alícuota en ciertos casos en que no puede promover el juicio de testamentaría, y los artículos 80 a 88 del Reglamento hipotecario. Véase también el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, que, en beneficio del posible ejercicio de acciones judiciales por los legitimarios en relación a bienes inmuebles frente a herederos o legatarios inscritos en el Registro de la Propiedad retrasa por dos años la eficacia de la fe pública registral de dichas inscripciones.

Muchas de estas (posibles) facultades y derechos del legitimario se inspiran en la razonable idea<sup>152</sup> de que no parece acertado dejar la protección de la legítima sólo para después de la adjudicación de los bienes en la partición so pretexto de que, estando o quedando lesionada la legítima con dicha adjudicación, ya tendrá de todas maneras el legitimario acciones judiciales de defensa de la legítima. Es mejor pensar en evitar en lo posible esos eventuales perjuicios a la legítima sin necesidad de tener que recurrir a un juicio, y considerar que la protección de la legítima aconseja considerar como existente una cierta comunidad hereditaria, aunque no se trate de la comunidad hereditaria en sentido estricto, porque determinadas situaciones jurídicas relacionadas con la legítima

150 Cfr. la explicación en cuanto a ambos problemas del profesor LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, 1973, pp. 137 a 139.

151 Sobre la interesante historia de este precepto hipotecario, que se inspira en la idea de ROCA SASTRE de que la legítima es una "*pars valoris bonorum*", y que se introdujo en la Ley en la reforma de 1944-1946, acogiendo la práctica registral realizada de oficio por los registradores para no dejar desprotegidas las legítimas y siempre que en los títulos presentados a inscripción hubiese alusiones o referencias que pudieran permitirles conocer la existencia de tales legítimas, así como sobre su muy complejo régimen jurídico, véase ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, Tomo VI, Barcelona, 1997, pp. 1 a 49.

152 Cfr. en tal sentido ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, en *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 321-322.

gravitan sobre el conjunto hereditario. E incluso en un análisis más general y profundo se ha señalado también<sup>153</sup> una considerable similitud entre la posición jurídica del heredero y la del legitimario y se ha reivindicado cierta creciente utilidad a la expresión “heredero forzoso” del Código civil, siempre que no se tome la misma al pie de la letra, porque en la doctrina actual son muy pocos los que niegan que la legítima se pueda cumplir por cualquier título y no sólo por título de heredero. Y en esto la opinión aplastantemente mayoritaria sí que parece tener razón, por mucho que este reconocimiento doctrinal nos ponga ante un régimen jurídico de la legítima mucho más complejo técnicamente del que sería de desear.

## **B) El derecho del legitimario y sus facultades de defensa en el Derecho aragones.**

### **a) Antecedentes doctrinales y naturaleza de la legítima aragonesa.**

En los cuatro trabajos que publicó el profesor Lacruz entre 1967 y 1969 sobre la legítima aragonesa hizo un cuidadoso y penetrante análisis exegético de los preceptos de la Compilación relativos a la legítima, pero eludió cuidadosamente también, en la medida de lo posible, y creo que por un designio muy medido y luego respetado escrupulosamente, toda reflexión teórica sobre la naturaleza de la legítima aragonesa, o sobre la naturaleza de las acciones establecidas en la Compilación para defenderla, o sobre los plazos de dichas acciones, o incluso, aunque sobre esto hiciera algunas afirmaciones, sobre el haz de facultades y derechos que acompañan a la legítima y que tenían apoyo en diversos preceptos supletorios del Código civil o en la LEC o en la legislación hipotecaria, etc. Sólo reflexionó sobre si la legítima aragonesa era o no una *pars bonorum*, concluyendo que sí<sup>154</sup>; sobre si era necesario o no que se nombrase heredero por el disponente a uno cualquiera de los varios legitimarios existentes, concluyendo, con cierto esfuerzo interpretativo y no rotunda seguridad, que no<sup>155</sup>; e hizo una afirmación de pasada en la que reconocía el carácter de derecho real de su derecho directo al legitimario cuando su derecho se concretase en cosas concretas<sup>156</sup>.

Creo que se puede afirmar que no abordó el maestro, muy conscientemente, la ardua y complejísima tarea de ensamblar la reflexión sobre los preceptos de la Compilación relativos a la legítima con el conjunto del Derecho general español que le resultaba de aplicación también y con una reflexión en profundidad sobre los aspectos más teóricos del régimen jurídico de la legítima aragonesa. Algunos años después, en 1973, el profesor Lacruz publicó el segundo volumen de su *Derecho de sucesiones*, y en el mismo, abordó en relación con el Código civil, el estudio de la legítima con amplia extensión y tendencial plenitud y, como es de todos sabido, con gran profundidad teórica y riqueza de cuestiones y reflexiones, completando 217 densas páginas de exposición que, según es generalmente reconocido, están todavía entre las mejores páginas dedicadas a la legítima en el Derecho del Código civil. Sobre los Derechos forales se limitó a dar una visión resumidísima en unas muy pocas páginas de esas 217 dedicadas a la legítima, visión que tampoco carece de alguna utilidad.

153 Cfr. ESPEJO LERDO de TEJADA, en *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 357 a 363.

154 Cfr. del maestro *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pp. 515 a 517.

155 Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pp. 512 a 514.

156 Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pg. 515.

Esa labor de ensamblaje de la regulación de la Compilación aragonesa con el conjunto del resto del Derecho general que le resultaba supletoriamente aplicable, era una labor –como objeto de estudio riguroso, ya se entiende– muy amplia y difícil, porque no se trataba de traer simplemente en bloque todo el Derecho general sobre la legítima como supletorio a Aragón, sino de una tarea delicada de interpretación de muchas normas en muchos casos sumamente complejas y difíciles, tanto del Derecho general, y dentro de éste también reglas procesales e hipotecarias, como las propias normas aragonesas, y de su compleja integración o ensamblaje.

Esa tarea que no hizo el profesor Lacruz, tampoco nadie la ha hecho después y desde luego tampoco se va a hacer en serio en el presente trabajo. Tampoco abordó esa tarea, en particular, Vallet de Goytisolo, a pesar de que en su libros hace extensas referencias al Derecho aragonés de la Compilación de 1967, siguiendo casi siempre explícitamente al profesor Lacruz, pero sin ir nunca más allá de lo que éste dejó explicado. Esa tarea doctrinal o interpretativa pendiente requiere una extensa y sólida monografía y acaso años de trabajo de un jurista con amplio bagaje y dedicación. En este trabajo se van a hacer sólo algunas afirmaciones y sugerencias. Ni siquiera un esbozo de lo que debería ser ese aludido (y necesario, por otra parte) estudio monográfico de la cuestión. Esta pequeña información sobre la obra de Lacruz referida a la legítima aragonesa creo que interesaba hacerla aquí para poder transmitir a los profesionales del Derecho aragoneses y a los juristas en general que puedan leer el presente trabajo, la necesaria consciencia de la seria inferioridad en que nos encontramos los juristas aragoneses en el momento actual respecto de los del Derecho general español, que sí cuentan con abundante doctrina y jurisprudencia sobre la legítima del Código civil tanto en sus aspectos teóricos como en los más concretos o procedimentales, y doctrina y jurisprudencia en buena parte de buena calidad y en algunos casos de excelente calidad.

Personalmente, y también de forma por completo deliberada e inspirada por la prudencia, dejé de abordar en mi trabajo sobre la legítima aragonesa de 1997, en la medida de lo posible, los aspectos más teóricos y complejos del régimen jurídico de la legítima, como su naturaleza o su posible eficacia jurídico real o los plazos de las diversas acciones y su cómputo, etc., y aspectos que obligaban a estudiar una gran cantidad de doctrina sobre el Derecho general español de dificultad muy considerable. Redacté en 1997, como mi maestro, y siguiéndole en sus concepciones profundas y en muchas de sus explicaciones más pormenorizadas, y contando desde luego ya entonces con su estupendo *Derecho de sucesiones* de 1973, un trabajo, algo peculiar por su densidad acaso excesiva y su falta de notas, más bien sólo exegético y descriptivo de la regulación de la legítima aragonesa en la Compilación.

Aun así, defendí que, al menos en ciertos casos, la legítima actuaba en la Compilación como supuestos de vocación sucesoria específica o *tertium genus* de adquisición sucesoria; defendí que la legítima aragonesa era una *pars valoris*; defendí el carácter rescisorio de la acción de reducción de liberalidades inoficiosas en defensa de la legítima (art. 124) y el mismo carácter respecto de las acciones del preterido y del injustamente desheredado (artículo 123); propugné que no se introdujera con carácter general en el Derecho aragonés la distinción entre preterición intencional y no intencional; y procuré poner de manifiesto las claves del sistema legal y el aspecto de derecho subjetivo del legitimario inmediato (único legitimario con derechos legales en el régimen legal de la Compilación) señalando la conexión profunda entre todas las acciones de los artículos 124 y 123; procurando dar una explicación de la prohibición de gravámenes del artículo 125 que fuera coherente con el núcleo de ese derecho subjetivo del legitimario inme-

diato, y finalmente, procurando reconducir la interpretación del artículo 121 sobre el derecho de alimentos a alguna forma de coherencia con su naturaleza aparentemente sucesoria o legitimaria, sosteniendo para ello, algo forzosamente, que los alimentos se pusieran a cargo de la legítima percibida o distribuida<sup>157</sup>.

En relación con la vigente Ley aragonesa de sucesiones de 1999, que es lo que directamente interesa aquí, voy a ratificar de nuevo la interpretación según la cual la legítima es mejor pensar que es un derecho subjetivo que no un mero freno a la libertad de disponer por causa de muerte; voy a defender también en relación a la LS, como he hecho ya para el Código civil, la posición muy minoritaria en la doctrina del Código civil de que la legítima aragonesa puede concebirse también como una forma de vocación legal sucesoria específica o *tertium genus*, como regla general; y finalmente haré algunas consideraciones sobre sólo algunos de los derechos o facultades de ese haz de los mismos que, conforme al Derecho general español, suele acompañar o caracterizar el título jurídico del legitimario y sobre cómo ha incidido en ellos la LS..

Por supuesto, la idea tradicional de que la legítima es un límite o freno a la libertad de disposición por causa de muerte aparece no sólo en el Preámbulo de la LS (cfr. apartado II) sino reiteradamente en la propia LS, relacionando la libertad del disponente incluso con la regla "*standum est chartae*" (artículos 3 y 149-1º y 2º). Estos preceptos incluso citan la legítima como único límite al disponente, lo cual no puede tomarse al pie de la letra, puesto que también el disponente puede tener otros límites como la existencia de consorcio si él es consorte, por ejemplo (arts. 58 y ss.; ciertos límites en la sucesión de una explotación agrícola; etc.). Considero más exacto, por ello, al artículo 150-2º de la LS que afirma que para que se tengan que cumplir las disposiciones paccionadas o testamentarias éstas tendrán que haberse hecho "*con arreglo a las leyes*", amplia y precisa expresión que puede entenderse referida tanto a las exigencias formales de los negocios dispositivos por causa de muerte, como a efectivos límites sustantivos a la disposición que pongan las leyes y límites posiblemente distintos de la legítima.

Pero ello no obsta a que el legitimario de grado preferente sea titular, en la LS, tras la apertura de la sucesión, de un derecho subjetivo incluso con posible trascendencia jurídico real, como luego explicaré. Antes de la apertura de la sucesión el legitimario de grado preferente tiene sólo una expectativa de hacerse legitimario, aunque expectativa muy sólida o robusta, que tiene cierta relevancia familiar y configura un tanto las relaciones dentro de la familia ya antes de la apertura de la sucesión. Antes de la apertura de la sucesión podríamos referirnos a unas cuotas legales "vacías" que, siendo varios los colegitimarios, desde la apertura de la sucesión, para cada uno de ellos, o quedarán extinguidas si la legítima se cumple en otros y no se les atribuye nada a ellos, o se convertirán en cuotas "llenas", si se han llenado suficientemente con las atribuciones del disponente en el título sucesorio, o serán "cuotas vacías" sólo provisionalmente, porque, en tanto que acciones judiciales en las que encarna un derecho a una cuota, en principio, del total de la legítima, estarán destinadas a llenarse precisamente mediante el ejercicio de esas acciones judiciales, plegándose o no luego los interesados demandables a la pretensión del legitimario. La expectativa de hacerse legitimario preferente no es transmi-

157 El índice del trabajo permite localizar fácilmente algunas de las afirmaciones que relaciono en el texto. Por ayudar al lector interesado señalaré que la idea de la legítima como *tertium genus*, al menos en ciertos casos, la señalé en las pp. 46, 16 y 40; que la legítima podía considerarse como *pars valoris* en las pp. 56 a 61; el carácter rescisorio de las acciones de los artículos 124 y 123 en las pp. 28 y 34; para mi crítica a traer al Derecho aragonés la distinción entre preterición intencional y no intencional véanse pp. 28 a 32; y para la idea de que el legitimario inmediato tenía un derecho subjetivo y que había una cierta conexión profunda en las diversas cuotas legales que la Compilación le autorizaba a reclamar, véanse las pp. 35, 40, 44 y ss., 46, 54, 35 y 51.

sible antes de la apertura de la sucesión, pero se hace transmisible tras el referido momento hayan quedado las cuotas de legítima “llenas” o provisionalmente “vacías”. Los legitimarios de grado no preferente no tienen en principio un derecho subjetivo legal y sí un mero título que les habilita, sobre todo, para recibir más bienes del disponente que otras personas, puesto que podrán recibir del disponente como cualquier otra persona hasta el total de la mitad libre de disposición, pero además también hasta el total de la mitad del caudal base de la legítima (o sea, el total de la legítima). Y si reciben bienes del disponente, parece que su título estará igual de reforzado por la ley, en tanto que legitimarios, que el de los legitimarios de grado preferente que también hayan recibido atribuciones del disponente. En fin, en cuanto a esto me remito aquí a la distinción entre legitimarios de grado preferente y de grado no preferente que he comentado anteriormente.

Conviene recordar también que la LS no recoge la expresión legal profusamente utilizada por el Código civil, y últimamente un tanto revalorizada por un sector autorizado de la doctrina, de “*herederos forzosos*”. No cabe plantear bajo la LS la duda de si el legitimario tiene que ser o no necesariamente heredero. El artículo 172 es claro al establecer que la legítima puede “*atribuirse por cualquier título lucrativo*”; y que la existencia de legitimarios no impide al disponente “*instituir de forma clara y explícita, heredero a un extraño*”. El que la LS haya acogido expresamente estas concepciones, que es cierto que eran casi unánimes en su aceptación por la doctrina, clarifica por un lado para el Derecho aragonés una cuestión que ha provocado muchas dudas en la doctrina del Código civil, pero debilita un tanto por otro lado, en realidad, a la legítima aragonesa, porque en muchas situaciones conflictivas de la vida real es conveniente proporcionar al legitimario una posición jurídica lo más próxima posible a la de un heredero. El problema es que el Código civil con mucha frecuencia presupone que los legitimarios serán herederos designados, o incluso que serán designados albaceas (arg. art. 900), pero al regular muchos aspectos de la partición de la herencia, del albaceazgo, o de otros temas, no incluye ni menciona expresamente a los legitimarios, acaso por contemplarlos como “*herederos forzosos*”. De modo que al enfatizar la LS respecto del Código civil la diferencia indudable entre legitimario y heredero, y como todavía es mucha la regulación del Código civil que resulta supletoriamente aplicable en Aragón al fenómeno de la sucesión por causa de muerte parece haber producido la LS un debilitamiento general de las facultades de defensa de su derecho por parte del legitimario de grado preferente.

Cuando ante un problema concreto de facultades de defensa del derecho del legitimario preferente en el Derecho aragonés, interese mucho aproximar la posición del mero legitimario no designado heredero por el disponente a la posición de un heredero, para alcanzar una solución razonable o más justa o para robustecer la posición jurídica del legitimario (interese a un órgano judicial, por ejemplo, en el ejercicio de su jurisdicción), la vía de argumentación mejor que se me ocurre, desde luego forzada, es la del artículo 151-3º de la LS, que establece que “*el llamado a una cuota de la herencia será considerado heredero*” y el llamado a cosa determinada, legatario, salvo que otra sea la voluntad del causante. La vía de argumentación sería forzada porque, aparte del contenido del artículo 172 ya recordado, es claro que el artículo 151-3º está pensando sólo en declaraciones de voluntad de un disponente, como demuestra su propia letra y los rútilos del artículo, del capítulo y del título correspondientes, y es entonces forzado referirlo al llamado a una sucesión por la ley, como es el legitimario de nuestra hipótesis; y además se refiere el artículo 151-3º a una cuota de la herencia y no a una cuota de la legítima que es lo que reconocen al legitimario la mayoría de las acciones de defensa de la legítima

de la LS. Por tanto, el recurso que cierta doctrina autorizada del Código civil viene haciendo al término “*heredero forzoso*”, y a argumentaciones paralelas a esa que el término sugiere, hay que considerarlo más bien cegado en el sistema legitimario aragonés. Con todo, el argumento sugerido podría acaso prestar alguna utilidad o presentar menor dificultad en su aplicación cuando las acciones de protección de la legítima las relacione el legislador con una cuota de la herencia o del caudal relicto, y no con una cuota de legítima, como en los párrafos 1º y 2º del artículo 193, por ejemplo, o acaso también –más forzosamente esto– en supuestos concretos en los que, por no constar la existencia de *donatum*, cuota de la herencia y cuota de la legítima sean formulaciones asimilables.

La LS ha puesto más difícil todavía que en el Código la tesis que aquí se sostiene de que la legítima sea una clase especial de vocación sucesoria basada en normas imperativas, o un *tertium genus*, como regla general<sup>158</sup>. Sin embargo voy a defender en este trabajo que la legítima aragonesa es también, como he sostenido para el Código civil, una clase especial de vocación sucesoria legal y forzosa, distinta de la sucesión voluntaria y de la sucesión legal, sólo que con más excepciones que las que tiene esta regla general en el Código civil.

Veamos primero los serios obstáculos que se oponen a la explicación de esa naturaleza de la legítima como título sucesorio y adquisitivo específico.

En primer lugar, según la LS, la sucesión se defiende por pacto, por testamento o por “*disposición de ley*” (art. 2-1º), precepto que, aparte la mención lógica del pacto sucesorio, no parece querer expresar nada distinto del artículo 658 del Código civil, que clasifica la sucesión en testamentaria (voluntaria) y legítima (legal, parece, en principio, trasladando el término al Derecho aragonés). La misma bifurcación general parece presuponer el artículo 201 de la LS, que establece que en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal. Y el artículo 4-2º establece que los sucesores por causa de muerte pueden ser herederos, legatarios o “*sucesores a título particular por disposición legal*”. Esta última expresión, que parece se pensó simplemente para aludir al recobro de liberalidades<sup>159</sup>, viene a reforzar en cierto

158 SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, se muestra crítico en teoría con la interpretación de la legítima como *tertium genus*, incluso con cierta radicalidad, puesto que afirma que la legítima “*nunca*” es título sucesorio, y sin embargo da una definición de legítima, creo que bastante acertada, en la que señala que la legítima es una cuota atribuida por la ley (convendría añadir, preciso yo, por la ley imperativa) sobre el patrimonio del causante a los legitimarios que quedan al tiempo del fallecimiento del causante, considerando que los efectos de esa cuota son genéricamente la posible ineficacia de los contrarios actos dispositivos entre vivos o por causa de muerte del disponente una vez que éste fallezca, y considerando errónea o inexacta la afirmación del artículo 149-2º de la LS que parecería aludir a un verdadero límite a la facultad de disponer en vida del disponente. Afirmaciones todas ciertas y que encajan mucho mejor con la idea de quienes creemos que la legítima es un modo de vocación sucesorio específico que con los que creen que la legítima es un mero freno a la libertad del disponente. Cfr. *Manual de Derecho aragonés*, 2006, pp. 568-569. También se ha posicionado frente a la idea de la legítima como *tertium genus*, aunque sin entrar a argumentar, RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pg. 36. LASIERRA GÓMEZ, Ignacio, sostiene, en cambio, que la legítima funciona como *tertium genus* sólo en algunos casos. Cfr. *La legítima en el Derecho civil aragonés*, Cuadernos LACRUZ BERDEJO, nº1, 2004, epígrafe 3º.

159 Cfr. en tal sentido la afirmación de SERRANO GARCÍA, José Antonio, que es la persona a quien se encargó la redacción inicial de las “*Disposiciones generales*” con las que se abre la LS (arts. 1 a 9), en el libro *Ley de sucesiones. Comentarios breves*, del que son autores los mismos autores del anteproyecto de la LS de 1999, Librería General, Zaragoza, 1999, pp.18 a 21. Pero la frase legal del artículo 4-2º de la LS transcrita en el texto plantea problemas mucho más allá del supuesto del recobro de liberalidades del artículo 209 de la LS. Cabe plantear si en la sucesión troncal de los artículos 211 y siguientes la sucesión es siempre universal o puede ser en casos también a título particular. Cabría plantear también si se incluyen aquí los bienes integrantes del ajuar (la mitad correspondiente) que detrae el cónyuge superviviente al liquidar el consorcio por fallecimiento del otro cónyuge. Cfr. art. 84-2º de la Ley 2/2003 sobre régimen económico matrimonial y viudedad. Cabría plantear también si el artículo 68 de la LS excluye absolutamente la aplicabilidad supletoria del artículo 620 del Código civil, que según algunos permite mantener la vigencia en el Derecho español de una figura mixta del Derecho intermedio de donación *mortis causa*, etc.

modo, por interpretación "*a sensu contrario*", la idea muy extendida en la mayoría de la doctrina de que la legítima, que representa normalmente derecho a una cuota de un patrimonio, no puede ser una forma específica de suceder a título universal y por disposición de ley.

En segundo lugar, la idea de la legítima como *tertium genus* está íntimamente relacionada con la naturaleza habitualmente imperativa de las normas que la regulan, y en la LS, por una parte, se ha debilitado un tanto la imperatividad de dichas normas en diversas cuestiones importantes (cfr. por ejemplo, artículos 179-1º; 180-1º; 193-1º; etc); y por otra parte, han aumentado, tanto en comparación con la regulación de la Compilación de 1967 como en comparación con el Código civil, el número de las acciones de protección de la legítima que parecen pensar en la nulidad (no en rescisión) de disposiciones negociales por causa de muerte y en la consiguiente apertura de la sucesión intestada. Esto último nos llevaría a la idea de que, incluso aceptando la legítima como forma genérica de vocación sucesoria específica, no habría más remedio que aceptar que la regla general tendría muchas excepciones, lo que no dejaría de debilitar la idea en sí misma en cualquier caso.

En tercer lugar, dificulta también la idea que aquí se quiere sostener sobre la naturaleza de la legítima, la seguridad de que no resulta aplicable en Aragón supletoriamente el nuevo artículo 831 del Código civil, en su nueva versión introducida por la ley 41/2003, y artículo que en algunos de sus preceptos parece haber aportado un importante refuerzo a la tesis de la legítima como *tertium genus* para el Código civil, puesto que en definitiva en Aragón tenemos una fiducia sucesoria muchísimo más amplia que la del nuevo artículo 831 del Código, lo que no deja ningún resquicio a la aplicabilidad supletoria de ese artículo ni de ninguno de sus preceptos. Y es evidente que la naturaleza de la legítima aragonesa hay que discurrirla o construirla a partir de las concretas normas legales aragonesas.

Veamos ahora los argumentos en los que voy a apoyarme para sostener que la legítima aragonesa puede todavía considerarse, en cuanto al legitimario de grado preferente, como una forma específica de vocación sucesoria diferente de la sucesión voluntaria y de la sucesión legal en el Derecho aragonés.

En primer lugar, un argumento histórico. El muy razonable sistema de acciones de defensa de la legítima ideado para el Derecho aragonés por el legislador en 1925 y 1967 creo que se ajustaba bastante bien a la idea de que la legítima puede funcionar como una forma específica de vocación sucesoria, puesto que tanto para la acción de reducción de liberalidades testamentarias o de donaciones, e incluso para la protección del preterido o del injustamente desheredado, el sistema era siempre o casi siempre bien el de reducción de liberalidades inoficiosas, con técnicas probablemente sólo rescisorias, bien el de reclamaciones de cuotas de legítima forzando reajustes internos en la distribución de la legítima derivada del título sucesorio y respaldando esos reajustes o impugnaciones siempre la fuerza legal de normas imperativas. Ese sistema prescindió de forma algo tímida en 1925, pero ya francamente de forma decidida en 1967, de la mediación del recurso habitual en el Código civil de la apertura de la sucesión intestada para que los legitimarios pudieran acceder a sus cuotas de legítima. De modo que como he explicado al referirme a la naturaleza de la legítima en el Código civil, el Derecho aragonés puede considerarse un poco precursor del sentido profundo que ha inspirado en el Derecho general las reformas del Código civil de 1981 sobre la preterición y de 2003 con nuevos preceptos sobre legítima en materia de fiducia sucesoria. Sentido profundo de la



reforma que es allí, en mi opinión, el de poner cada vez más de manifiesto que la legítima es una forma de vocación sucesoria específica.

Pues bien, aunque esos esquemas legales se han enturbiado bastante en la nueva regulación de la LS, no parece que el legislador de 1999 haya querido plantearse un cambio de la naturaleza de la legítima aragonesa y en el Preámbulo de la ley más bien proclama con bastante rotundidad un propósito continuista en lo esencial. En el Apartado VIII del Preámbulo afirma que: *“Se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer y una pormenorizada regulación que evite la injerencia de normas del Código civil que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto”*. Y el apartado II del Preámbulo explica que *“el orden de los Títulos II a VII sigue el de la preferencia de los modos de delación”* y continúa explicando la sistemática de la Ley, en la que se dedican, tras un Título para las sucesiones en general, cuatro títulos a las diversas formas de sucesión voluntaria y a normas comunes a todas ellas, un Título a la legítima y otro Título final a la sucesión legal. De modo que incluso parece afirmar literalmente el Preámbulo de la LS, aunque en una explicación de varias líneas e interrumpida por un punto y aparte y por varios puntos y seguido, lo que sin duda resta fuerza al argumento, que la legítima sería uno de los *“modos de delación”*.

Vayamos ahora a los datos del Derecho positivo. A los artículos que parecen pensar en una mera bifurcación como modos de *“delación”* de la sucesión (arts. 2; 201 y 4-2º de la LS), podríamos oponerles el mismo argumento que opuso el profesor Lacruz en 1973<sup>160</sup> a quienes defendían para el Código civil la misma bifurcación desde los artículos 609, 658, 764 y 912-2º, aunque el maestro aducía el argumento a los más limitados efectos de defender que la legítima funcionaba como vocación sucesoria específica sólo en ciertos casos particulares (pero muy importantes). El que no figurasen esos supuestos de adquisición de la legítima directamente por ley en las enumeraciones de esos preceptos muy generales no significaba, como argumentaba Lacruz, que efectivamente en esos casos no sucediese la adquisición de la legítima por ley y por modo distinto de la sucesión testada o intestada. Y añadía que acaso esas adquisiciones directamente basadas en la ley podían incardinarse en las adquisiciones por ley que se mencionan en el párrafo 2º del artículo 609 del Código civil<sup>161</sup>. Además de ello, hoy podemos afirmar respecto de la bifurcación de modos de adquirir la sucesión que, como ha puesto convincentemente de manifiesto la monografía de 1996 del profesor Espejo Lerdo de Tejada repetidamente citada en este trabajo, es erróneo y desorientador el criterio tradicional que vincula la legítima sólo con la sucesión voluntaria (legítima como freno a la sucesión voluntaria), siendo cierto que la legítima tiene complejas relaciones e implicaciones también con la sucesión intestada, por lo que merece un (tercer) puesto propio en la sistemática general del Derecho de sucesiones. La argumentación de este autor me parece sustancialmente trasladable al Derecho aragonés a estos efectos.

De modo que si se parte de una concepción tan general como la de que la legítima es un modo de vocación sucesoria específico, parece que al final esos preceptos que la ignoran como tal tampoco son en definitiva una barrera infranqueable en sentido de la interpretación del sistema legal de la legítima de nuestra LS. Lo que hay que hacer es encajar nuestra concepción en ese sistema legal.

160 Cfr, esa explicación de LACRUZ, en su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pg. 35.

161 Contra la utilización en esta polémica del artículo 609-2º del Código civil ha argumentado recientemente, de forma que no me resulta convincente, GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, en *La legítima en el Código civil*, 2ª Edición, 2006, pp. 134-135.

En cuanto al artículo 2-1º de la LS habría, en principio dos posibilidades interpretativas, Primera: entender que en la expresión legal “*por disposición de ley*” pueden integrarse tanto la sucesión legal o intestada como la legítima como vocación sucesoria legal y específica. Las regulaciones de los artículos 29-2º y 177-3º de la LS, relativas respectivamente a la renuncia a la sucesión legal y a la renuncia a la sucesión legitimaria como cuestiones en parte diferentes y en parte comunes podrían constituir un apoyo indirecto a esta primera tesis. Segunda: entender que la bifurcación se refiere sólo a modos de “*delación*” de la herencia o legado, lo que en toda la LS se relaciona siempre con la regulación de la aceptación o repudiación, derecho de transmisión, interpelación y, en general, preceptos pensados todos para precisar cuándo el fenómeno sucesorio desemboca o no en la sucesión intestada desde la voluntaria y cómo lo hace, en su caso.

Pero la legítima no es un caso de “*delación*” legal, al menos tal como la concibe a ésta la LS (cfr. sobre todo art. 27-1º y los siguientes artículos en general), sino un caso, usando la terminología que muy conscientemente usó el profesor Lacruz en 1973, al defender que en ciertos casos la legítima era un “*tertium genus*”, un caso de “*vocación*” sucesoria legal y específica, lo que representa sólo llamamiento a la sucesión pero no estrictamente ofrecimiento por la ley de la sucesión en el sentido indicado<sup>162</sup>. Los derechos a la sucesión los adquiere en el Derecho aragonés el legitimario de grado preferente a la apertura de la sucesión del causante y por el mero hecho de ser legitimario de esa clase en el momento de la apertura de la sucesión. Ese es meramente el supuesto de hecho adquisitivo de la legítima y suficiente para la adquisición del legitimario preferente. Esta es la interpretación que considero preferible de las dos expuestas<sup>163</sup>.

El concepto de “*delación*” de la LS, que el legislador aragonés contrapone al de “*llamamiento*” más que al de “*vocación*”, situando siempre al parecer rígidamente el “*llamamiento*” en el momento de la apertura de la sucesión, no es el tradicional de la doctrina de inspiración romanista desde el punto de vista de su ámbito, al haberse extendido en la LS a los legados, y ya se ha advertido que el legislador aragonés de 1999 ha hecho uso y abuso de dicho concepto, al desplazar en demasiadas ocasiones a la noción más esencial de apertura de la sucesión, y hasta al incrustarlo forzosamente este concepto de delación en preceptos a los que empuja a soluciones poco razonables. Sí se corresponde,

162 Los conceptos de vocación y de delación no son, desde luego, pacíficos en la doctrina, pero cuando la ley los acoge, habrá que discurrirlos respecto de cada concreto sistema legal y para sus concretas normas. Cfr. sobre ambos básicos conceptos LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Tomo 1º, 1971, pp. 51 a 54; y VALLET de GOYTISOLO, Juan B., quien por cierto considera idea antirromanista relacionar la delación con los legados como hace nuestra LS, *Panorama de Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1984, pp.13 a 17, entre otras.

163 De modo que creo que podría ser útil y propongo, por tanto, extender el término “*vocación*” a la legítima para la vigente LS aragonesa, y aun para el Código civil como hiciera en parte LACRUZ, aunque este término no lo use la LS y aunque LACRUZ lo usara en ese sentido sólo para ciertos casos y no como regla general, y no hiciera el maestro alusiones a la adquisición legitimaria como *tertium genus* al explicar las etapas de adquisición de la herencia, ni en la edición de su *Derecho de sucesiones* de 1971-1973 ni en ninguna de las ediciones posteriores. En la primera de esas ediciones refería, siguiendo una doctrina que se recibió en nuestro país el pasado siglo desde Italia y Alemania, la vocación y la delación sólo a la herencia; aceptaba que podía hablarse de una vocación retardada en casos de herencias con condición suspensiva o resolutoria; y reconocía para los legados, a los que no aplicaba esas nociones de vocación y delación, que ciertas reglas sobre la aceptación o repudiación de la herencia son aplicables a la adquisición del legado “*por analogía*”. Dentro de esta misma tradición de inspiración romanista y para el Derecho italiano de sucesiones, bastante distinto del nuestro, explicaba las nociones de vocación y delación CICU, Antonio, advirtiendo expresamente de que no hay delación en el legado, porque para el bien sobre el que recae el mismo no se da la necesidad de proveer a la suerte o destino que sigue al desaparecer el sujeto, porque a ella se ha proveído en todo caso con la delación al heredero. Cfr. del profesor LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Tomo 1º, 1971, pp.52 a 54, 548 y ss., y 553 y ss; y Tomo 2º, 1973, pp.33 a 37. Y también CICU, Antonio, *Derecho de sucesiones*, Tomo 1º, 1964, Traducción de GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, pp. 91 a 93, y pg. 93 para la afirmación del autor recordada. La lógica de la adquisición de los legados, ligada a la distinción romana entre legados “*per damnationem*” y legados “*per vindicationem*” es, en efecto, desde el Derecho romano, considerablemente distinta de la de la adquisición de la herencia.

en cambio, con la tradición romanista el concepto sustancial de “delación” de la LS, puesto que exige la aceptación para la adquisición de la herencia deferida al llamado y considera la aceptación del legado como una renuncia al derecho a repudiar. Entre esta nueva y amplísima “delación” aragonesa y el “llamamiento” a la sucesión, propongo introducir una vocación forzosa o llamamiento forzoso de los legitimarios preferentes, con los argumentos que ofrezco en este subepígrafe y en el conjunto del trabajo. A esta vocación forzosa legitimaria no son aplicables, ni siquiera por analogía, las reglas sobre aceptación y repudiación de la herencia.

Otra dificultad que debemos sortear es el artículo 4-2º de la LS, que establece que “los sucesores por causa de muerte pueden ser herederos, legatarios o sucesores a título particular por disposición legal”. No veo indefendible, pese a que la letra de la ley, al recurrir a una conjunción (“o”) y con formulación disyuntiva pudiera sugerir lo contrario, el considerar el precepto ejemplificativo y no taxativo en su enumeración de sucesores por causa de muerte. El precepto toca aspectos teóricos sumamente complejos del Derecho de sucesiones, probablemente no lleva tras sí una reflexión doctrinal profunda, y es sumamente improbable que se formulase pretendiendo influir en la naturaleza de la legítima, que ya hemos visto que el Preámbulo anuncia mantener conforme a su cristalización histórica de 1925-1967. Y en la misma línea, el Preámbulo de la LS, en su apartado II, afirma también de los artículos 1 a 9 de la LS que son sólo “formalmente” nuevos (o sea, se podía entender que existían ya implícitos en la Compilación, a la que no se explica de todos modos que quisieran cambiar en nada importante) y que no tienen otra misión que “facilitar el engarce” con el Derecho supletorio (Derecho supletorio en la que ya se ha indicado que la teoría de la legítima como *tertium genus* presenta menores dificultades que en la LS).

Complica también la referencia del artículo 4-2º de la LS a adquisiciones de sucesores “a título particular por disposición de ley”, el hecho de que el profesor Lacruz en 1968, y discurriendo sobre por qué título adquiriría los bienes el preterido bajo la Compilación aragonesa (art. 123) hubiera sostenido que, cuando todos los restantes legitimarios no fueran herederos (en cuyo caso entendía que también el preterido habría de serlo) podría serlo a título particular por ley sea sobre cosa, o sobre cantidad, o incluso sobre parte alícuota<sup>164</sup>. Así que habría una cierta base doctrinal para relacionar la mencionada frase del artículo 4-2º con algunos supuestos de percepción por ley de la legítima. Lo que ocurre es que la frase “sucesores a título particular por disposición legal”, ya bastante difícil de referir a la preterición (hoy, art. 193-1º de la LS), sería casi imposible de relacionar con otros supuestos de reclamación de la legítima como el de la acción de lesión de legítima del artículo 179 de la LS, en la que se reclama claramente una cuota legal y no hay sucesión “a título particular” alguna. Y ello, aparte de que la opinión recordada de Lacruz es de 1968 y a partir de 1973, como sabemos, el maestro defendió ya que en ciertos casos como los ahora mencionados la legítima funcionaba como un *tertium genus* diferente tanto de la sucesión voluntaria como de la sucesión legal.

164 Cfr. de LACRUZ, *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en el Anuario de Derecho Civil, 1968, pp. 513 y ss.; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 475 a 477. Esta extraña especie de un supuesto legado de parte alícuota y legal que el propio LACRUZ abandonó pronto como explicación, no me resulta nada convincente. Siguió esta teoría de LACRUZ, sin embargo, CALATAYUD SIERRA, Adolfo, en su trabajo *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pg. 68. Tampoco me convence la explicación de MERINO HERNÁNDEZ y de RODRÍGUEZ BOIX, quienes criticaron con acierto la idea del supuesto legado legal de parte alícuota, pero aludieron a una adquisición a título de legado de cantidad, lo que tampoco es convincente, en mi opinión, pese a que el segundo de dichos autores crea ver ahora ratificada esa tesis en el artículo 193-1º de la LS, lo que no creo que sea cierto. Cfr del segundo de estos autores, que apoya su opinión en la de MERINO HERNÁNDEZ, *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Civil Aragonés de 2000, 2001*, pg. 36.

Además, el artículo 4-1º de la LS, novedoso en su terminología respecto de la del Código civil, sí que define con buena intuición y acaso con acierto a los llamamientos sucesorios “a título universal” como a los que suceden “en la totalidad o en una parte alícuota del patrimonio del fallecido”, definición que sí conecta con la mejor doctrina<sup>165</sup>, pero que puede llegar a conectar también con los artículos que regulan tanto el concepto de legítima como el caudal computable para la misma en el que el concepto se apoya y que son ideas esenciales al régimen jurídico de la legítima (arts. 171 y 174 de la LS). Al aludir el precepto a “parte alícuota del patrimonio del fallecido”, y no del “patrimonio del fallecido” en el “momento de su muerte”, la letra de la ley deja abierta la posibilidad, aunque sin total seguridad al referirse en definitiva al “fallecido”, de integrar allí el *relictum* y el *donatum*, como posible base normativa de asiento de la legítima. Además, como se ha demostrado en este trabajo, la legítima es un derecho a una cuota legal sobre el patrimonio del causante, e incluso cuota legal que puede en casos realizarse a base de reducir la propia sucesión intestada o la sucesión intestada y donaciones previas del causante, casos en los que es evidente que no podría reconocerse una sucesión a título “particular” con el propio concepto del artículo 4-1º de la LS.

Por lo demás, una vez que se admita que la legítima es una forma de vocación sucesoria específica, se percibe que en el propio articulado de la LS se alude en varias ocasiones a la “condición de legitimario”, y sobre todo que esa condición de legitimario o la legítima en general se contraponen en varias ocasiones, en forma claramente disyuntiva en sentido gramatical, o al título universal o particular, entendido como sucesión (art. 19 y 25); o a la herencia y al legado (art. 15-2º); o al conjunto de todas las atribuciones sucesorias que le puedan corresponder a alguien por cualquier título legal o voluntario (art. 196-1º). Todos estos preceptos armonizarían perfectamente con la legítima entendida como una vocación sucesoria específica.

Explicuemos algo también sobre las varias acciones de protección de la legítima que podrían dar la impresión de desmentir la idea de la legítima como clase de vocación sucesoria específica, en tanto que apuntan o establecen o sugieren la existencia de acciones de nulidad de títulos sucesorios u ordenan incluso expresamente la apertura de la sucesión legal o se refieren a los derechos en la sucesión intestada (cfr. arts. 193-1º; 193-2º; 196-1º; 198-3º; y 199, por remisión al poco claro precepto del artículo 193-1º). Estas acciones van a ser explicadas en este trabajo posteriormente y ya se verá que el confusionismo general en cuanto a las ideas inspiradoras del sistema legal es más que considerable. Para el caso de la preterición no intencional singular y los otros que se remiten a éste, como la exclusión simple y absoluta y la desheredación con causa expresada errónea de error determinante, o incluso el caso del desheredado con causa y perdonado (arts. 193-1º, y 199 y 196-3º) veremos que, dentro de la oscuridad de la regulación con que contamos, es defendible que se contemple una acción acaso rescisoria de reducción de liberalidades incluso en vida del causante a la vez a no descendientes y a legitimarios aunque haya indicios también de que se pudiera contemplar una acción de nulidad sólo del título sucesorio y restringida al *relictum*. Aunque en los artículos relativos a la desheredación y a la exclusión (arts. 196-1º; 197-2º, y 198-2º y 3º) hay alusiones a la sucesión intestada esas alusiones se deben a que el legislador ha traído a la sede de la regu-

<sup>165</sup> Explica PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, Manuel, que en el Derecho común o intermedio no siempre se entendía que el llamamiento a una *pars hereditatis* fuera por sí de carácter universal. Pero esos escrúpulos, explica, no pueden valer en un sistema como el nuestro con preceptos como el artículo 658, párrafo 3º, 764 y 912-2º. Lo importante para calificar de universal a la sucesión es que el llamado pase a sustituir al causante –solo o compartidamente– en la titularidad del patrimonio hereditario. Cfr. *La naturaleza de la legítima*, Anuario de Derecho civil, 1985, pg. 878.

lación de la legítima la regulación de los efectos de la exclusión o de la desheredación respecto de la sucesión intestada residual, lo que no incide directamente en el régimen jurídico de las acciones estrictamente protectoras de la legítima. En fin, la acción más genuinamente protectora de la legítima que es la acción de lesión de legítima y de reducción de liberalidades inoficiosas (arts. 179 y 180) es, si bien se mira, la que estructura más que ninguna otra toda esta asistemática regulación, existiendo remisiones a dicha acción en varios de estos preceptos (cfr. arts. 193-3º; art. 197-2º y 198-2º y 3º). De modo que no es tan seguro que haya habido un aumento, al menos significativo, del número de excepciones formales a la regla general que aquí se sostiene de que la legítima es también en la LS una forma de vocación sucesoria específica o *tertium genus*.

En fin, aunque volveremos sobre ello al referirnos a la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, es importante constatar aquí también que la LS ha dejado claramente sentado, en su artículo 182, que la legítima aragonesa es una *pars bonorum*".

## b) Facultades de defensa del legitimario preferente.

Se ha defendido razonablemente en el ámbito del Código civil, según se ha advertido ya, y admitiéndose por algunos excepciones, la participación del legitimario, aunque no sea heredero, en la entrega de legados, teniendo que autorizarla (cfr. art. 885 del Código civil) si no se ha hecho aún la liquidación de la herencia o, en caso de que ya se haya hecho, si lo atribuido a los legitimarios resulta insuficiente. Se ha defendido también que, en beneficio de la legítima, cuando toda la herencia se haya distribuido en legados hay que conservar unido el caudal hasta la liquidación de la herencia.

Tales facultades de defensa del derecho del legitimario preferente parecen ya imposibles de sostener en el Derecho aragonés al resultar totalmente incompatibles con el artículo 164 de la LS, con arreglo al cual "*el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación*".

Esta insólita norma adopta el criterio justamente contrario al mucho más razonable y coherente del artículo 885 del Código civil, en el que la doctrina y la jurisprudencia habían apoyado muchas importantes argumentaciones<sup>166</sup>, y parece además contrario al artículo 47 de la Ley Hipotecaria, que permite al legatario de bienes inmuebles determinados (y los legados de inmuebles sólo son válidos, según una vieja regla de origen romano, si el inmueble se encontraba en la herencia a la apertura de la sucesión: art. 875,

166 Como afirma DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha "robustecido" la garantía del artículo 885 respecto de los legitimarios y tiene declarado que el albacea comisario contador partidador (o simplemente albacea) no puede proceder a la entrega del legado sin el consentimiento de los herederos forzosos y mientras no se verifiquen las operaciones de liquidación de la herencia y de las mismas resulte que el legado no ha de ser objeto de reducción. Doctrina de la que el autor deriva importantes consecuencias como que si los herederos forzosos tienen en su poder la cosa legada pueden ejercer el *ius retentionis* frente al legatario hasta que se practique la liquidación de la herencia y se determine la inoficiosidad u oficiosidad del legado. También que si el legatario, fundándose en el artículo 882, vende la cosa legada antes de que se le haya hecho entrega de la misma por no haberse determinado aún si el legado es o no inoficioso, la enajenación es impugnabile. También que en el caso de que el albacea contador entregue indebidamente el legado antes de la liquidación del caudal hereditario, puede reclamarse del legatario la devolución de la cosa al caudal y, si la hubiera enajenado ya, podrá impugnarse la enajenación sin perjuicio de los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o del artículo 464 del Código civil. Cfr. del autor *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pp. 218-219. O véase también la posición todavía más enérgica de ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, quien, a diferencia de otros autores, no admite ninguna excepción al control que los legitimarios pueden ejercer sobre la entrega de los legados con base en el artículo 885 del Código civil. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 309 a 316. También el profesor LACRUZ explicó muy bien la importancia del artículo 885 como modo de protección a los acreedores y legitimarios. Cfr. *Derecho de sucesiones*, Volumen 1º, 1971, pp. 556 a 559.

párrafo 2º)<sup>167</sup>, y evidentemente que en contemplación de los intereses en abstracto contradictorios al del legatario de los coherederos y colegitimarios, pedir únicamente la anotación preventiva de su derecho, pero no directamente una inscripción sin plazo ni condicionamiento alguno. Y obsérvese además que la inscripción directa que autoriza expresamente el artículo 164 de la LS afirma que podrá suceder “*aun habiendo legitimarios*”. Afortunadamente, la inscripción que haga conforme a este artículo 164 de la LS de su legado un legatario de cosa específica propia del disponente que no sea legitimario tiene legalmente retrasados dos años los efectos de la fe pública registral (art. 28 de la LH)<sup>168</sup>, lo que significa un útil dulcificación del posible efecto perjudicial para la legítima de este artículo 164 de la LS<sup>169</sup>.

En fin, respecto de los legados de muebles que eran propiedad del testador, también puede que haya contradicción entre el artículo 164 de la LS y el artículo 42-7º de la LH, que permite sólo la anotación preventiva (no la inscripción directa) de su derecho del “*legatario que no tenga derecho según las leyes a promover el juicio de testamentaria*”, y podría ser tal el caso del legatario de cosa mueble específica y propia del testador (cfr. art. 782-1º de la vigente LEC).

El artículo 164 de la LS parece no dejar al legitimario o legitimarios perjudicados en su legítima por un legado específico inoficioso, puesto que la aplicabilidad a nuestro supuesto del mencionado artículo 42-7º de la LH es dudosa, otra salida segura para la defensa de sus derechos, tratándose de inmuebles, que la reclamación judicial y la anotación preventiva de la demanda (art. 42-1º de la LH), si es que quiere evitar que una transmisión rápida por el legatario que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad (transmisión que se puede realizar en pocos días) y los correspondientes efectos de la fe pública registral a favor de los adquirentes protegidos no lleguen a hacer inalcanzable en poco tiempo la recuperación de la cosa o la reducción del legado inoficioso, lo que, por cierto, resultaría del todo incoherente con la rotunda declaración del artículo 182 de la LS de que la legítima aragonesa es una “*pars bonorum*”. Y es cierto que el artículo 28 de la LH retrasa durante dos años la eficacia de la fe pública registral en estos casos de inscripción del legado específico conforme al artículo 164 de la LS, pero dos años pasan relativamente pronto, y ello sólo debe moderar, pero no suprimir, la crítica que merece este nuevo precepto aragonés. Para el legado específico de cosa mueble propia del testador o del disponente podría llegarse fácilmente (aún más fácilmente) a unas consecuencias similares, y aquí sin una atenuación como la del artículo 28 de la LH, vendiendo el legatario rápidamente la cosa, por efecto del artículo 464 del Código civil,

167 Cfr. al respecto mi libro *El legado genérico en el Código civil*, Cuadernos Cívitas, 1991, pp. 158 a 168.

168 Muy significativo es que, desde sus particulares posiciones digamos que doctrinalmente conservadoras sobre la legítima, se muestre crítico con esta razonable norma del artículo 28 de la LH, GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, en *La legítima en el Código civil*, 2ª edición, 2006, pp.401-402.

169 La regla del artículo 164 de la LS, por otra parte, no es frontalmente contraria a los artículos 47 y 48 de la Ley Hipotecaria, porque contempla un supuesto diferente, pero sí es un tanto incoherente con esos preceptos, que a un legado como el de género o cantidad (pecuniario), legado que es un mero crédito (en el genérico, al menos hasta la especificación) y por tanto un derecho más débil que la propiedad que transfiere el legado de cosa específica propia del testador, se les da la posibilidad de una anotación preventiva del derecho dentro de los 180 días siguientes a la muerte del testador y a realizar sobre cualesquiera inmuebles de la herencia no legados especialmente a otros, y con un efecto impediendo respecto de los herederos de inscribir a su favor los bienes de la herencia en ese plazo inicial de los 180 días. Estos artículos 47 y 48 de la LH, aplicables desde luego en Aragón, dan ahora un control o una protección al heredero (que suele coincidir con el legitimario) sobre los legados genéricos o pecuniarios no sólo más fuerte que sobre los legados de cosa específica propia del testador (mayor fortaleza de la protección que podría tener sentido), sino la única protección que tiene frente a los legados, ya que respecto de estos últimos el artículo 164 de la LS no le deja, salvo lo ya explicado en torno al artículo 28 de la LH, ninguna protección. Veremos posteriormente, por lo demás, que la notación preventiva en garantía del legatario de cantidad parece que tiene escaso uso en la práctica.

en su interpretación más habitual. No sólo eso, sino que este artículo 164 también parece llamativamente contradictorio con el artículo 165 de la propia LS, que en la prelación de legados postpone al legado específico de cosa propia del disponente a los legados declarados preferentes por el disponente y a los remuneratorios, a los que no da en cambio las exorbitantes ventajas que da a los legados específicos en el artículo 164 respecto de su entrada en posesión e inscripción. Con ello convierte en algo platónica la teórica primacía de los legatarios de legados declarados preferentes o remuneratorios al empujarles necesariamente a la vía del juicio ordinario, y con la dificultad añadida de tener que perseguir muchas veces en el mismo genéricamente un valor pecuniario y no un bien concreto e identificado, para poder hacer valer esa teórica preferencia frente a los legatarios específicos de cosa propia del disponente en caso de necesidad. El artículo 164 de la LS ha debilitado sustancialmente la racionalidad que imperaba en el Código civil en cuanto a la distribución de los legados y, como se ve, no son los legitimarios de grado preferente sus únicas víctimas.

Acaso cabría defender, al menos si se trata de bienes muebles, para este art.164 de la LS, que no se aplique si al bien legado le afecta el usufructo de viudedad universal o, al menos, si se trata de inmuebles, que esa afección se hiciera siempre constar por el Notario en la escritura de aceptación del legado y que el Registrador se hubiera de cerciorar también de esa circunstancia y la tuviera que hacer constar en el asiento registral de la inscripción.

Desde luego, del artículo 164 de la LS no cabe entender que se derive una especie de interdicto de adquirir para el legatario como el que el artículo 440 del Código civil atribuye al heredero, ni la toma de posesión por el legatario de la cosa “*por sí solo*” debe dejar de entenderse condicionada a que la cosa en cuestión se ofrezca en una cierta situación de vacancia o de accesibilidad física al legatario, porque no se podría nunca entender desplazado por completo el artículo 441 del Código civil, que ha inspirado además, junto al artículo 885 del Código civil, no sólo la antigua LEC (art. 1633) sino también la vigente de 2000 (arts. 266-4º y 250-1-3º). Con base en estos argumentos parece que se puede proponer una interpretación restrictiva del artículo 164 de la LS en cuanto a los bienes tanto muebles como inmuebles y otorgar protección posesoria o interdicto de recobrar, en particular, a coherederos u otros poseedores de la cosa legada específica que fueran coposeedores con el legatario de legado específico de cosa propia del testador. Lo que parece conducir tanto respecto de los bienes muebles como de los inmuebles objeto de legado específico a una aplicación delicada del precepto con un cierto margen al arbitrio judicial.

El único remoto antecedente doctrinal que parece que se puede encontrar a una opinión tan insólita como la que el legislador aragonés de 1999 ha acogido en el artículo 164 de la LS es una arriesgada y solitaria opinión de Vallet de Goytisolo, quien había sostenido, en relación al Código civil y rescatando una opinión del Cardenal de Luca de 1716, la opinión según la cual en los legados imputados en la legítima –pero exclusivamente en ellos- el legitimario legatario debe poder ocupar por su propia autoridad la cosa legada, constituyendo ello una excepción al artículo 885 del Código civil<sup>170</sup>. Una opinión, por tanto, que buscaba en principio más bien robustecer la legítima y en un caso concretísimo, y no perjudicar de modo general a la legítima, como sin duda hace ahora el artículo 164 de la LS.

170 Cfr. en tal sentido VALLET de GOYTISOLO, Juan, en *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, Tomo 2º, 1974, pp. 815-816. Para la convincente y cuidadosa crítica a esta aislada opinión de VALLET véase ESPEJO LERDO de TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 311, 329 y 333 a 337.

La norma del artículo 164 de la LS se ha apartado radicalmente de un importante precepto como el artículo 885 del Código civil, que gozaba de aceptación unánime de la doctrina española, justificándose su *ratio* por todos en el artículo 806 y en la protección de los legitimarios y acreedores, aunque se discutieran sobre ella su ámbito exacto, sus posibles excepciones, o algunos otros matices, y constituye aquél, por eso, un precepto aragonés muy desacertado y de los que muestran bien, como en otros lugares de este trabajo se ha señalado, una malquerencia encubierta contra la legítima por parte de la LS. Además de ello, y en tanto que el artículo 164 de la LS ha modificado claramente el artículo 47 de la LH, puesto que no sería aceptable que se afirmara que ahora el legatario de finca tiene una opción entre realizar anotación preventiva de su legado o inscribirlo directamente en el Registro, y en tanto que acaso también ha modificado el precepto, respecto del legado de muebles específicos, al artículo 42-7º de la LH, puede ser este artículo 164 de la LS incluso un precepto inconstitucional, ya que excede de la competencia del legislador autonómico el modificar el Derecho inmobiliario registral, que es un Derecho de la competencia legislativa exclusiva del Estado (art. 149-1-8º de la Constitución). De modo que los tribunales podrían en cualquier momento plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre este tan desafortunado artículo 164 de la LH (art. 163 de la Constitución). Aunque los tribunales son bastante reacios a utilizar esta posibilidad, creo que en este caso utilizarla podría prestar un buen servicio a la legítima aragonesa y al Derecho aragonés.

Si el legado sobre un inmueble se hace a un legitimario, mientras siga vigente el artículo 164 de la LS, habría que entender que su inscripción en el Registro de la Propiedad le garantiza al legatario (al menos a él) la protección más plena del Registro (art. 98 LH).

Se ha defendido también en el ámbito del Código civil, como se ha explicado ya, que, como el legitimario tiene que poder controlar los cálculos para precisar su derecho, debe estar facultado para presenciar la partición de la herencia, y aun para llegar a oponerse a la partición (pueden hacerlo los acreedores, titulares de un derecho más débil, según el artículo 1082 del Código), y ello, incluso en casos de heredero único o de ausencia de heredero porque conviene aplicar también en dichos supuestos las reglas de la comunidad hereditaria (acaso también analogía con art. 1083 del Código). Como el artículo 55 de la LS ha recogido el texto de los artículos 1082 y 1083 del Código civil, y como el conjunto de la partición de la herencia se regula todavía, sustancialmente, por el Derecho general español, en cuanto a estas facultades del legitimario, las dificultades de la fundamentación jurídica de estas ideas podría parecer que no deberían ser mayores que las que puedan existir en el Código civil y en el Derecho general. Aun así, no se debe ocultar que de nuevo el artículo 164 de la LS, al hacer inviable en nuestro Derecho la tesis de que el legitimario tenga que intervenir en la distribución o entrega de los legados, indirectamente supone también una dificultad adicional para la tesis de que tenga el legitimario legitimación para presenciar o intervenir de algún modo en la partición de la herencia y aun para oponerse a la misma en defensa de sus derechos. También suponen serios obstáculos añadidos los artículos 50-1º, 50-3º y 163 de la LS a los que aludiré posteriormente a continuación.

Se ha defendido, con base sobre todo en el artículo 1056, párrafo 1º, del Código civil, que debería acreditarse antes de ejecutar la partición que no hay lesión en la legítima incluso en casos de partición hecha por el mismo testador. Véanse también las salvedades similares sobre el necesario respeto a la legítima de los artículos 1070-1º y 1075, referidos ambos también a la partición hecha por el testador. Esta opinión, que me parece sensata, no es seguida por la opinión común de la doctrina sobre el Código civil y tiene



en frente la Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de noviembre de 1922, que no exigió acreditar la falta de lesión a la legítima para considerar inscribibles ciertos bienes inmuebles distribuidos mediante una partición hereditaria hecha por el testador, y también, en principio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986<sup>171</sup>. El problema que tenemos en Aragón para trasladar a nuestro Derecho esta discutida pero sensata opinión, y en beneficio de los legitimarios preferentes, es el de que su base normativa principal en el Código es la referencia final del párrafo 1º del artículo 1056 del Código civil de que la partición hecha por el mismo testador en acto entre vivos o por última voluntad debe respetar las legítimas, mientras que el precepto paralelo de la LS, que es el artículo 53-1º, no contiene una referencia como ésa. Habría que acudir a preceptos mucho más genéricos de los que establecen la obligatoriedad de las legítimas, como el artículo 3, que las recuerda como límite legal al *standum est chartae*, ó el artículo 149, pero, con ello, no cabe duda de que este argumento se debilita para el Derecho aragonés muy considerablemente. Algo podría ayudar, no obstante, a poder impulsar la opinión antes recordada el artículo 786-1º de la vigente LEC, que sí hace una alusión al necesario respeto a las legítimas al referirse a las instrucciones que el testador dejó al contador partidador nombrado por él. Este precepto puede interesar también a los órganos judiciales para tener en cuenta la protección de las legítimas en las facultades que les da la ley, aplicables supletoriamente en Aragón, para controlar en ciertos casos las actuaciones de los albaceas (art. 907 del Código civil).

Se ha defendido para el Código civil el derecho del legitimario a participar en la gestión del caudal como un comunero más y que sea preciso su consentimiento para la enajenación de bienes pertenecientes a la comunidad hereditaria. Se ha defendido también respecto del Código civil que de las operaciones particionales de la herencia, aquellas que conduzcan a la determinación de su derecho, podrá el legitimario pedir las en los términos en que lo haría cualquier otro heredero. De nuevo opiniones doctrinales discutidas pero sensatas y que encuentran en el Derecho aragonés dificultades adicionales para poder prosperar o fundamentarse jurídicamente. Se pueden extraer de la regulación de la partición del Código civil, supletoriamente aplicable en Aragón, argumentos en dicho sentido, pero juega en contra de esas opiniones recordadas el que en el Derecho aragonés el legitimario no se califique nunca como "*heredero forzoso*" y, sobre todo, que el legislador aragonés parece haberse plegado a los conformistas y continuistas (respecto de la LEC de 1881) criterios de la vigente LEC (art. 782-1º; art. 791-1º; art. 793-3º)<sup>172</sup>, tanto al regular la legitimación para solicitar la división de la comunidad hereditaria (art. 50-1º y 3º de la LS), como al regular, aunque de pasada, el derecho a concurrir a la partición de la herencia (art. 153 de la LS), supuestos en los que el legislador, tanto estatal como aragonés, limita siempre la legitimación a los coherederos y a los legitimarios de parte alícuota. Alguna ayuda, no sé si suficiente, podrá prestar, incluso en Aragón, el artículo 95-1-4º del Reglamento Hipotecario, aunque sea precepto dictado para un caso particular.

La vigente LEC sólo hace un recordatorio concreto de la necesidad de respetar los derechos de los legitimarios (art. 786-1º) y es menos expresivo que el del precedente de

171 Datos que tomo de ESPEJO LERDO de TEJADA, quien critica además, convincentemente, ambas decisiones. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp.318-322.

172 Es significativo que a GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, autor entusiasta de la idea de que la legítima es un mero freno a la libertad de disposición por causa de muerte del disponente, no le parezca mal esta nueva regulación conformista, y continuista con lo que había, de la nueva LEC de 2000, puesto que aspira a podar al legitimario de todas sus facultades de ejercicio no judicial de su derecho y niega radicalmente que tenga un derecho subjetivo. Cfr. por ejemplo, *La legítima en el Código civil*, 2ª edición, 2006, pg. 86 y 211-212.

la LEC de 1881 de que procede (art. 1046), en el que parecía presuponerse la participación de los legitimarios en la testamentaria. Son por eso muy de lamentar esas mencionadas referencias de la LS a una gestión del caudal y a una partición al parecer sin legitimarios, porque en ellas se alude a la partición hereditaria en general, y no sólo a la específica división del patrimonio hereditario sin efecto de cosa juzgada (art. 787-5º), que la LEC regula con carácter lógicamente sólo subsidiario de otros modos preferentes de partición (arts. 782-1º y 789). Aunque la LEC ha sido redactada en este tema, como en tantos otros, con una evidente falta de doctrina civilista de calidad, el carácter subsidiario de esa regulación hace que el legislador aragonés de 1999 no hubiera tenido que sentirse vinculado por los limitados criterios de la LEC sobre la partición judicial de herencia en las breves alusiones que hace la LS a la partición hereditaria en general, breves alusiones que ahora, siendo el Código civil sólo supletorio, podrán crear un criterio restrictivo muy difícil de superar para la jurisprudencia. En dicho contexto, además, las facultades que reconoce el artículo 139 de la LS a los legitimarios expectantes como grupo, o a cualquiera de ellos más bien, para controlar los actos de disposición de bienes pertenecientes a la herencia yacente pendiente de distribución por el fiduciario, no sólo parecen imposibles de generalizar, sino que más bien vienen a confirmar, "*a sensu contrario*", que la LS no reconoce al legitimario preferente aragonés derecho ninguno para intervenir ni en la partición de la herencia ni en la gestión del caudal pendiente de partición ni en la solicitud de aquellas operaciones particionales que le puedan interesar especialmente. Todo lo cual es, por cierto, bien poco razonable.

Se ha defendido en el ámbito del Código civil que el testador no debe poder imponer al legitimario la indivisión durante un tiempo determinado (art. 813 del Código civil), salvo acaso por la vía del establecimiento de opciones o cautelas de opción compensatorias de la legítima. En la nueva versión del párrafo 2º del artículo 1056 del Código, procedente de la Ley 7/2003, se establece la posibilidad de que en un caso concreto que se regula se pueda imponer a los legitimarios un aplazamiento de hasta cinco años del pago de sus legítimas que se habrán de percibir en dicho caso en metálico, lo que no tendría por qué desvirtuar la opinión primeramente citada.

Al intentar trasladar esta opinión al Derecho aragonés, aunque en el mismo también existe prohibición de gravar las legítimas (art. 183), nos encontramos con que hay un precepto específico, que es el artículo 50, párrafo 2º, de la LS, que permite al disponente imponer a los coherederos una indivisión de la comunidad durante un plazo de hasta 15 años desde el fallecimiento del causante o durante todo el tiempo que haya de durar el usufructo vidual. Afortunadamente, cualquier "*participe*" de la comunidad hereditaria indivisa, puede solicitar al Juez la división en estos casos de indivisión impuesta por el disponente si alega una "*justa causa sobrevenida*". El precepto que aparece perfectamente incompatible con el artículo 183 y su prohibición de gravámenes a la legítima (cfr. art. 183-2º), plantea una grave duda interpretativa sobre cuál de ellos deberá prevalecer como norma más especial. Personalmente, creo que debería prevalecer el artículo 183 como norma formalmente más especial e imperativa, siendo posible entonces sólo la mencionada indivisión impuesta, salvo acaso establecimiento de cautelas de opción compensatoria de la legítima, sólo cuando no haya ningún legitimario entre los coherederos o legitimarios de parte alícuota, caso que parece que será más bien infrecuente. Obsérvese que si se defendiera la prevalencia del artículo 50-2º sobre el artículo 183, como una excepción al mismo permitida por la ley, con apoyo en el artículo 186-4º de la LS, al legitimario preferente no se le permitiría, poco razonablemente, ni siquiera pedir la división de la comunidad por "*justa causa sobrevenida*". Lo que este precepto del artí-

culo 50-2º de la LS así interpretado, e impuesto incluso a los legitimarios, desde luego no podría nunca impedir es que, si el título sucesorio hacía inoficiosas algunas de las atribuciones hechas a los partícipes de la comunidad, impugnasen los legitimarios preferentes con base en los artículos 179 y 180 ese título sucesorio, lo que, si no una división de la comunidad, daría lugar al menos a una merma global de esa comunidad y al correspondiente reajuste de las cuotas de todos o varios de los partícipes de la comunidad. El sistema lo veo poco razonable, además de tendencialmente contradictorio con la sensata recomendación que hace el artículo 786-1º de la LEC, siguiendo por cierto al artículo 1078 de la LEC de 1881, de evitar en lo posible en las particiones de herencias las situaciones de indivisión.

Ya se ha indicado que la vigente LEC no ha recogido claramente (art. 782-1º) la antigua opinión doctrinal y jurisprudencial consolidada bajo la LEC de 1881, y razonabilísima, de que el legitimario (preferente, habría que precisar en Aragón) pudiera en principio incoar el procedimiento de división del patrimonio hereditario regulado en los artículos 782 y siguientes (antes procedimientos de testamentaria o abintestato). Incluso prescinde irrazonablemente este artículo 782-1º de la LEC de la legitimación para eso mismo que sí establecía expresamente a favor del viudo supérstite la anterior LEC de 1881 (arts. 973-2º y 1038-2º)<sup>173</sup>. Es de esperar que la jurisprudencia intente por todos los medios argumentar una línea continuista con lo que teníamos, pero ya ha quedado explicado que la LS (arts. 50-1 y 3º y 153, o incluso art. 164) no facilita nada esa tarea pendiente<sup>174</sup>. Puntos de apoyo importantes para la jurisprudencia, a favor de esa línea continuista que se propone, podrán ser el que la comunidad hereditaria, no regulada tampoco en el Código civil, es una construcción sobre todo jurisprudencial y que el artículo 182 de la LS parece considerar a todo legitimario preferente individual como partícipe del caudal hereditario y no como mero acreedor de una cuota de valor del patrimonio del causante, en la medida en la que puede el mencionado legitimario reclamar bienes del caudal relicto (*pars bonorum*). Más difícil todavía resultaría aceptar para el Derecho aragonés, si es que esa posible línea continuista con lo anterior un tanto dificultada hoy lograra prevalecer en el futuro, que la misma se extendiese, como ha solicitado algún autor en el ámbito del Código, incluso a los supuestos de partición hecha por el mismo testador, ya que el artículo 53-1º de la LS, como ya se advirtió, no hace una salvedad expresa de respeto a las legítimas como la del artículo 1056, párrafo 1º, del Código

173 En 1969 el profesor LACRUZ había defendido, contra la jurisprudencia hacía ya tiempo establecida que no citaba, respecto del Derecho de la Compilación aragonesa, que los legitimarios en cuanto tales (legitimarios no herederos) no tenían legitimación para instar los juicios universales de testamentaria y abintestato, ni tampoco considerándolos como acreedores del heredero. Sin embargo, en 1973 y respecto del Código civil, y recogiendo ya la mencionada jurisprudencia aprobada por la doctrina mayoritaria, defendió dicha legitimación para instar los juicios universales y para intervenir en la partición de la herencia mientras la legítima no estuviese satisfecha, y razonando ello, aparte de otros argumentos, por analogía con los acreedores del heredero. Cfr. *La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa*, en los Estudios en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS, Volumen 2º, 1969, pp. 277 y ss. También en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, pg. 674. Y cfr. del autor su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 38 y 39.

174 Contamos en el ámbito del Código civil, desde luego, con doctrina continuista con lo que había antes de la LEC de 2000. Por ejemplo, SEOANE SPIEGELBER, Juan Luis, sigue considerando al legitimario, salvo que tuviera ya su legítima satisfecha por vía de donación o de legado, y salvo en caso de preterición, como legitimado para promover el procedimiento divisorio de la herencia, y ello, incluso en caso de orden del disponente de satisfacerle la legítima en dinero, hasta que esa suma debida se conmute en una suma determinada, puesto que la legítima, explica, no estará normalmente cuantificada el día de la apertura de la sucesión. Se apoya en similar opinión de DÍAZ FUENTES, y recuerda, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1893 y de 20 de febrero de 1964, entre las que reconocieron la legitimación del legitimario para promover el juicio de abintestato o de testamentaria. También se rebela el autor, razonablemente, contra el aparente criterio de la LEC sobre el cónyuge viudo y sostiene, apoyándose en la opinión de otros varios autores, en diversos preceptos del Código civil, y en cierta jurisprudencia, que el cónyuge viudo del causante debe tener legitimación para promover el procedimiento de partición judicial de la herencia. Cfr. su trabajo *El procedimiento para la división judicial de la herencia*, en *Revista de Derecho de familia*, 2005, nº 26, enero-marzo, pp. 33-34 y 39 a 43.

civil. Véanse también los artículos 1070-1º y 1075 del Código civil, aunque éstos sí aplicables supletoriamente en Aragón.

Se ha defendido también en el ámbito del Código civil, forzando un tanto la letra del precepto, que sea aplicable al legitimario la posesión civilísima del artículo 440 del Código civil, con las consecuencias de que habría de tener el legitimario los interdictos de retener, de recobrar, y de adquirir, y con la facultad, en su caso, de adquirir la tenencia de bienes sin permiso de nadie. No calificándose nunca al legitimario preferente por la LS como “*heredero forzoso*”, y existiendo artículos como los citados en la LS (arts. 164; 50 –1º y 3º; y 153), me parece muy difícil trasladar esta tesis al Derecho aragonés vigente respecto del legitimario preferente que no haya sido designado heredero en el título sucesorio. Si se trata de un legitimario al que el disponente ha atribuido un legado imputable en la legítima, aunque no podría tener desde luego la posesión civilísima del artículo 440 del Código civil, sí que podría valerse, cumpliéndose los demás requisitos, del artículo 164 de la LS, mientras subsista este precepto parece que inconstitucional, y podría ocupar el legado por su propia autoridad o inscribirlo directamente en el Registro de la Propiedad. Ya quedó explicado que quizás sea éste el único caso en que se pueda encontrar algo de lógica justificación -aun así, muy discutible, en mi opinión- a este precepto legal ya criticado anteriormente.

### c) La protección por la Ley Hipotecaria al legitimario preferente.

En cuanto a la problemática que plantea la legítima respecto de la Ley Hipotecaria, sólo voy a hacer algunas consideraciones sobre el artículo 14-3º de esa Ley y sobre la llamada “*mención*” del artículo 15 de la misma.

El artículo 14-3º de la LH establece para que el heredero único pueda inscribir directamente su derecho hereditario en el Registro de la Propiedad por aportación de su título sucesorio, entre otros requisitos, que “*no exista ningún interesado con derecho a legítima*”. Recordando este precepto, explicaba el profesor Lacruz<sup>175</sup> que la afección específica de los bienes del caudal hereditario al pago de las legítimas pendientes, impedía la inscribibilidad de la partición de bienes otorgada por los coherederos (o, incluso, el contador o el causante), a menos que se mencionen los derechos de los legitimarios.

La llamada “*mención*” de los derechos legitimarios en el Registro de la Propiedad en ciertos casos, regulada en el actual artículo 15 de la vigente LH, se originó, como ha sido autorizadamente recordado y explicado<sup>176</sup>, en el ámbito del Derecho catalán, en el que ciertas legítimas que debían o solían pagarse en dinero, no protegidas en forma alguna en la Ley Hipotecaria de 1861, empezaron a ser protegidas primero por los registradores de la propiedad, de oficio, siempre que los títulos que se les presentaban a inscripción permitieran conocer la existencia de esas legítimas amenazadas; y a partir de la muy famosa y discutida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de agosto de 1863 se fue consolidando, no sin dudas y discusiones, esa actuación como práctica registral bastante generalizada. El problema se había planteado con especial crudeza en la Cataluña rural y en relación con donaciones universales, pac-

<sup>175</sup> Cfr. su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pg. 137. También, entre otros, y recordando el pensamiento de LACRUZ, lo explicó así también VALLET de GOYTISOLO, Juan; y, profundizando en esa misma línea las consecuencias, ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, en sus libros, respectivamente, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 1º, 1974, pg. 260; y *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 316 a 318.

<sup>176</sup> Cfr. sobre el tema ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario*, Tomo 6º, 1997, pp. 1 a 49; o también VALLET de GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 1º, 1974, pp. 246 a 268.

tos sucesorios y heredamientos y esta “*mención*” de los registradores o las alusiones a la legítima en los títulos inscritos se consideraron, en esencia, suficientes para proteger esas legítimas dinerarias contra el principio de la fe pública registral, que en caso contrario hubiera podido beneficiar a los adquirentes protegidos por el artículo 34 de la LH, pero en detrimento de dichas legítimas y de sus posibilidades de cobro efectivo. Lo que la práctica había consagrado, la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-1946 lo elevó a rango de ley en este importante artículo 15 de la LH, que recibe conocida influencia de la particular concepción de Roca Sastre de que la legítima puede concebirse como una “*pars valoris bonorum*” y susceptible de una robusta garantía real.

El párrafo 1º de este extenso y complejo artículo 15 de la LH establece que “*los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios*”.

Conviene advertir que, pese a que la norma se originó sobre todo en Cataluña, hoy no tiene aplicación allí desde la Ley catalana 8/1990, de 9 de abril, que suprimió esta importante protección registral a ciertas legítimas, manteniéndose este (discutible) criterio de 1990 en las leyes catalanas de sucesiones posteriores a ésta y en el vigente Código de sucesiones de Cataluña de 1991<sup>177</sup>. Además, el requisito del precepto de que los legitimarios que menciona no debían poder estar legitimados para promover el juicio de testamentaría, requisito que entendido con rigor prácticamente hubiera dejado sin aplicación práctica el precepto en todo el ámbito del Código civil, parece sin fundamento a la buena doctrina, que tiende a prescindir directamente del mismo<sup>178</sup>. Aparte de ello, el artículo 15 de la LH, que no contiene una verdadera “*mención*”, término que sólo debiera usarse, según la buena doctrina, cuando hay alusión en la inscripción de un acto a la existencia de un derecho real originado en otro acto diferente, funciona como una verdadera carga registrada (se ha llegado a aludir a una hipoteca legal tácita) frente al conjunto de los bienes inscritos de la herencia, e incluso, habiendo varios legitimarios asegura la efectividad de la legítima de todos ellos, aunque esta importante eficacia se escalonada en periodos distintos, siendo más intensa en los cinco primeros años a contar desde la fecha de la mención, y menos intensa en una segunda fase, de compleja regulación, que concluye al final de un plazo de caducidad de veinte años a contar desde el fallecimiento del testador. En fin, desde luego, esta “*expresión registral*” (Roca Sastre) o “*mención*” del artículo 15 de la LH únicamente opera cuando de los títulos presentados en el Registro resulta la existencia de legitimarios (art. 15, párrafo 3º, de la LH). Los legitimarios no mencionados en dichos títulos, para hacer constar sus derechos en el Registro, habrán de acudir a la vía más gravosa de promover un juicio de reclamación de sus legítimas y anotar preventivamente la demanda (art. 42-1º de la LH).

Para el Código civil se admite habitualmente que el artículo 15 de la LH se aplicará, por ejemplo, a los supuestos del artículo 1056 del Código civil. En cambio, en los

177 ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL se muestran críticos, creo que con razón, con esta reforma legal catalana de 1990, y mantienen un criterio más bien favorable al sentido general del artículo 15 de la LH, aunque reconociendo la mala redacción y técnica jurídicas del precepto. Agudamente afirman que si lo que no gustaba del precepto era su automatismo y oficiosidad, hubiera podido permitirse legalmente que el legitimario solicitara la constancia registral de su derecho de legítima, acompañando los documentos justificativos de su derecho, lo cual coordinaría con el principio hipotecario de rogación o de instancia, y evitaría tener que pedir la práctica de anotaciones preventivas, cuyo trámite es más complejo y costoso. Cfr. *Derecho hipotecario*, Tomo 6, 1997, pg. 22 para la opinión mencionada, y pp. 5, nota 7, 22 y 34 sobre la valoración del artículo 15 de la LH.

178 Cfr., por ejemplo, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, Tomo 6, 1997, pg. 7, nota 11; o también el profesor LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pg. 138.

supuestos también muy importantes de los artículos 841 y siguientes del Código civil, en los que también hay pago en metálico de las legítimas de algunos legitimarios cuando se cumplen los requisitos establecidos para ello, no resulta aplicable el artículo 15 de la LH, sino, por remisión expresa del artículo 844, inciso tercero, la mera anotación preventiva del legado de género o de cantidad que regula el artículo 48 de la LH. La doctrina hipotecarista más autorizada ha explicado, sin embargo, que esta protección de dichos supuestos por la vía de esta mera anotación preventiva no resulta técnicamente adecuada y que puede resultar incluso por completo ineficaz<sup>179</sup>. Para otros artículos, como el 821 ó el 829 del Código civil, la doctrina discute si caen o no bajo el ámbito del artículo 15 de la LH.

En cuanto al Derecho aragonés, se había sostenido autorizadamente la inaplicación del artículo 15 de la LH a la legítima aragonesa de la Compilación de 1967 desde la consideración de que dicha legítima era una típica "*pars bonorum*"<sup>180</sup>. No me convence esta opinión porque no comparto, como se verá posteriormente, y aunque era opinión común en la doctrina aragonesa, su premisa, y también porque me parece formulada en términos demasiado absolutos. Creo que, entendida la legítima de la Compilación como una "*pars valoris*", y buscando subrayar la garantía real que probablemente reforzaba esa legítima, podía defenderse que el artículo 15 de la LH hubiera podido ser un eficazísimo refuerzo de la legítima aragonesa regulada en la Compilación aragonesa de 1967.

Pero lo que hoy interesa sobre todo en este trabajo es interrogarse sobre la posible aplicación del artículo 15 de la LH bajo la vigente Ley aragonesa de sucesiones de 1999. Como se comprenderá mejor al estudiar la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, parece que en el régimen de la LS (arts. 182 y 153) cabe que los bienes hereditarios se concentren mediante atribución por el disponente en sólo algunos o alguno de los varios legitimarios existentes, preferentes o no preferentes, pudiéndose pagar en dinero extrahereditario posibles legítimas de otros legitimarios designados en el título sucesorio como legatarios. O también cabe que el disponente concentre bienes hereditarios inmuebles en alguno o algunos de los legitimarios existentes, preferentes o no preferentes, pudiéndose pagar en bienes hereditarios muebles las legítimas de otros legitimarios designados como legatarios en el título sucesorio. Parece mejor entender suficiente o extensible el ámbito del artículo 15 de la LH, pese a la naturaleza genérica de *pars bonorum* que no era la contemplada en el origen histórico del precepto, para supuestos como éstos a favor, respectivamente, de los legitimarios legatarios de cantidad o de parte alícuota o incluso de los legitimarios legatarios de bienes muebles concretos que permanezcan con sus legítimas insatisfechas, mejor que no pensar en la mera anotación preventiva del artículo 48 ó en la del artículo 42-7º de la LH, ya que la peculiar regulación de los artículos 841 y siguientes del Código civil, y con ella la remisión legal del artícu-

179 Cfr. ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, Tomo 6º, 1997, pp. 56 y ss. También LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen, quien advierte además de que la anotación preventiva del legado de cantidad no se suele usar en la práctica, y que la existencia del artículo 80-2º del Reglamento Hipotecario, con remedio o garantía más eficaz, hará inverosímil la aplicación de la vía de la mencionada anotación preventiva. Cfr. la obra colectiva, coordinada por CAPILLA RONCERO, *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, 1999, pg. 401. Menos me convence la explicación de GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, de que es una buena técnica la prevista en el artículo 844 del Código civil, mientras que se muestra muy crítico, desde sus particulares posiciones, con el artículo 15 de la LH. Cfr. *La legítima en el Código civil*, 2ª edición, 2006, pp. 240 a 244.

180 Cfr. ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, Tomo 6º, 1997, pp. 18-19. A parecidas conclusiones llegaba, con argumentaciones algo diferentes y creo que excesivamente apegadas a la letra del artículo 15 de la LH, incluso en puntos que el maestro criticaría decididamente luego en 1973, el profesor LACRUZ, en su trabajo *La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa*, en los Estudios en honor del profesor CASTÁN TOBENAS, Volumen 2º, 1969, pp 277 y ss. O también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 673-674.

lo 844 al artículo 48 de la LH, o incluso, desde el Decreto de 12 de noviembre de 1982, al más eficaz artículo 80-2º del RH, y la importante garantía que también atribuye al legitimario impagado el párrafo 2º del propio artículo 844<sup>181</sup>, no resultan, pese a la relativa similitud de los supuestos, de aplicación supletoria en Aragón.

Con esta explicación podríamos poner bajo el ámbito del artículo 15 de la LH, con una interpretación extensiva del mismo<sup>182</sup>, supuestos tanto de mantenimiento por el disponente sólo de la igualdad cuantitativa de las legítimas, pero sin igualdad cualitativa (unas pagadas con bienes hereditarios y otras con dinero extrahereditario); como de mera desigualación de la legítima en la que no se llegara a la exclusión de algunos de los legitimarios que cobraran en dinero extrahereditario; como de supuestos, en fin, acaso de los últimamente mencionados, en los que el disponente pretendiera atribuir a uno de los legitimarios una explotación o sociedad, pero sin privar de alguna parte de la legítima en dinero a sus restantes hijos o legitimarios preferentes o no, como precisamente sucede, dentro del contexto del Código civil, en el artículo 1056 del mismo.

Parece, en cambio, bastante discutible la obligación de los registradores de la propiedad de “mencionar” de oficio *ex* artículo 15 de la LH los derechos de legitimarios de grado preferente insatisfechos, cuya existencia pudiera derivarse de los títulos que se les presentan, y en casos en los que parezca evidente, o incluso razonablemente posible, a la vista de los títulos presentados, que se hubiera podido producir una lesión a la legítima colectiva (arts. 179 y siguientes de la LS). Obsérvese que entre estos legitimarios de grado preferente insatisfechos que consideramos habría que incluir a los que aparecieran en los títulos y que pertenecieran a la estirpe de un legitimario de grado preferente excluido absolutamente (art. 198-2º de la LS), caso en el que los miembros de la estirpe están legitimados activamente por la ley para ejercitar, por sustitución legal, la acción de lesión de la legítima global. En contra de la aplicabilidad aquí del artículo 15 de la LH podría alegarse que los artículos 180 y 181 de la LS configuran la acción de reducción de liberalidades, en armonía o coherencia con el artículo 182 de la propia LS (*pars bonorum*), como una acción en principio reclamatoria de bienes concretos y de matiz vindicatorio, lo que casa mal con el supuesto de legítimas dinerarias y equivalentes que está en la base del artículo 15 de la LH. Y también podría alegarse que aunque la acción del artículo 182 de la LS para hacer cumplir el pago de la legítima en bienes del caudal relicto se presenta como una mera “*facultad*” del legitimario, que en principio podría éste ejercer o no a su elección, tampoco parece que pudiera mantenerse el deber de los registradores de “mencionar” a los legitimarios preferentes insatisfechos bajo la consideración de que entraría dentro de lo posible que los mismos planteasen su reclamación *ex* artículo 180 de la LS como mera reclamación dineraria o de valor (acaso precisamente pensando en beneficiarse de la protección del artículo 15 de la LH), puesto que el artículo 181-1º y 2º de la LS, atribuye en definitiva al beneficiario de la liberalidad inoficiosa demandado,

181 El párrafo 2º del artículo 844 del Código civil, al permitir al legitimario impagado la posibilidad de exigir el reparto de la herencia según las disposiciones generales sobre la partición, parece concederle para esos supuestos específicos a los que se refiere la mejor garantía de cobro de su legítima, como advierte LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen, en la obra colectiva coordinada por CAPILLA RONCERO, Francisco, *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Valencia, 1999, pg. 400.

182 Propongo esta interpretación, sobre todo, porque en efecto me parece defendible, y para intentar contrapesar el mal trato dado por la LS a las facultades del legitimario preferente, mal trato que ha dejado prácticamente desarbolado el derecho subjetivo que la legítima es. No ignoro, con todo, que para un sector de la doctrina con mucha autoridad cuando la legítima es una *pars bonorum* mantiene esa naturaleza incluso en los casos en los que se concreta en el pago de un crédito en dinero, de lo que puede deducirse, según esta opinión, que el artículo 15 de la LH podría entonces considerarse inaplicable incluso en dichos supuestos. Recuérdese que he citado esta opinión, aunque en relación a la Compilación aragonesa de 1967, recordando el criterio de ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL.

y no al demandante, la elección del concreto bien que deberá finalmente asignarse en el pago forzoso de la correspondiente cuota de legítima insatisfecha.

Pese a lo explicado, acaso no cabe descartar del todo supuestos en los que el registrador de la propiedad deba hacer "*menciones*" de derechos legitimarios de las reguladas en el artículo 15 de la LH, en supuestos sencillos en los que se prevea fácilmente la posible reclamación de una legítima o complemento de legítima en metálico, a la vista de los títulos presentados al propio registrador. Al amparo del artículo 181, párrafo 3º, de la LS (cfr. art. 821 del Código civil), que no atribuye al beneficiario de la liberalidad inoficiosa demandado la elección del concreto bien del caudal con que pagar al legitimario reclamante de la legítima, pueden concebirse, por ejemplo, cuando la cosa reclamada no absorba la mitad del valor de la legítima insatisfecha, supuestos de una tal posibilidad. Por ejemplo, una persona cuya fortuna se reduce a dos pisos que valen respectivamente 70.000 euros y 50.000 euros, deja en su testamento a su hermano heredero y lega a su único hijo el piso de 50.000 euros. En un caso así, constando la inexistencia de otros bienes de valor del causante, y llevando el hermano heredero a inscribir su derecho hereditario sobre el piso de 70.000 euros, no veo ilógico que el registrador mencionase los derechos legitimarios del hijo que muy probablemente se habrían de concretar en una posible reclamación de un complemento de legítima de unos 10.000 euros, que podrían así estar además garantizados hacia el futuro por la "*mención*" contra la adquisición del piso de 70.000 euros por un tercero adquirente ya no protegido por el artículo 34 de la LH. Nuestro legitimario sería un legatario de cosa específica propia del testador, amparado por las exorbitantes facultades que le reconoce el artículo 164 de la LS, pero que no le sirven para proteger frente a terceros su derecho al complemento de legítima, y no sería, como literalmente exige el artículo 15 de la LH un "*legitimario de parte alícuota*", pero entiendo que le alcanzaría la *ratio* esencial de dicho precepto.

Finalmente, digamos que vale aquí también por supuesto, en relación con el Derecho aragonés, lo antes explicado sobre el Derecho general. Si de los títulos presentados al registrador de la propiedad al inscribir derechos hereditarios no puede deducirse la existencia de legitimarios de la clase contemplada en el artículo 15 de la LH, a los legitimarios de dicha clase que realmente pudieran existir no les quedaría otro camino, para defender sus derechos legitimarios del riesgo de que los perjudicara la fe pública registral, que el de promover un juicio de reclamación de sus legítimas y anotar preventivamente la demanda (art. 42-1º de la LH)<sup>183</sup>. Véanse también los artículos 46 y 16 de la LH.

Recapitulando tras este recorrido un tanto apresurado por lo que, de modo aproximado, podemos denominar las facultades del derecho del legitimario, del preferente principalmente, en el Derecho aragonés, puede volver a recordarse que el legislador aragonés de 1999 no contaba prácticamente con nada de doctrina previa, salvo algunas indicaciones del profesor Lacruz, sobre este conjunto de cuestiones bastante espinosas y discutidas en relación al Código civil, porque la mayoría de los autores que habíamos reflexionado por escrito sobre la legítima aragonesa habíamos eludido de forma más o

183 No me convence la explicación de RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, aunque formulada sólo respecto de los legitimarios preteridos, quien, sin entrar a considerar la posible aplicación en Aragón del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, considera que dichos legitimarios no podrían valerse ni siquiera de la anotación preventiva de la demanda de su reclamación de legítima, con base en el artículo 42-1º de la Ley Hipotecaria, argumentando sólo que dicha anotación preventiva no la ha previsto la LS, y concluye que el legitimario preterido no podría obtener más protección registral que, como en el caso del artículo 844 del Código civil, la propia de la anotación preventiva del legado de cantidad de los artículos 42-7º y 48 y ss. de la LH y art. 166-6º del RH. Cfr. su trabajo *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp.38-39. Viene a coincidir también en esta última opinión LASIERRA GÓMEZ, Ignacio, *La legítima en el Derecho aragonés*, en los "Cuadernos LACRUZ BERDEJO", nº 1, 2004, epígrafe 7º.



menos consciente o deliberada (en algunos casos, de forma muy deliberada) abordar este conjunto de cuestiones. Las opiniones del profesor Lacruz, emitidas en 1969<sup>184</sup>, en cuanto a algunas de estas cuestiones resultan, en mi opinión, excesivamente apegadas a la letra de la antigua LEC de 1881, o de la Ley Hipotecaria en alguna ocasión (artículo 15), y tenderían a ser superadas y reorientadas pocos años después por el autor en su gran libro sobre Derecho de sucesiones de 1973, ya entonces el maestro con una visión más global, profunda y sistemática sobre el tema de la legítima, aunque en relación al Código civil. Esto explicaría acaso que la LS de 1999 haya dictado pocas normas que incidan en este conjunto de cuestiones relacionadas con las facultades del legitimario de grado preferente, pese a la evidente importancia práctica de las mismas; parquedad legislativa en este punto que, dados los recordados antecedentes doctrinales, no puede sino calificarse de prudente.

Ahora bien, en las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto también, que lo poco que el legislador ha ordenado directa o indirectamente sobre esta compleja materia ha sido casi siempre desacertado y lastrado por la algo anticuada concepción de que la legítima es un mero freno a la libertad de disposición por causa de muerte del disponente, cuando no también, en algún caso, por un cierto desafecto o malquerencia hacia la legítima que se percibe en varios puntos de la regulación de la legítima por la LS. Partiendo de la más moderna y certera concepción de que la legítima es un derecho subjetivo de los legitimarios (preferentes, principalmente, en Aragón) hay que reconocer que la LS ha dejado las facultades del legitimario todavía más mermadas, maltrechas e inciertas que en el Código civil y en la LEC, leyes que también son manifiestamente mejorables en el trato dado al legitimario en este tema de sus facultades de defensa y ejercicio no judiciales de su derecho<sup>185</sup>. Es una pena que el legislador aragonés de 1999, a quien la Constitución (art. 149-1-6<sup>a</sup>) autorizaba a introducir incluso normas procesales aragonesas de refuerzo del derecho de los legitimarios, no sólo no lo haya hecho, sino que más bien ha consolidado y aun transformado a la baja la frágil estructura de protección del derecho del legitimario del Derecho general español. Y menos mal que la LS de 1999 no podía derogar la Ley Hipotecaria. Por ello, en este flanco concreto del régimen jurídico de la legítima aragonesa es donde más se van a dejar sentir necesarios esfuerzos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para “*complementar*” el ordenamiento jurídico, como ordena el artículo 1-6<sup>o</sup> del Código civil. Ya se ha explicado que la tarea no es fácil, tanto por los concretos desaciertos de la LS como porque no se trata de traer en bloque, como supletoria, toda la regulación del Derecho general español. En este último tendrá que apoyarse principalmente

184 Ya han sido aludidas las opiniones de 1969 de LACRUZ sobre la falta de legitimación de los legitimarios en cuanto tales para instar el juicio de testamentaría o abintestato; o la explicación de que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria apenas tenía juego en el Derecho aragonés de la Compilación; o podríamos aludir también a un significativo silencio en aquel trabajo sobre el valor del artículo 885 del Código civil respecto de la protección de la legítima. Cfr. *La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa*, en los Estudios en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS, 1969, Volumen 2<sup>o</sup>, pp. 277 y ss, y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2<sup>o</sup>, 1992, pp. 673-674. Las nuevas opiniones de LACRUZ, aunque sobre el Código civil, muy diferentes ya y en la línea de lo que hoy se considera buena doctrina, pueden verse en su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2<sup>o</sup>, 1973, pp. 37 a 40 y 137 a 139. No deja de ser significativo que en 1969 LACRUZ se refiriese a “*garantías*” de la legítima, que suena a algo externo al derecho del titular, y en 1973 a “*derechos*” del legitimario.

185 En esto la LS parecería inspirarse en la opinión, posteriormente manifestada, que niega rotundamente, siguiendo las huellas de VALLET de GOYTISOLO pero con mayor radicalidad y con poco acierto y mucho peor criterio, que la legítima sea un derecho subjetivo y niega también prácticamente todas las facultades de defensa y ejercicio no judicial de la legítima, que tan trabajosamente había ido construyendo durante décadas la buena doctrina y la jurisprudencia. Cfr. para esta retrógrada concepción de la legítima GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, *La legítima en el Código civil*, 2<sup>a</sup> Edición, 2006, pp. 207 a 214.

la jurisprudencia en el futuro, no obstante, precisamente por la gran fragilidad y escaso criterio de la LS en la materia. Sobre las diversas cuestiones analizadas en este subepígrafe era sin duda mejor el prudente silencio que guardaba la Compilación de 1967 que lo poco y bastante arriesgado que se ha atrevido a establecer la vigente LS de 1999.

## **11º) LAS ACCIONES BÁSICAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA Y SU PLAZO.**

### **A) Las acciones básicas o típicas de protección de la legítima y otras acciones.**

En epígrafes sucesivos a éste intentaré explicar, aunque con desigual intensidad según anuncié al principio del trabajo, el régimen jurídico de las acciones de protección de la llamada intangibilidad cuantitativa de la legítima, de la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, de la preterición, de la desheredación injusta, y una acción subsidiaria de alimentos que concede la LS en ciertos casos al legitimario de grado preferente excluido de la herencia y que quede en situación de inopia o grave necesidad. Todas estas acciones son las que parece que contempla ante todo el espíritu del artículo 178 de la LS, relativo al plazo de las mismas, que se va a estudiar en el presente epígrafe. Dichas acciones, salvo la de alimentos, tienen aproximadamente sus equivalentes en la legítima del Código civil, en la acción de complemento de legítima, mediante reducción de la institución de heredero, o reducción de legados, o reducción de donaciones inoficiosas; también en las acciones para que se respete el pago de la legítima como *pars bonorum*, o la prohibición legal de gravámenes a la legítima; y también en las acciones de preterición y de desheredación injusta. En este trabajo no se va a entrar en el intento de descripción de estas acciones del Código civil sobre protección de la legítima y los difíciles problemas que plantean: su naturaleza; su carácter personalísimo o no; si tengan o no efecto real y cuándo en su caso; la posibilidad o no de que juegue en este supuesto la acción subrogatoria en cuanto a su legitimación activa; su plazo; la distinción entre algunas de ellas; la distinción entre estas acciones y las que permiten impugnar los diversos modos de partición de la herencia; etc. No hace falta profundizar demasiado para percibir que el panorama doctrinal sobre todas estas cuestiones es, habiendo para el Código civil doctrina de buena o de excelente calidad, bastante heterogéneo y confuso.

En este subepígrafe, antes de entrar en el estudio del artículo 178 de la LS, pretendo mostrar cómo el considerable confusionismo existente en la doctrina del Código civil sobre las acciones relativas a la legítima se debe, aparte de a un peso excesivo de la historia en la regulación del Código civil y acaso a un exceso de conservadurismo y falta de visión sistemática de dicha doctrina en su conjunto, a la objetiva complejidad del fenómeno sucesorio y a la casuística que produce el mismo que es enorme y difícil de sistematizar. Se van a intentar señalar las razones de la complejidad de esta problemática en el Código civil y las razones por las que probablemente en el Derecho aragonés, en ciertos ámbitos, se incrementa esta complejidad o, al menos, debe abordarse desde razones específicas.

Ante todo, digamos que las acciones más típicas hasta ahora mencionadas no son las únicas. Ya se ha indicado que Espejo Lerdo de Tejada ha sostenido convincentemente para el Código civil la posibilidad de que se deban reducir atribuciones de la sucesión intestada para poder respetar la legítima, ya con base en la regulación general de ésta en

relación con la regulación de la sucesión intestada, ya con base, en su momento, en el artículo 997, párrafo 2º, de la LEC de 1881, que sigue hoy vigente todavía<sup>186</sup>. Conviene advertir, para mejor valorar esa opinión, que el apego de la doctrina española a la idea engañosa de que la legítima forma parte de la sucesión voluntaria es tan grande, que me parece que la práctica totalidad de sus autores no han caído en la cuenta de que las donaciones cuantiosas pueden perjudicar a la legítima incluso si no hay testamento y sólo existe sucesión intestada que es atacada por legitimarios que han determinado su filiación con posterioridad a la apertura de la sucesión (legitimarios, por tanto, que pueden recibir sólo una pequeña parte de su legítima por vía de sucesión intestada y acaso la mayor parte de ella por vía de reducción de donaciones).

En Derecho aragonés me parece que, no existiendo legítima material individual, no caben en principio esos concretos “excesos” de la sucesión intestada o legal invadiendo la legítima ajena que ha descrito este autor para el Código civil, aunque quizás sí caben, en casos raros, otros “excesos” de la sucesión intestada equivalentes a esos<sup>187</sup>, pero, en todo caso, como sí cabe reclamar la legítima a una persona ya fallecida<sup>188</sup>, no puede descartarse que el legitimario desconocido y sobrevenido pueda atacar una sucesión ya distribuida de hecho (herederos aparentes o parcialmente aparentes) conforme a las reglas de la sucesión legal. En Derecho aragonés, según esto, cabría pensar cuando menos en una reclamación de legítima contra sucesores legales ordinarios, contra sucesores legales troncales o contra ascendientes que hubieran percibido de hecho el recobro de liberalidades (en más de la mitad del caudal base de la legítima, entonces, y siendo distintos en todo o en parte los demandados de los ascendientes herederos legales) desde la falsa idea de que el legitimario en cuestión no existía realmente. El supuesto se podría

186 Precepto legal que ha sido mantenido vigente por la disposición derogatoria única, apartado 1º, regla 2ª, de la LEC de 2000, hasta que entre en vigor una nueva Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. Cfr. su libro *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 239 a 243.

187 Intento imaginar un supuesto. Justo tiene una fortuna de unos 200.000 euros y no ha hecho donaciones significativas en su vida. Vive en un piso de su propiedad con su hermana Consuelo, que le cuida. Tiene un hijo, Simplicio, una nieta, Amanda, hija de Simplicio, y un bisnieto, Salvador, hijo de Amanda. Justo se lleva mal con su hijo Simplicio, pero tiene mucho cariño a su nieta Amanda. A raíz de una enfermedad que padece, decide hacer testamento en el que declara dejar la mitad de su fortuna a Amanda en concepto de legítima. Nada más dice en el testamento porque mantiene dudas íntimas sobre si dejar heredero del resto a su hijo Simplicio o a su hermana Consuelo. Posteriormente, a raíz de una riña con su nieta Amanda, hace nuevo testamento en el que excluye a Amanda absolutamente de cualquier derecho en su herencia y lega a su hermana Consuelo una importante finca que vale 150.000 euros. Fallece Justo en esa situación. Sería defendible, entonces, que la acción de defensa de la legítima y la legítima misma hubieran pasado a Salvador, hijo de Amanda, con base en el artículo 198-2º de la LS, con lo que Salvador tendría derecho a 100.000 euros de la herencia de Justo. El hijo de Justo, Simplicio, habría heredado por sucesión legal o intestada 50.000 euros y la hermana de Justo, Consuelo, habría recibido el legado de 150.000 euros. Para cobrar su legítima, Salvador debería dirigirse primero, en buena lógica (ESPEJO LERDO de TEJADA), contra los 50.000 euros de Simplicio, aunque la LS no contemple esta posibilidad, porque la sucesión intestada obviamente no entra dentro del concepto de “liberalidades” del artículo 180, letra a, de la LS, ni podría calificarse de “inoficiosa”, y luego contra Consuelo, de la que podría recuperar, por la vía del artículo 181-3º de la LS, los otros 50.000 euros de su legítima. La solución no es segura porque podría defenderse acaso que el artículo 198-2º de la LS presupone que sólo se aplica a los legitimarios de grado preferente, no siéndolo Amanda. Argumento que tiene a su favor no la letra del precepto ni el espíritu del art.198-3º, aunque sí el espíritu del art. 198-2º y la conexión lógica con el artículo 197-1º de la LS. La solución sugerida podría tener también en contra una interpretación amplísima (y discutible) de las primeras palabras del artículo 19 de la LS, que da el concepto genérico de sustitución legal. Como explicaré posteriormente este artículo 198 es un precepto nuevo de la LS y bastante desafortunado. Desde la más rigurosa distinción entre legitimarios inmediatos y mediatos de la Compilación, tiendo a pensar que no hubieran cabido en el Derecho aragonés supuestos como los señalados por ESPEJO LERDO de TEJADA de invasión por la sucesión intestada del ámbito de la legítima. Véase lo que explico también sobre el artículo 193-1º de la LS, al comentar la limitación de la letra del precepto al “caudal relicto”.

188 Véase sobre ello en este mismo trabajo el subepígrafe C de los que integran el presente epígrafe relativo a las acciones de protección de la legítima y su plazo (art. 178 de la LS). Y en mi comentario relativo a la legítima y su naturaleza jurídica en el Código civil, véase el ejemplo que he puesto en el texto cuyos protagonistas son Amable, Consuelo, Auxiliadora, Constante y Metodio. Cfr. también el artículo 766 de la LEC.

subsumir genéricamente en el del artículo 1080 del Código civil, pero siendo además el coheredero “preterido” de la partición hereditaria un verdadero legitimario con derechos en la sucesión intestada equivalentes o incluso preferentes sobre los de quienes ya se habían distribuido fácticamente la herencia supuestamente intestada. De modo que, aunque para supuestos de hecho distintos, o en parte distintos, de los del Derecho del Código civil, podemos traer al Derecho aragonés la convincente explicación de Espejo Lerdo de Tejada de que en ciertos casos, y siempre que haya sucesión intestada no atribuida a los legitimarios insatisfechos, el orden general de reducción de atribuciones para recomponer la cuota legal de legítima perjudicada debe empezar por la sucesión intestada, al menos aparente, y habiendo sucesión mixta, proseguir luego, en su caso, por las liberalidades inoficiosas (art. 180, letras a y b, de la LS).

Otra importante acción, sin base en el Código civil, pero que ha sido reiteradamente reconocida por el Tribunal Supremo es la acción para impugnar actos realizados en vida del disponente en fraude de legítima. La problemática de esta acción es compleja, puesto que se mezcla con la de las donaciones disimuladas. Suele discutirse si con esta acción se impugna en concepto de reducción de un negocio sustancialmente gratuito o liberalidad válidos (contratos onerosos con disfraz y que proporcionan un beneficio gratuito), o si puede tratarse incluso de una acción de invalidez por ilicitud de causa, como ha reconocido a veces el Tribunal Supremo, o por nulidad formal, o por otras razones<sup>189</sup>.

Pero en todo caso, se trate de inoficiosidad de la liberalidad o de invalidez de los actos perjudiciales para la legítima, parece que tiene que haber legítima propiamente dicha y por tanto que la reclamación tiene que ser posterior a la apertura de la sucesión. Como explicaba el profesor Lacruz, algunas de las consecuencias de la idea de la nulidad absoluta del acto dispositivo, como que el acto resultase impugnabile ya en vida del disponente, no las aceptaba nadie. De modo que no parece que se pueda proteger con esta acción la mera expectativa de hacerse legitimario y ya en vida del disponente. La traslación de esta jurisprudencia al Derecho aragonés, entendida de este modo, parece en principio fácil no sólo cuando se trate de un legitimario único o acaso de todos los legitimarios, sino también cuando se contemple la reclamación aislada de uno de los varios colegitimarios de grado preferente reclamando la impugnación o rescisión de actos de su ascendiente supuestamente cometidos en fraude de su derecho de legítima y tras la apertura de la sucesión. Este colegitimario legitimado lo estará por haber recibido atribución insuficiente en casos de lesión a la legítima global siendo legitimario preferente. Obsérvese que, en particular, antes de la apertura de la sucesión, no resultaría fácil reconocer la idea de “*lesión*” que requiere toda rescisión, siendo que la expectativa del aislado legitimario de grado preferente aragonés es, como se ha explicado, una “cuota vacía” que definitivamente podría llegar a quedar vacía según lo ordenado en el título sucesorio del disponente. Y recuérdese que la Ley 13/1983 de reforma del Código civil suprimió la legitimación activa que tenían los herederos forzosos para solicitar la declaración de prodigalidad de su ascendiente (art. 222 antiguo del Código civil).

Otro grupo de acciones que pueden servir para proteger la legítima son las que sirven para impugnar o rescindir la partición hereditaria, de cualquier forma que la misma se haya realizado, cuando haya perjudicado la legítima. Estas acciones están reguladas en el Código civil (arts. 1069 y 1073 y siguientes), que en esto es aplicable en Aragón

<sup>189</sup> En el primer sentido indicado, entendiéndose que suele haber una reducción y que la acción es una acción rescisoria, el profesor LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 168 a 170. En la misma línea DE LA CÁMARA, quien además aporta información jurisprudencial más reciente en el sentido de que, tras prolongada resistencia, el Tribunal Supremo parece orientarse también en esta dirección. Cfr. *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pp. 220 a 222.

como en el resto de los Derechos autonómicos o forales. Como ha sido autorizadamente advertido<sup>190</sup>, en todos los Derechos forales rigen las reglas del Código civil sobre legítimas lesionadas en la partición, y las reglas de rescisión, complemento y rectificación de éstas. La regulación de la LS sobre la partición hereditaria (arts. 50 a 53) no presenta relevancia para las acciones de protección de la legítima. Aunque podrá hacerse más infrecuentemente, la legítima es reclamable antes de la partición de la herencia<sup>191</sup>, demandando a la comunidad hereditaria y, después de la misma, es reclamable, demandando a los coherederos, sea cual fuere la forma de partición hereditaria que se haya adoptado. La jurisprudencia ha declarado razonablemente, en un caso de partición por el testador, que para corregir la lesión a la legítima procede juicio declarativo ordinario, pareciendo el juicio de testamentaría (hoy el procedimiento de los artículos 782 y ss de la LEC diríamos) dilatorio e inútil<sup>192</sup>. Ahora bien, pensando en los juicios ordinarios, presenta complejidad muy considerable la relación y correcta armonización de las acciones típicas de protección de la legítima tanto en los aspectos sustantivos como en los procesales. Debe advertirse también, que dada la parquedad de la regulación de la partición en la LS (artículos 50 a 53), la regulación de la partición hereditaria del Código civil habrá de entenderse adaptada a los pactos sucesorios, al menos si son pactos sucesorios para después de los días, y a la ejecución de la fiducia sucesoria, al menos si es hecha en testamento, y todo ello sin que se pueda excluir alguna relevancia de esta regulación del Código, pese a la existencia del artículo 53 de la LS, incluso a la partición hecha por el propio instituyente del pacto sucesorio, acaso de acuerdo con el instituido, o a la partición hecha por el propio fiduciario testador, ésta sí contemplada en el artículo 53 de la LS..

El Código civil sólo hace salvedades a favor del respeto debido a las legítimas cuando se refiere a la partición por el testador, partición que en principio considera más difícilmente rescindible (art. 1075) y parece que precisamente por eso insiste en el respeto necesario a las legítimas (arts. 1076, párrafo 1º, 1070-1º, y 1075). Pero evidentemente podrán haberse producido también lesiones a la legítima en particiones hechas por contador partidador designado por el disponente, por el contador partidador dativo, por partición por acuerdo de todos los coherederos, o por partición judicial de la regulada en los artículos 782 y siguientes de la LEC. En cualquiera de dichos supuestos el ejercicio de cualquiera de las acciones típicas de protección de la legítima que regula la LS parece que deberá encauzarse a través de, o completarse con, la acción calificada como de nulidad del artículo 1081, o la acción de saneamiento o evicción de los artículos 1069 a 1071, o la acción de rescisión de los artículos 1073 a 1080, todos del Código civil, o por varias de esas acciones simultáneamente en su caso. Aunque la regulación del Código civil se inspira en un principio de conservación en lo posible del negocio particional (art. 1077, párrafo 3º, sobre todo, y art.1080), parece que será difícil de evitar, cuando la lesión a la

190 Cfr. en tal sentido VALLET de GOYTISOLO, Juan, en *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo 2º, 1974, pg. 1142.

191 La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 ha declarado que la acción de complemento de la legítima del artículo 815 del Código civil presupone la práctica previa de las pertinentes operaciones particionales. Pero como objeta con toda razón ESPEJO LERDO de TEJADA, apoyándose en DE LA CÁMARA, debería bastarle al legitimario para demandar el cumplimiento de su legítima que existan el inventario y avalúo de los bienes del caudal, aunque no haya efectiva división de la herencia. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 214, nota 178, y 325, nota 204. LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen, más bien defiende, en cambio, la Sentencia de 8 de marzo de 1989 y reconoce que le resulta difícil concebir una acción de suplemento pura de la legítima ejercitada contra la comunidad hereditaria. Cfr. la obra colectiva coordinada por CAPILLA RONCERO, Francisco, *Derecho civil. Derecho de sucesiones*. Valencia, 1999, pp. 376-377.

192 En tal sentido la muy citada Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1961. Véase la misma recogida por LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pg. 141.

legítima sea de entidad cuantitativa considerable, que se haga preciso un reajuste general de las porciones de todos los partícipes del caudal atributivos de los bienes del mismo. O incluso se podrá lograr un reajuste “cualitativo” a través de la acción del artículo 182-2º de la LS que protege el pago de la legítima en bienes del caudal (*pars bonorum*), acaso canalizable como acción de “saneamiento” de la partición del artículo 1069 del Código civil. No es descartable aquí, con todo, tampoco la idea de una “lesión”, aunque fuera difícil de cuantificar en dinero, y de que proceda el cauce de la rescisión de los artículos 1073 y siguientes del Código civil.

La superposición de acciones acaso podrá robustecer de diversos modos las reclamaciones de los legitimarios insatisfechos. Por ejemplo, aunque las acciones de rescisión de la partición se plantean por el Código más bien como carentes de alcance real (art. 1077, párrafo 2º, sobre todo, y acaso también art.1080), en ciertos casos, por ser el derecho de un legitimario lo que se defiende, la reclamación tendrá efecto real. O por ejemplo, en ciertos casos de rescisión de una partición por existencia de lesión a una legítima si ha prescrito ya el plazo de la acción legitimaria de cinco años desde el fallecimiento del causante del artículo 178-1º de la LS, podrá existir todavía la posibilidad de rescindir la partición, subsistiendo los requisitos de esta concreta acción, si no han transcurrido todavía cuatro años desde la partición realizada (art. 1076 del Código civil).

Procesalmente parece que será, si no necesario (cfr. arts. 12-2º, 420 y 421 de la LEC), sí al menos conveniente, existiendo partición ya realizada de la herencia y supuesto que se hayan zanjado los pagos de las deudas a los acreedores de la herencia, impugnar no sólo las liberalidades de todo tipo inoficiosas o pretendidamente inoficiosas, sino la partición hereditaria misma, cuando la misma exista, por el cauce que sea más apropiado de los antes enumerados, y demandar por parte del legitimario preferente o no preferente insatisfecho, aparte de a los beneficiarios de donaciones inoficiosas si fuera el caso, a todos los coherederos que hayan intervenido en la partición y probablemente también a los restantes colegitimarios que pueda haber cuando no hayan intervenido en la partición, y al cónyuge titular del usufructo viudal en su caso o a otros titulares de derechos sobre los bienes objeto de la partición hereditaria. En los casos en los que exista indivisión de la comunidad hereditaria ordenada por el disponente (art. 50 de la LS) o consorcio foral sobre bienes inmuebles heredados por los descendientes (arts. 58 a 61 de la LS) podrá resultar mayor la conveniencia, al menos, del litisconsorcio pasivo necesario de todos los consortes, reclamando el legitimario contra la herencia o contra el título sucesorio. Acaso entonces el litisconsorcio pasivo necesario se haga ineludible.

Por lo demás, como ya ocurría bajo la Compilación de 1967, las acciones de protección de la legítima aragonesa y denominada “colectiva” son siempre, por supuesto, acciones individuales<sup>193</sup>, lo que también se ha de manifestar al final en la limitación de los efectos de la cosa juzgada, que actualmente, salvo en lo relativo a la determinación de la filiación como presupuesto del carácter de legitimario, no tienen nunca efectos frente a terceros (art. 222-3º de la LEC, que ni siquiera extiende los efectos de la cosa juzgada a las resoluciones sobre validez o nulidad de los testamentos, como hacía el anti-

193 Como recuerda, por ejemplo, CALATAYUD SIERRA, Adolfo, se ha propuesto a veces, y acaso estaba insinuada la idea en el proyecto de Compilación elaborado en Aragón, que la ley debería permitir a cada legitimario accionar para el conjunto de los legitimarios, solicitando el conjunto de la reducción necesaria de todas las liberalidades inoficiosas, pero esa idea nunca ha llegado a ser acogida por el legislador, probablemente con acierto, como afirma este autor. Cfr. *Las legítimas en Aragón*, en *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pg. 72. La idea la toma del profesor LACRUZ, en su trabajo *Derecho de sucesión por causa de muerte: de las legítimas, etc.* en el Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, nº 26, 1967, pp. 145 y ss.; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp.427 y 428.

guo artículo 1252 del Código civil). De ello podrán derivarse dificultades y desajustes cuando diferentes legitimarios perjudicados vayan iniciando por separado y sucesivamente pleitos en petición del respeto a sus legítimas pretendidamente insatisfechas. Si hay varios juicios que se mantienen separados habrá dificultades sobre en cuanto a en qué medida las acciones diversas deberán relacionarse o supeditarse a un orden lógico<sup>194</sup>; o cuándo existirá legitimación activa o pasiva de ciertas personas; o posibles cálculos repetidos pero con datos no coincidentes al determinar el caudal computable de la legítima y la legítima misma; etc. La voluntad concreta de la Ley podría decirse que se realizaría menos dificultosamente en un proceso general en el que participaran todos los titulares de derechos o intereses concurrentes en el conjunto de un concreto fenómeno sucesorio. Pero, evidentemente, ello puede no ser necesariamente así en la práctica.

El problema de la naturaleza de las acciones de protección de la legítima y de su alcance sólo personal o acaso también real, problema que no ha estudiado nunca como ya he explicado la doctrina aragonesa pero sí, abundantemente, la doctrina sobre el Código civil, es especialmente arduo por el peso de una compleja historia en esta regulación y porque, al profundizar en la cuestión, no hay más remedio que distinguir una serie de supuestos según cómo se den las situaciones posesorias; según qué títulos se hayan usado por el disponente para la distribución de sus bienes o para el pago parcial de la legítima; según se plantee el ejercicio de la acción antes o después de la partición hereditaria; según la concreta clase de partición hereditaria adoptada; según se acepte o no alguna forma de participación del legitimario como tal en la comunidad hereditaria; según qué acción de impugnación de la partición hereditaria se entienda aplicable; según qué naturaleza se atribuya a la concreta acción y si sea declarativa o constitutiva; según tenga o no incidencia el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su caso; etc.<sup>195</sup>.

En general podría decirse que hay acuerdo en que las acciones rescisorias tienen carácter personal y ninguna o muy limitada reipersecutoriedad según los casos y en que las acciones de nulidad pueden alcanzar efectos reales en más supuestos, así como que hay acuerdo en que la eficacia real de las acciones legitimarias se hace más fácil si se ejercitan antes de la partición de la herencia que si se ejercitan después. Es muy generalizada la doctrina que considera que son rescisorias las acciones de reducción de donaciones o de legados inoficiosos o de partición de la herencia por lesión; bastante generalizada la opinión que atribuye a la acción de complemento de legítima del artículo 815 del Código civil que se dirige a lograr la reducción de la institución de heredero, en los supuestos más característicos, carácter rescisorio también; es bastante generalizada la opinión que atribuye carácter rescisorio a la acción del preterido intencionalmente del artículo 814, párrafo 1º, tras la reforma legal del año 1981; y hay cierta división de opiniones sobre si existe acción rescisoria o acción de invalidez en cuanto a las acciones del

194 Este del orden posible de ejercicio de las diversas acciones de protección de la legítima y de sus posibles coincidencias, o su posible carácter preferente de unas sobre otras, es un tema del que se ocupó, aunque bastante esporádicamente, el profesor LACRUZ en sus trabajos publicados entre 1967 y 1969 y que permanece prácticamente inédito. Algunas indicaciones realicé también yo, sin apenas argumentarlas, en mi trabajo de 1997. Sin embargo, creo que es uno de los varios puntos de vista interesantes para asomarse a la complejidad que puede llegar a tener este tema de la legítima.

195 Se renuncia en este trabajo siquiera a hacer un resumen de las opiniones predominantes sobre las diversas acciones de protección de la legítima del Código civil. Para un buen y extenso resumen de la cuestión que muestre esta complejidad de la casuística a que aludo en el texto véase el comentario de VALLET de GOYTISOLO, Juan B., a los artículos 806 a 857, en el *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, Tomo 1º, 1993, pp. 1974 a 2103. Para una excelente exposición sintética de la cuestión del posible carácter real de las acciones de protección de la legítima, cuestión en la que inciden de forma decisiva los artículos del Código civil sobre partición de la herencia, puede verse la explicación de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, en *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pp. 210 a 220.

preterido no intencionalmente o del desheredado injustamente. Predomina la opinión de que las acciones legitimarias, incluidas las de preterición, no son personalísimas, existiendo mayores dudas para el caso de la acción del desheredado injustamente<sup>196</sup>. Aparte de ello, y como he explicado al comentar la naturaleza de la legítima en el Código civil, es previsible que la importante reforma del instituto que ha introducido la reciente Ley 41/2003 acabe teniendo influencia considerable en este panorama doctrinal tan sumariamente descrito.

Para una indagación rigurosa de la naturaleza y efectos de las acciones de protección de la legítima en el Derecho aragonés hay que volver a recordar, aunque pueda parecer obvio, que no se trataría de una traslación en bloque y sin matices de la doctrina existente sobre el Derecho supletorio del Código civil, sino de una interpretación compleja de ensamblaje de dos sistemas legales que son parcialmente distintos. Por ejemplo, la legítima de la LS no recae sobre ascendientes y cónyuge y, en cambio, se extiende en teoría a pactos sucesorios y fiducias sucesorias a los que debe adaptarse en lo posible, según antes se ha indicado, la regulación de la partición de la herencia del Código civil sustancialmente aplicable en Aragón; la historia de la legítima fue muy distinta en ambos sistemas en el Antiguo Régimen aunque se produjo un considerable y benéfico acercamiento de ambos en el Apéndice de 1925; nuestra vigente LS (art. 180, letra a) ha unificado la reducción de todas las liberalidades inoficiosas, diferenciadas a estos efectos en el Código civil; existe en el Derecho aragonés el “*consorcio foral*” de los artículos 58 a 61 de la LS que tiene incidencia considerable en lo que heredan y cómo lo hacen los descendientes aragoneses; la falta en el sistema legitimario aragonés de una propia legítima estricta “*material*” dificulta o da perfiles propios y específicos a la idea de “*lesión*”, y acaso a la de “*rescisión*” también, en relación a la preterición y a la desheredación; etc.

## **B) Carácter rescisorio de las acciones del artículo 123 de la Compilación.**

En este subepígrafe vamos a detenernos en esta última cuestión apuntada al final del anterior, y a reflexionar sobre la naturaleza de la acción del preterido singular del artículo 123 de la Compilación, porque clarificar dicha naturaleza jurídica, que en mi trabajo de 1997 calificué como rescisoria<sup>197</sup>, tiene trascendencia en la aplicación de la disposición transitoria 10ª de la LS, como veremos en el penúltimo epígrafe del presente trabajo.

El profesor Lacruz, criticando en 1973 la calificación como acción rescisoria que proponía para la versión antigua del artículo 814 del Código civil Vallet de Goytisolo, había afirmado<sup>198</sup>, intentando justificar que el plazo de esa acción duraba 15 años según el artículo 1964 del Código, que acaso las categorías de nulidad y anulabilidad no admiten una traducción exacta desde los contratos al testamento, “*y en particular cuando, como en el presente caso, se trata de una causa distinta por igual del error y de los otros eventos que determinan la impugnabilidad; así como de la lesión y cuantos dan lugar a la rescisión. La infracción*

196 Personalmente tiendo a pensar que tienen razón los que señalan esa acción del desheredado injustamente, por el tipo de cuestiones que se hace necesario discutir en el proceso, como personalísima. Lo discutido excede de una mera cuestión económica. Véase en tal sentido, por ejemplo, VALLET de GOYTISOLO, Juan B., en su comentario al artículo 851 del Código civil, en el *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Tomo 1º, 1993, pg. 2091. No me conviene en cambio la explicación del autor, contrariando la de mi maestro el profesor LACRUZ, de que también sería personalísima la acción de preterición. Cfr. *Panorama del Derecho de sucesiones*, Tomo 2º, 1984, pp. 217 a 219.

197 Cfr. mi citado trabajo de 1997, donde calificué en efecto como rescisoria la acción del artículo 123 de la Compilación de 1967, pg. 34.

198 Cfr. su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 188-189.



*es aquí formal, al menos en un primer momento, y el resultado patrimonial de la acción no proporciona el importe de la pretensión legitimaria, sino, probable o posiblemente, un valor distinto*". Esta afirmación se mantuvo en la edición del libro de 1981, edición aparecida recién salida la reforma legal de 1981 que cambió radicalmente el artículo 814 del Código civil (probablemente había faltado al maestro tiempo para asimilar plenamente la reforma legal), y todavía se mantuvo en una nota a pie de página en la edición de 1988, aunque ahora ya contradiciendo una explicación del texto que se esforzaba por mantener el plazo de 15 años para la prescripción de la acción, pero que reconocía ya el carácter de acción rescisoria de la preterición intencional, mientras que calificaba como acción de anulabilidad por error la acción de preterición errónea. Parece seguro, además, que la afirmación de Lacruz de que "*el resultado patrimonial de la acción no proporciona el importe de la pretensión legitimaria, sino, probable o posiblemente, un valor distinto*", que podía sostenerse cabalmente para el antiguo artículo 814 del Código civil, que anulaba toda la institución de heredero siguiendo los esquemas romanos, no era ya sostenible en absoluto para la preterición intencional tras la reforma legal de 1981 y cuando el artículo 814, párrafo 1º, pasó a ordenar que, para respetar la legítima que no se podía perjudicar, "*se reducirá*" la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Por eso hoy la mayoría de la doctrina califica como rescisoria la acción del preterido intencionalmente y, probablemente por eso, en la edición de 1993 del libro de Lacruz, el profesor Delgado Echeverría suprimió definitivamente de la obra la afirmación del maestro inicialmente transcrita y que había quedado claramente residual y desfasada desde la reforma legal de 1981<sup>199</sup>.

Retengamos de toda esta explicación la idea del profesor Lacruz de que la aplicación de la noción de rescisión requiere la idea de una lesión y que la acción esté además directamente dirigida a evitar o resarcir por esa lesión. Los artículos 1290 y 1300 del Código civil podrían ayudarnos también a persuadirnos de lo correcto de dicho planteamiento. ¿Podemos aplicar esa noción al artículo 123 de la Compilación aragonesa de 1967?. En mi opinión sí, aunque no con tanta claridad como respecto del vigente artículo 814, párrafo 1º, del Código civil, por las siguientes razones, que se entenderán mejor si se repasa lo explicado en este mismo trabajo sobre la gestación histórica de este precepto desde el Apéndice de 1925.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el artículo 123 como una pieza clave del sencillo y razonable sistema legal de legítima de la Compilación y su distinción básica entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos. Para los inmediatos el legislador partía de que estaban por ley incluidos en la legítima salvo que se les sacara de ella por el disponente por medios lícitos (mención para excluir del artículo 120; o desheredación justa, por aplicación supletoria del Código), mientras que a los legitimarios mediatos sólo a partir de atribuciones negociales expresas y concretas del disponente se les podría incluir en la legítima. Por ello, el "legitimario inmediato", antes de la apertura de la sucesión, tenía una expectativa o "cuota vacía" de legítima que, al morir el disponente, podía pasar a tener, según los casos o las concretas infracciones de la legítima causadas por el disponente, diversas cuantías legales concretas. Más que un verdadero derecho como honorífico del legitimario inmediato a ser nombrado en el testamento o pacto sucesorio, lo que había era esa *pertenencia legal genérica a la legítima* de la que sólo por una declaración expresa en el título sucesorio (la tradicional legítima simbólica era eso: una

<sup>199</sup> Cfr. del *Derecho de sucesiones* de LACRUZ, que desde 1981 ya formaba parte de sus *Elementos de Derecho civil*, la edición de 1981, pg. 526; la edición de 1988, pg. 555 y nota 5; y la edición de 1993, ya fallecido el maestro y puesta al día por sus discípulos, pg. 443.

exclusión expresa) le podía sacar o expulsar el disponente. Pero que esa expulsión o exclusión expresa de la legítima (y no expulsión, como en el Código civil en 1967, de la sucesión intestada) era jurídicamente necesaria y que incumplirla era ilícito se demostraba porque la propia ley reaccionaba en contra y cuantificaba legalmente digamos que el daño acaso moral causado al excluido por no seguir el modo legal previsto de exclusión en la concreta cantidad de la cuota del legitimario menos favorecido por el testador; y se demostraba también porque a esa situación del preterido se equiparaba la de la desheredación injusta, que también era una forma de sacar ilícitamente y con cierto daño moral al legitimario inmediato de la mencionada *pertenencia legal genérica a la legítima*.

De modo que, en segundo lugar, en la Compilación había también una *“lesión”* suficientemente precisa, según la mente del legislador, como para que se pudiera pensar, respecto de los legitimarios inmediatos, en una preterición singular o en una desheredación injusta singular pese a no haber en el Derecho aragonés cuota legal material o estricta de legítima. Porque precisamente sabemos que esta regulación se gestó muy razonablemente en el Apéndice de 1925 como una forma de introducir en el Derecho aragonés la preterición romana, fundiéndola con la plena libertad de distribución de la legítima global característica de la tradición aragonesa y resolviendo el prolongado contencioso de muchas décadas sobre el *“suplemento de legítima”* que los segundones de las familias aragonesas excluidos de las legítimas se empeñaron tenazmente en reclamar durante décadas ante los tribunales. Observe el lector cómo en el artículo 123 sí que se da la característica que exigía Lacruz a la rescisión en su larga frase antes transcrita, y dirigida en 1973 contra Vallet de Goytisolo, de que en ese modo de ineficacia tiene que haber una correspondencia entre el *“importe de la pretensión legitimaria”* y el *“resultado patrimonial”* que se obtenga con la acción de rescisión. Esta es, en efecto, la técnica de la reducción de la eficacia de negocios jurídicos válidos, característica de la rescisión y anti-tética, en línea de principio, a la técnica de la nulidad de los actos jurídicos. El *“importe de la pretensión legitimaria”* era en el artículo 123 de la Compilación la cuota legal del legitimario menos favorecido por el testador y el *“resultado patrimonial”* que se obtenía, tras el ejercicio fructuoso de la acción, era obtener bienes por importe de dicha cuota legal a base de detraerlos de las porciones de legítima atribuidas a todos los restantes legitimarios. Veremos también a continuación que dejó explicado el profesor Lacruz que el artículo 123 no daba lugar a la apertura de la sucesión intestada, lo que creo que era cierto, y otro síntoma más de que no contemplaba acciones de invalidez del título sucesorio. En el Apéndice (artículo 32) todavía no estaba totalmente (sí sustancialmente) claro que esa exclusión mencionada lo era de la legítima y no, como en el Código civil, de la sucesión intestada, pero en el artículo 123 de la Compilación esos aspectos se pulieron con admirable técnica jurídica y la cosa quedó ya totalmente clara para el futuro. La exclusión del Derecho aragonés era una exclusión de la legítima y se relacionaba íntimamente con el régimen de la preterición.

En tercer lugar, para comprender porqué al legislador aragonés de 1967 no le preocupó apenas la preterición errónea o no intencional y sí le preocupó, y mucho, la intencional, que era la contemplada casi en exclusiva, hay que considerar, aparte la gestación histórica del precepto ya recordada, los datos jurídicos y sociológicos de ese momento histórico. En cuanto a los datos jurídicos, hay que tener en cuenta que el Derecho de la filiación de la época impedía a los hombres casados reconocer hijos adulterinos y que las excepciones a la presunción legal de paternidad del marido de la madre eran casi sólo teóricas y en la práctica insignificantes. Además, los datos sociológicos de la sociedad

española y aragonesa de la época nos muestran unas familias siempre matrimoniales y habitualmente con varios hijos (era normal, tener tres o más hijos, al menos en la clase social a la que pertenecían los autores del anteproyecto de Compilación). De modo que, en ese contexto jurídico y social tan distinto del actual, la hipótesis de un olvido o desconocimiento de un hijo cuya filiación estuviera legalmente determinada era una hipótesis poco más que académica. Y es lógico que para esa rara hipótesis no se viera tampoco como una mala solución la de dejar al legitimario inmediato preterido no intencionalmente la cuota legal del legitimario menos favorecido por el testador.

En cuarto lugar, el profesor Lacruz, Director durante siete años del Seminario que redactó el anteproyecto de Compilación, aunque reconoció, según he explicado, el carácter rescisorio de la acción del preterido intencionalmente del artículo 814-1º del Código civil en su versión de 1981, es cierto que no afirmó expresamente el carácter rescisorio de la acción del legitimario inmediato preterido singularmente del artículo 123 de la Compilación. Ya se ha explicado que en todos sus trabajos sobre la legítima aragonesa de los años 1967 a 1969 el profesor Lacruz eludió conscientemente pronunciarse sobre los aspectos más teóricos de esa regulación e hizo una explicación más bien exegética y descriptiva. Sin embargo, aunque no reconociese el maestro ese carácter rescisorio de la acción del artículo 123 de la Compilación, toda su explicación es perfectamente coherente con lo que aquí se acaba de explicar. En efecto, explicó el maestro<sup>200</sup> que fue consciente el no reconocer por los autores del anteproyecto de Compilación diferencias entre la preterición voluntaria y la involuntaria; que ello se hizo inspirándose en el Apéndice y procurando proteger sobre todo la libertad del disponente de desigualar a los legitimarios, manteniendo, frente al preterido, las proporciones que aquél estableció; que no pareció oportuno a los redactores de la Compilación trasladar a la preterición individual la distinción entre omisión voluntaria o involuntaria, pues en ella, habiendo institución desigual, del hecho del olvido o desconocimiento de la existencia de un legitimario (o superveniencia ulterior del mismo) no cabía deducir que el causante le hubiera otorgado en su herencia una porción igual a la mayor, resultando hartamente probable lo contrario, y que eso es lo que hizo la ley en el artículo 123. Y explicaba también el profesor Lacruz, en ese mismo lugar, que el artículo 123 no daba lugar a la apertura de la sucesión intestada, en lo que se diferenciaba esencialmente la regulación aragonesa de la del Código civil de entonces (artículo 814 antiguo).

En quinto lugar, y como una especie de “prueba del nueve”, creo que sería difícilísimo razonar que las acciones reconocidas en el artículo 123 de la Compilación de 1967 se basasen en acciones de nulidad del testamento o del título sucesorio (pacto sucesorio, también, en teoría), porque en sus supuestos de hecho no se contemplan vulneraciones de normas imperativas ni ninguna de las otras razones que conforme al Derecho español de esa época, ni al posterior, podían fundar la invalidez de negocios jurídicos ni la invalidez de negocios jurídicos sucesorios, más en particular.

### **C) El artículo 178-1º, apertura de la sucesión y delación.**

Como parece seguro que el artículo 178 de la LS se refiere sobre todo a las acciones de condena al cumplimiento de la legítima de quien tiene el deber de legítima o de sus herederos o sucesores, acciones que son las reguladas en el Título de la Ley en que se contiene dicho precepto, voy a reflexionar en el presente subepígrafe exclusivamente

<sup>200</sup> Cfr. su trabajo *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en Anuario de Derecho civil, 1968; y en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 474-475.

sobre éstas, dejando para el último subepígrafe (G) del presente epígrafe algunas breves consideraciones sobre la acción meramente declarativa de legítima, ejercitable como excepción o en defensa de situaciones posesorias o de ejercicio de derechos por el legítimo, ciertamente de uso mucho menos frecuente o verosímil en la práctica que el de las mencionadas acciones de condena.

El artículo 178 de la LS, sin distinguir expresamente acciones de condena y declarativas, fija a todas las acciones específicas de defensa de la legítima un plazo de cinco años a contar, como regla general, desde el fallecimiento del causante o, según literalmente se afirma, desde la delación de la herencia, si ésta se produce con posterioridad. Este plazo parece que proviene del artículo 33 del Apéndice y, acaso mediatamente, del plazo de cinco años desde que el heredero entraba en posesión de la herencia que había establecido para la querrela por testamento inoficioso la Partida 6.8.4.

Son supuestos de esta delación retrasada de la sucesión los casos de fiducia sucesoria, en los que hay que tener en cuenta el propio plazo previo a la ejecución de la fiducia, cuyo término puede demorarse muchos años, sobre todo cuando el único fiduciario sea el cónyuge del comitente y cuando existan legitimarios preferentes de corta edad al fallecimiento del causante (arts. 129-2º y 130, letra a, de la LS)<sup>201</sup>. Véase también, para los supuestos de institución bajo condición suspensiva o de llamamientos sucesivos a la herencia sin frustrarse el llamamiento anterior, el artículo 6, apartados 2º y 3º, respectivamente, de la LS.

Con todo, en todos estos supuestos de delación retrasada no es que el plazo sea también de cinco años y que empiece a correr después de la delación, como afirma claramente la letra del artículo 178-1º y alcanzando siempre a todos los supuestos de delación retrasada, sino que el plazo, al menos en ciertos casos, entiendo que empezará a correr en principio desde el fallecimiento del causante y durará, acaso, aunque esto tampoco sea seguro, hasta cinco años después de producida la delación de la sucesión. Esta afirmación tiene grave trascendencia interpretativa en relación con problemas estructurales del sistema legitimario aragonés adelantados al explicar la liquidación de la legítima para la formación del caudal computable y la distinción legal entre legitimarios de grado preferente y legitimarios de grado no preferente. La explico, por ello y por la complejidad del asunto, con un ejemplo. Recomiendo al lector interesado también, para acceder con mayor comodidad a mi pensamiento, releer o tener en cuenta lo que he

<sup>201</sup> Más concretamente, el día inicial para el cómputo del plazo del artículo 178-1º de la LS en caso de fiducia habría de ser el del fallecimiento del fiduciario cuando éste hubiera ejecutado la fiducia en testamento y el día del otorgamiento de la escritura pública de ejecución cuando de tal forma se hubiera ejecutado la fiducia (arts. 133 y 141 de la LS). Para este segundo caso plantea RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, la posibilidad, ciertamente viable, de que por un cierto ocultamiento del otorgamiento de la escritura de ejecución de la fiducia, y por el correlativo desconocimiento del mismo por el legitimario preferente (preterido, en su razonamiento, pero el argumento sería extensible a otros supuestos de reclamación de la legítima), pudiera devenir ilusoria la posibilidad concreta de ejercicio de la acción por el mencionado legitimario. Para remediarlo propone una interpretación, que bien califica como correctora, apoyada en cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y según la cual el legitimario preferente (preterido) podría empezar a contar el plazo de su acción desde que conociera el otorgamiento de la escritura de ejecución de la fiducia por el fiduciario, caso de haber habido un cierto ocultamiento de dicho otorgamiento por parte del fiduciario o de otros interesados, o desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha escritura pública de ejecución de la fiducia, habiendo en la sucesión y en su ejecución bienes inmuebles, puesto que desde dicha inscripción en el Registro pudo al menos conocer el legitimario (preterido) la existencia de dicha escritura pública de ejecución. Cfr. *La preterición*, en *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2001, pg. 43. Creo que esta interpretación de RODRÍGUEZ BOIX, que el propio autor parece ofrecer prudentemente como interpretación arriesgada, es bienintencionada pero muy difícil de justificar formalmente, puesto que se trata de traer a nuestro supuesto como por una especie de analogía impropia, no ya la aplicación de una norma legal, sino más bien la aplicación de una jurisprudencia del Tribunal Supremo y dictada para el supuesto considerablemente distinto de la acción revocatoria o pauliana frente a enajenaciones fraudulentas de bienes por parte del deudor.

explicado más en general al explicar, en particular, en un subepígrafe específico, el sentido general de la distinción legal entre legitimarios de grado preferente y legitimarios de grado no preferente.

Piénsese que Nicasio, divorciado y con una única hija llamada Remedios, con la que ha vivido muchos años, deja en testamento todos sus bienes a su amante, Constancia, bajo la condición suspensiva de que ésta consiga terminar la carrera de Medicina. Para el caso de que no se cumpla esta condición, y Remedios abandone sus estudios de Medicina, el testamento nombra heredera de todo a Liberada, hermana de Nicasio.

Para un caso así creo que debería ser por completo irrelevante, en cuanto al *quantum* de legítima reclamable, que Nicasio hubiera mencionado o no, o que hubiera excluido o no, o que hubiera excluido simple o absolutamente, a Remedios en su testamento (arts. 192, 197-2º y 198-3º de la LS). Si al fallecer Nicasio, Constancia queda con su carrera de Medicina a medio hacer, habría que poner en administración la herencia (arts. 9-4º y 11 de la LS y art. 801 y ss. del Código civil), pero entiendo que la mitad de la herencia de Nicasio, que es seguro en todo caso que se habría atribuido en perjuicio de la legítima de Remedios, debería poder reclamarla ésta con base en principio en los artículos 179-2º y 180 de la LS desde el fallecimiento mismo de Nicasio, debiendo quedar en administración y dependiendo del cumplimiento de la condición suspensiva sólo la otra mitad de la herencia (suponemos de momento que no hay *donatum*)<sup>202</sup>. Carecería de todo fundamento razonable, pese a la letra de este artículo 178, hacer esperar a Remedios varios años, impidiéndole impugnar el testamento, hasta que se viera si Constancia acababa la carrera de Medicina o la abandonaba definitivamente, para reclamar la legítima que le corresponde, y que desde el principio se sabe que ha sido lesionada por el testamento de Nicasio, se cumpla o no se cumpla la condición del testamento. Remedios tiene por ley derecho a la mitad de la herencia de su padre y le resulta en principio indiferente que la otra mitad de la herencia vaya a parar a Constancia o a Liberada. Obsérvese que la propia Ley reconoce la existencia de un derecho de la legitimaria Remedios renunciabile desde antes de la delación (art. 177-1º y 2º). La condición impuesta por el disponente a la institución de heredero, que sin duda vincula la delación y aceptación de esta herencia por parte de Constancia, en absoluto alcanza en su eficacia al nacimiento o existencia jurídica del derecho legitimario de la, aquí única, legitimaria preferente<sup>203</sup>.

En cuanto a la acción para que reclamara Remedios su legítima desde el principio, en rigor bastaría en cualquiera de los supuestos con una acción general de reducción de liberalidades, que la Compilación de 1967 recogía en el artículo 124 y la vigente LS en

202 Explica DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, comentando el artículo 815 del Código civil, que la reclamación de la legítima previa a la partición de la herencia es admisible cuando haya una lesión cuantitativa patente de la legítima. Cfr. *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, pp. 214-215.

203 Obsérvese cómo los artículos 802 y 803 del Código civil están dominados por la idea de conseguir que, quienquiera que sea el administrador de la herencia sometida a condición suspensiva, no deje de prestar fianza, pudiendo intervenir los tribunales y hasta designar administrador a un tercero, siempre que preste fianza. Pero todo ello sólo tiene sentido contemplando la herencia en su conjunto y en la medida en que la condición mantiene una incertidumbre entre dos posibles herederos finales según se cumpla o no la misma. Y ya se ve que, en nuestro ejemplo, la mitad de la herencia de Nicasio tiene que ser por ley para Remedios sin incertidumbre alguna y sin que unos preceptos como los mencionados pudieran tener sentido alguno para una solución razonable del problema planteado. Lo mismo cabría deducir del artículo 1054 del Código civil, aplicable supletoriamente en Aragón, y que admite que los coherederos no afectados directamente por la condición soliciten una partición provisional de la herencia aunque asegurando el derecho de los coherederos condicionales para el caso de que se llegue a cumplir la condición, pero ello porque de que ésta se cumpla o no depende evidentemente la distribución final de la herencia entre los herederos condicionales y los no condicionales. Es evidente que no sería el caso del derecho legitimario de Remedios en la herencia de su padre Nicasio y con institución condicional a favor de Constancia. Véase también el artículo 904 del Código civil, conforme al cual, el albacea a quien el testador no haya fijado plazo tiene que cumplir su encargo en el plazo de un año después de que terminen los litigios promovidos sobre validez o nulidad del testamento o de sus disposiciones.

los artículos 179-180, o si se quiere, más ampliamente, una acción de legitimaria insatisfecha (Espejo Lerdo de Tejada). Si Nicasio no hubiera ni nombrado a Remedios en su testamento, ésta hubiera podido acudir directamente y desde el principio a la acción de reducción de liberalidades (arts. 192 y 179-180 de la LS), y después esperar a ver si se cumplía o no la condición puesta en su testamento por Nicasio.

Y el razonamiento explicado, en cuanto a la posibilidad de nuestra legitimaria Remedios de reclamar su legítima anticipadamente a la delación de la sucesión de su padre, no debería ser diferente si hubiera varios legitimarios preferentes en lugar de uno solo o si, por existir unas donaciones cuantiosas del disponente, se plantease además la posibilidad de que Remedios, o Remedios y sus otros hermanos, utilizara(n) también la acción de reducción de donaciones inoficiosas del artículo 180, letra b, de la LS. En los casos en los que hubiera que utilizar esta última acción incluso dispondríamos de un nuevo argumento directo e importante para asegurar o confirmar la explicación que estoy dando, como es el texto del artículo 654 del Código civil, precisamente relativo a la acción de reducción de donaciones inoficiosas, y artículo que, como expliqué al comentar el régimen jurídico del caudal computable de la legítima, no está desplazado en su aplicabilidad en Aragón por el artículo 174-1º de la LS. Según este precepto, para saber si las donaciones son inoficiosas hay que computar *“el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte”*. O sea, computar el valor líquido de los bienes del donante causante a la apertura de la sucesión, sin que se hagan excepciones para los supuestos en que acaso pueda estar prevista en el título sucesorio una delación retrasada. Y para saber si hay perjuicio a la legítima hay que hacer siempre una liquidación al menos estimatoria o meramente contable antes de interponer la demanda. La idea del artículo 654, aparte el peso de su gran racionalidad, creo que irradia como argumento a todos los supuestos de reducción de liberalidades inoficiosas, estrechamente agrupados todos en la letra y el espíritu del artículo 179 de la LS y acaso más allá, a todos los supuestos de impugnación judicial en defensa de la legítima.

Remedios ha adquirido en cualquiera de los supuestos explicados, por ministerio de ley imperativa, su legítima con la apertura de la sucesión, sin necesidad de específica delación, al menos como parece entenderla la LS, ni de un *“animus”* o aceptación de su derecho, y desde que el monto de su legítima sea susceptible de calcularse, lo que en abstracto debe de ser posible siempre desde la apertura de la sucesión y en concreto depende de una casuística inabarcable en la que sólo el arbitrio judicial inteligente debe tener la última palabra. No parece que haya inconveniente, además, en que, al iniciar el pleito de reclamación de la legítima con la interposición de la demanda por el legitimario, ésta sea sólo determinable o liquidable en abstracto, aunque todavía no se haya plenamente determinado o *“liquidado”* (art. 174-1º) concretamente. Además, la acción de Remedios en defensa de su legítima debe entenderse que pueda considerarse una verdadera acción de condena y con aspecto vindicatorio, si como tal se plantea, y no meramente un acción declarativa de su derecho. Y el ejercicio judicial de su acción, o la reclamación extrajudicial de su derecho de legítima, por Remedios, no serían aceptación de herencia ni de legado en sentido técnico (arts. 27 y siguientes de la LS), ni siquiera tácita, sino meros actos de ejercicio de su derecho adquirido automáticamente por ley como legitimario preferente.

La legítima es probablemente en Derecho aragonés, como ya se adelantó, y con carácter tendencialmente general, aunque no con carácter general y absoluto, un título universal específico de adquisición sucesorio distinto tanto de la sucesión voluntaria como de la legal. No es Remedios una sucesora por causa de muerte a título particular

por disposición legal, pese al artículo 4-2º de la LS, que parecería querer incluirlo en su ámbito forzosamente, puesto que tiene un derecho legal a una cuota del caudal base de la legítima, o sea, derecho a “*una parte alícuota del patrimonio del fallecido*” (cfr. art. 4-1º de la LS), como corresponde a las adquisiciones a título universal, ni adquiere su derecho desde el momento de la delación, según parece entender este término la LS, pese a lo que afirma el artículo 7-3º de la LS. Ni encaja el título adquisitivo de Remedios, no requiriendo propiamente delación, en la noción de “*delación por disposición de ley*” a que alude engañosamente el artículo 2-1º de la LS, como si pretendiera abarcar el conjunto del fenómeno sucesorio en nuestro sistema legal e incluir en el mismo las acciones nacidas por ministerio de la ley cuando se incumple la legítima. El supuesto de hecho legal adquisitivo respecto de los legitimarios, y en particular respecto de los de grado preferente, cuando se produzcan vulneraciones de cualquier tipo de su legítima, es, en principio, que tengan esas personas mera capacidad jurídica y de heredar y que tengan además, conforme a la ley, esa condición de legitimarios en el momento de la apertura de la sucesión. Pero no parece que el mencionado supuesto de hecho legal requiera nada más.

Obsérvese además, en particular, que en nuestro ejemplo, tras la muerte de Nicasio, y pese a la existencia de la condición suspensiva, es perfectamente calculable el monto de la legítima (y del caudal computable correspondiente) de Remedios conforme al artículo 174 de la LS. Aquí el “*tiempo de liquidarse la legítima*” debería ser, si Remedios quiere impugnar el testamento poco después de la muerte de su padre, ese preciso momento. Y carecería también de fundamento razonable exigir a Remedios que además de sobrevivir a su padre Nicasio (art. 10-1º de la LS) tuviera que mantenerse viva, para no perder su derecho legitimario, acaso varios años más, hasta que se supiera si la condición suspensiva impuesta a Constancia se había cumplido o no. Remedios habría adquirido ya su derecho de legítima desde la apertura de la sucesión y con base en ley imperativa, habiéndose producido ya el supuesto de hecho legal necesario para ello. Por eso, si falleciera Remedios sin cobrar su legítima, tanto antes como después de ejercitadas sus acciones de defensa de la misma, su derecho de legítima, incluido en el conjunto de su herencia, debería de pasar a sus herederos, acaso voluntarios, con base, en los artículos 1º y 3º, y no habiendo sucesión voluntaria, por sucesión legal ordinaria, con base en los artículos 201 y 202 de la LS. Y siendo esos herederos voluntarios de Remedios además descendientes suyos, serían desde luego legitimarios suyos también, pero entonces ya con derechos inmediatos a la legítima de Remedios y no a la de Nicasio. Si Constancia consiguiera terminar años después la carrera de Medicina, se produciría la delación de la herencia, ya reducida para entonces ésta a la mitad de lo que Nicasio dejó al morir. Fallecida Constancia en tal momento sin haber llegado a aceptar o repudiar la herencia, el *ius delationis* sobre esa parte de herencia que restaría pasaría por ley a los herederos de Constancia con base en el artículo 39 de la LS. O con base en los artículos 39, 7-3º y 163 de la LS, en su caso.

No sucedería la transmisión del derecho legitimario de Remedios a sus herederos, por tanto, con base en una especie de “*premorienencia*” atípica que parecería insinuar que exista siempre el artículo 173-1º de la LS o también los artículos 19 y 24-1º de la LS. La frase introductoria del artículo 19 de la LS, que somete la eficacia de los tres preceptos citados sobre sustitución legal en la legítima a la voluntad soberana del disponente nos sirve acaso aquí, afortunadamente, aunque no como argumento directo y decisivo, para señalar, en una dirección de flexibilización del significado de la letra de la ley, el carácter realmente residual a nuestros efectos de esos tres preceptos legales citados. Carecería de todo fundamento razonable intentar impedir la eficacia de un testamento válido de

Remedios pretendiendo la rígida aplicación preferente de la sustitución legal con base en los artículos 173-1º y 24 de la LS, como si fueran éstas reglas ineludibles y absolutas. Además, incluso habiendo un *donatum* superior a la mitad del caudal computable de la legítima de Remedios, sí que prevalecerían las normas de protección a la legítima de los posibles descendientes de Remedios, pero ello, conforme a las reglas generales y tanto existiera testamento o negocio *mortis causa* de Remedios, que debería ser mantenido entonces en lo posible incluso en sus disposiciones sobre la legítima, y con mayor razón en las restantes, como también si la herencia de Remedios hubiera de deferirse íntegramente por vía de sucesión legal, convenientemente rectificadas esa herencia, entonces, en su caso, de ejercitarse las acciones correspondientes, para salvaguardar la legítima.

Así que Remedios, fallecida tras la muerte de su padre Nicasio pero antes de la delación de la herencia de éste, es legitimaria preferente de Nicasio, sin que se haya requerido la “premorienencia” aludida en el artículo 173-1º, que pretendidamente habría de conferir a los descendientes de Remedios, y por ley, la condición de legitimarios de grado preferente de Nicasio. Y así sucederá en la mayoría de los supuestos de fallecimiento del legitimario preferente tras la apertura de la sucesión del causante y antes de la delación de ésta. O sea, que pese a la gran insistencia de la LS de 1999 en la relevancia del momento de la delación de la herencia, a efectos de la protección de la legítima frente a cualquier vulneración, el momento verdaderamente decisivo es, como bajo el régimen de la Compilación de 1967 y del Código civil, el momento de la apertura de la sucesión<sup>204</sup>.

Con la mejor terminología de la Compilación de 1967 podemos afirmar, aunque muchos preceptos de la LS parezcan sugerir lo contrario, que Remedios es legitimaria de su padre fallecido Nicasio por haber sido a la apertura de la sucesión descendiente suya “*sin mediación de persona capaz de heredar*”, y podemos afirmar también, a la vez, que los posibles descendientes inmediatos de Remedios, los integrantes de su estirpe, aunque ésta muera tras la muerte de Nicasio y antes de la delación de la herencia (cumplimiento de la condición suspensiva), no son en realidad, en principio, por ese solo hecho, descendientes o legitimarios “*sin mediación de persona capaz de heredar*”. Por eso, la concisa y sabia terminología de la Compilación describía con gran precisión los legitimarios inmediatos o dotados de derechos legales, como descendientes del causante “*sin mediación de persona capaz de heredar*”, pero no introducía el vidrioso término de la premorienencia u otros de los que originaban la representación en la sucesión intestada, acaso para eludir problemas interpretativos y la consiguiente necesidad de delicadas distinciones derivadas de la extensa casuística implicada en esta compleja regulación de la legítima.

Los “*hijos*” del causante que, según el artículo 173-1º de la LS, son legitimarios de grado preferente son sólo los hijos que hayan sobrevivido a aquél, mientras que los hijos que no llegaron a sobrevivirle no pasaron de ser titulares de una expectativa, aunque muy robusta o verosímil, a ser legitimarios de grado preferente. A la inversa, contra lo que parece sugerir la amplísima y tajante letra del artículo 173-1º, no siempre las estirpes de los hijos del causante que le sobrevivieron pero “*premuertos*” antes de la delación de la herencia, son legitimarios de grado preferente. En otro sentido, tampoco es aplicable a la legítima de forma directa (a Remedios, en nuestro ejemplo) la regulación del derecho de transmisión del artículo 39 de la LS, por mucho que el fundamento profundo de este precepto esté también en el artículo 1º de la LS. El artículo 39 de la LS sería

204 En esta importante idea había insistido mucho en mi explicación sobre la regulación de la legítima de la Compilación de 1967, en mi trabajo de 1997, pp. 15 a 19.



aplicable, como vimos, sólo si Constanca fallecía sin aceptar ni repudiar la herencia, tras terminar la carrera de medicina, y al haberse producido la delación de la herencia (de lo que quedara de ella en administración) en su favor.

De lo que deducimos, conforme a lo explicado anteriormente, que también son inexactos o no plenamente aplicables al derecho del legitimario los artículos 6-2º y 14-1º de la LS. Aunque el artículo 6-2º de la LS afirme que en la sucesión bajo condición suspensiva, la delación tendrá lugar al tiempo de cumplirse la condición, ello vemos que no es cierto para la legítima en ciertos casos y, por tanto, tampoco lo es para la parte de herencia a la que alcance la legítima conquistada (o conseguible) a través del ejercicio de acciones judiciales de incumplimiento. Y aunque el artículo 14-1º de la LS afirme que para calificar la capacidad sucesoria se atenderá al tiempo de la delación, sin distinguir entre la retrasada o no respecto de la apertura de la sucesión, ello tampoco es cierto necesariamente respecto de la legítima, adquirida acaso antes imperativamente por ley, cuando ha sido incumplida, sin necesidad de aceptación de su derecho por el legitimario, ni es cierto, por tanto, para la parte de la herencia eventualmente alcanzada por la parte de legítima conquistada (o conseguible) a través del ejercicio de acciones judiciales de incumplimiento de legítima.

Y el razonamiento que propongo, al menos en cuanto a la existencia de la acción de defensa de la legítima antes de la delación en los supuestos de delación retrasada, creo que valdría igual, en sus casos, para la acción de reducción de liberalidades inoficiosas de los artículos 179 y 180, que es el supuesto antes considerado; que para las acciones acaso complementarias de éstas y de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima de los artículos 182-2º y 184 de la LS; que para la acción de preterición del artículo 193-1º; que para la acción de reclamación de su cuota de legítima por el desheredado injustamente o por el legitimario preferente excluido por error expresado y determinante del artículo 199 de la LS, que acaso, menos claramente aquí y sólo según cómo se interprete ese precepto, incluso para la acción de alimentos del legitimario de grado preferente excluido del artículo 200 de la LS.

Y el mismo razonamiento realizado hasta aquí vale también para el caso de llamamientos sucesivos (sustitución fideicomisaria; atribución separada del usufructo y la nuda propiedad, etc) en los que no se haya frustrado el llamamiento anterior, pero en los que desde el fallecimiento del causante esté totalmente claro que con el negocio por causa de muerte se ha lesionado frontalmente la legítima. Por ejemplo, si teniendo el disponente descendientes, y habiéndose establecido una sustitución fideicomisaria, no pertenecen a ellos ni el fiduciario ni el fideicomisario. Los legitimarios de grado preferente podrían impugnar, con base en los artículos 179 y 180 de la LS, el testamento que hubiera establecido una sustitución fideicomisaria frontalmente perjudicial para la legítima antes de que falleciera el fiduciario, pese a la letra del artículo 6-3º, inciso segundo, de la LS. O en sus casos, según se ha indicado ya, podrían impugnar también los legitimarios de grado preferente ese testamento que vulneraba la legítima con base en las acciones de los artículos 182-2º, 184, 193-1º o 199 de la LS.

Y también valdrá este razonamiento realizado para ciertos casos de ejecución de fiducias (cfr. art. 142-2º) en los que antes de que se haya ejecutado completamente la fiducia y producido la definitiva delación (art. 133 de la LS) puede ya ser completamente seguro que la legítima se ha lesionado frontal e irremisiblemente. Por ejemplo, un fiduciario cónyuge deja el 95% de la herencia del comitente, no habiendo *donatum*, a un hijo sólo suyo, siendo que existen hijos comunes con el comitente que son los únicos

legitimarios y a los que debiera haber ido a parar la legítima del comitente (art. 142-2º). Piénsese, por cierto, que el cónyuge fiduciario podría haber dejado, mucho antes de la finalización o ejecución total de la fiducia, el 95 % de la herencia del comitente no únicamente a un hijo sólo suyo de matrimonio anterior, sino incluso a un hijo sólo suyo posterior al fallecimiento del cónyuge comitente, incluso concebido en vida de éste y adulterino (cfr. art. 147, letra e, de la LS).

En casos así, y siendo sustancialmente determinable ya el caudal computable y liquidable de la legítima, carecería de fundamento razonable, como explicaba, hacer esperar la reclamación de la legítima que ya se sabe clara y rotundamente infringida todavía durante varios años más<sup>205</sup>. No debiera ser objeción frente a esta interpretación sugerida, en mi opinión, ni siquiera el argumento de que no se podría calcular de momento con total exactitud la cuantía de la legítima, porque siempre se podría reducir la cantidad reclamada y reconocida por el juez a una estimación aproximada de lo mínimo que el título sucesorio habría mermado, con absoluta seguridad y con una estimación a la baja, a la legítima del reclamante. Hasta revestiría un claro aspecto de abuso de derecho o podría responder a mala fe y a intención de fraude el que el fiduciario se reservase un pequeñísimo porcentaje (simbólico) de la ejecución de la fiducia, para intentar oponer el posible muro (literal y aparente sólo, en realidad, si se interpreta como queda aquí explicado) del artículo 178-1º de la LS a su malévolamente vulneración de la legítima. La regulación de la fiducia de la LS, minuciosa en otros extremos, no sólo ha omitido en su propia sede toda referencia o recordatorio de las acciones principales de protección de la legítima, sino que ha omitido toda regulación del incumplimiento en general de la fiducia misma<sup>206</sup>.

205 No me resulta por ello convincente la explicación de RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, según la cual en casos de ejecución parcial de la fiducia por acto entre vivos el día inicial del cómputo del plazo del artículo 178-1º de la LS será necesariamente el día del otorgamiento de la escritura en la que se ejecute la fiducia en su totalidad, aunque atenuando ese criterio en el sentido de retrasar el *dies a quo*, cuando dicho otorgamiento hubiera sido ocultado, hasta el día en que el legitimario (preterido) conoció esa escritura o hasta el día en que la misma fue inscrita en el Registro de la Propiedad, refiriéndose la escritura a inmuebles. Cfr. *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros de Derecho Aragonés*, 2001, pg. 43. Como explico en el texto, el problema no es aquí tanto el de la posible ocultación o desconocimiento por el legitimario de la escritura pública de ejecución de la fiducia, sino algo más profundo y elemental y conectado al conjunto del sistema legal, como es que no se puede razonablemente obligar al legitimario (el preterido u otros) a tolerar acaso durante años una infracción de su derecho de legítima frontal y perfectamente determinada ya desde la injusta ejecución parcial de la fiducia por el fiduciario desleal.

Mejor orientada me parece, por eso, aunque omite el autor explicar con claridad las razones de su idea, la explicación de GIL NOGUERAS, Luis Alberto, quien, para estos casos de fiducias ejecutadas en momentos distintos, sugiere tímidamente, y calificando su sugerencia como arriesgada, que sería factible entender que el periodo de prescripción se computará a partir de cada designación parcial, respecto del designado, y respecto de las acciones que en aquel tiempo pudieran ejercitarse. Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pp. 632-633.

206 El artículo 831-3º, párrafo 2º, del Código civil, en su nueva versión reformada por la Ley 41/2003, establece muy razonablemente una previsión de que el cónyuge superviviente o el progenitor que sea fiduciario puedan incumplir la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota que a éste le hubiese asignado el causante comitente, y establece que "el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado". Por tanto, hay que entender, sin esperar plazo alguno ni que se complete del todo la ejecución de la fiducia o que fallezca el fiduciario o que finalice la fiducia (art. 831-5º), y bastando que cualquier disposición del cónyuge o progenitor fiduciario sea total o incluso parcialmente perjudicial a la legítima y que ello se pueda saber ya con estimaciones actuales y solventes de la futura distribución final de la herencia del comitente por el cónyuge fiduciario, puesto que el mencionado fiduciario tiene facultad de hacer sus disposiciones en varios actos sucesivos (art. 831-1º, párrafo 2º) y acaso no habrá distribuido todavía la totalidad de la herencia del comitente. Esta explicación viene avalada además por el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, donde se explica que el nuevo artículo 831 busca en esencia permitir que no se precipite la partición de la herencia cuando existan descendientes con discapacidad y aplazar dicha distribución de los bienes a algún momento posterior en el que se puedan apreciar mejor las nuevas necesidades del descendiente con discapacidad. Este del nuevo artículo 831-3º del Código civil es el criterio racional que entiendo debe regir también, en principio, para las vulneraciones de la legítima en la Ley aragonesa de 1999. Además el precepto es muy interesante por su formulación generalísima de la defensa de la legítima, que sugiere fácilmente que el precepto tiene como fundamento un título sucesorio y adquisitivo específico, aunque sea cierto también que la misma acción rescisoria

En realidad, en todos estos supuestos anteriormente analizados (institución de heredero con condición suspensiva; llamamientos sucesivos no habiéndose frustrado el llamamiento anterior; fiducia), el que el plazo de cinco años empiece a contarse desde la delación de la sucesión sólo parece tener pleno sentido cuando los hechos que actúan como condición (suspensiva en sentido amplio, parece, en todos los supuestos) de la atribución de la herencia habrían de servir para dilucidar a cuál de dos descendientes legitimarios distintos del causante iba finalmente a parar la legítima, caso en el que no debería haber en principio una violación o incumplimiento de la legítima. O si se quiere, el inciso final del artículo 178-1º de la LS parece tener sentido en supuestos de inicial cumplimiento suficiente de la legítima en el título sucesorio, aunque cumplimiento todavía no totalmente determinado o concretado en cuanto al resultado de la distribución de la legítima, lo que se espera que suceda en la delación de la sucesión. Estos supuestos, como la voluntad del disponente es soberana para distribuir la legítima entre sus descendientes, serán raros pero no imposibles (sustitución vulgar en la que tanto el sustituido como el sustituto sean descendientes del disponente; casos en los que legitimarios se disputen en un pleito toda o parte de la legítima habiendo delación retrasada, etc.).

En esta misma línea, cuando se haya previsto una fiducia conforme con la ley y que tampoco haya sido traicionada por el fiduciario, habiendo legitimarios presuntos del comitente, parece que no habría inconveniente, pese a lo explicado anteriormente, en entender que podría admitirse una “premorienca” atípica, de la aludida en el artículo 173-1º de la LS, y sucedida la muerte del descendiente tras la apertura de la sucesión del comitente (arg. arts. 24-1º y 142-1º de la LS), o que podría admitirse también, en sus casos, la posibilidad de que devinieran legitimarios de grado preferente descendientes de otros descendientes del comitente de grado más próximo y antepuestos, pero que, tras la apertura de la sucesión, hubieran sido declarados indignos de suceder (cfr. art. 15 de la LS) o que se hubiera llegado a saber sólo entonces que habían sido desheredados con causa legal en vida del disponente. Y siendo todo ello así, quizás, la jurisprudencia podría rectificar el artículo 178-1º, inciso final, en ese sentido restrictivo indicado y limitado a supuestos de normal cumplimiento de la legítima en el título o títulos sucesorios correspondientes (reducción teleológica del precepto, en rigor).

se concede por vulneraciones de la cuota asignada por el comitente al descendiente común, cuota que puede exceder lo realmente debido por legítima. Del párrafo 3º del artículo 831-3º, que admite que el cónyuge pague las legítimas con bienes suyos (extrahereditarios, pues), podemos deducir sin dificultad que la acción de protección de la legítima reconocida en el párrafo anterior se refiere no sólo a lesiones cuantitativas de la legítima, sino también a lesiones de las llamadas cualitativas, en lo que vemos la mencionada amplia generalidad del precepto ya señalada. Además permite impugnar, al parecer, y con la misma acción, incluso al legitimario que ha recibido mejoras hechas en el título sucesorio del comitente en pago de legítima, lo que también significa una ampliación cualitativa importante de la tradicional acción rescisoria de reducción de liberalidades.

Véase también el nuevo artículo 831-4º, párrafo 2º, que contempla otro incumplimiento posible de la fiducia por el cónyuge fiduciario provocando preterición no intencional de un descendiente que lo era sólo del cónyuge premuerto respecto de la herencia de éste. El precepto parece aludir o podría literalmente incluir a un legitimario preterido no intencional que lo sea sólo provisionalmente, o sea, en la parte de herencia del comitente distribuida por él, y cuando todavía está pendiente la distribución de la otra parte de dicha herencia por el cónyuge fiduciario. En teoría, la mera futura mención del legitimario en un título sucesorio por parte del cónyuge fiduciario, aunque fuera hecha sin atribución, ya excluiría la preterición no intencional del legitimario, pero el precepto va directamente a lo sustancial, que es la atribución y la protección de la cuota de legítima del inicialmente omitido, y establece que el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge “no podrá menoscabar la parte del preterido”. Y ese “menoscabo” parece claro que es uno de esos actos, posiblemente anteriores a la completa ejecución de la fiducia, frente a los que el artículo 831-3º, párrafo 2º, da al legitimario acción para que se rescindan los actos del cónyuge “en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado”. El Código parecería pensar aquí, por tanto, en una acción rescisoria y de reducción de liberalidades, para un supuesto de preterición no intencional, lo que es idea diversa de la correspondiente a la regulación del artículo 814, párrafos 2º a 4º.

Podría resultar dudoso también, en los supuestos de delación retrasada en los que fuera razonable empezar a contar el plazo desde el fallecimiento del causante, si el plazo debería considerarse también de 5 años, a pesar de la letra del artículo 178-1º, o si, como insinuaba al principio de esta explicación en respeto de la pura letra de la ley pero con solución que alberga una diferenciación de plazos en sí misma arbitraria, debería considerarse que el plazo podría extenderse acaso muchos años más, especialmente en ciertos casos de fiducia, y alcanzar verdaderamente hasta cinco años después de producirse la delación de la sucesión. Esta solución literalista, aunque arbitraria, tendría las ventajas de proporcionar una mayor seguridad jurídica y de atenuar, aunque sólo en algunos casos y no en todos, los inconvenientes que se derivan de un plazo, como es el de 5 años, que, como se razonará a continuación, es seguramente demasiado breve. Podría invocarse también, en el mismo sentido, la aplicabilidad supletoria del artículo 1969 del Código civil, que, en definitiva y aunque como excepción, admite que haya acciones cuyo plazo de prescripción pueda empezar a contarse, según algún precepto específico, en momento diferente del día en que pudieron ya ejercitarse. Parece que habría que suponer que el mencionado precepto específico habría de tener algún fundamento razonable, pero lo cierto es que, incluso si, como parece suceder aquí, no lo tiene en absoluto, no deja de autorizar la letra de la ley en este precepto del Código civil que pueda ser uno el momento en que puede empezar ya a ejercitarse la acción (momento de la apertura de la sucesión, en nuestro caso) y otro el momento en que empiece a contarse el plazo de prescripción de esa misma acción. En el ejemplo que antes he propuesto, esta interpretación representaría que si Constancia tardaba siete años en decidirse a abandonar la carrera de Medicina, Remedios tendría un plazo de 12 años (5+7) para impugnar el testamento de su padre Nicasio por vulnerar su legítima.

La alusión específica que se ha hecho a la fiducia se debe a que en estos supuestos parece que será más raro que pueda detectarse perjuicio a la legítima antes de la delación. En los supuestos más habituales de normal ejecución de la fiducia la vulneración de la legítima sólo se producirá tras la misma, y entonces será perfectamente lógico empezar a contar el plazo de los cinco años del artículo 178-1º desde la delación de la herencia.

Conviene además matizar ahora, que aunque por afán pedagógico he puesto ejemplos hasta aquí de infracciones a la legítima frontales, clarísimas y tendencialmente totales, el razonamiento propuesto en las páginas anteriores vale lo mismo cuando las infracciones producidas en la legítima sean sólo parciales y coexistan con complejas operaciones particionales pendientes o ya consumadas y con títulos sucesorios que en su mayor parte aparezcan respetuosos con la legítima. Las principales acciones de defensa de la legítima nacen individualmente en cabeza de cada uno de los legitimarios de grado preferente legitimados activamente, tras la apertura de la sucesión y por las razones legales explicadas, y con alcance tanto de meras acciones declarativas como de acciones de condena según el planteamiento de la concreta demanda, de modo que lo esencial para que el órgano jurisdiccional deba admitir la demanda interpuesta en ejercicio de una acción de defensa de la legítima será que, a la vista de los títulos presentados y realizando una genérica estimación, que no necesita ser todavía, desde luego, la definitiva liquidación de la legítima o de la herencia, aparezcan indicios racionales de que se ha podido vulnerar de alguna manera el derecho legitimario del demandante en una determinada sucesión. Cuando esos indicios racionales de vulneración de la legítima, que requerirán también la aportación por el demandante de la prueba de la existencia de los bienes del *relictum* y del *donatum*, o acaso sólo de cierta parte de dichos bienes,

aparezcan efectivamente, podrá siempre considerarse que ha empezado a correr el plazo del artículo 178-1º de la LS, incluso antes de la delación retrasada de la herencia, en sus casos, según queda explicado.

En otro sentido, conviene advertir que se han considerado hasta aquí supuestos de condiciones suspensivas, en sentido amplio, de los llamamientos hereditarios voluntarios, supuestos que son mucho más importantes en la práctica que los de herencias sometidas a término final o a condición resolutoria. Pero en los raros supuestos en que estos últimos pudieran llegar a producirse, habría que sostener también que el nacimiento de acciones legales, y por tanto también de los correspondientes derechos legitimarios, en casos de vulneración de la legítima, de los titulares de esos derechos y acciones, sería en principio de carácter o duración indefinidos (los derechos adquiridos mediante esas acciones legitimarias, quiero decir), y tendría consistencia autónoma y no claudicante como la del resto de la herencia deferida cuando se llegasen a cumplir el término final o la condición resolutoria.

En los pactos sucesorios, incluidos por supuesto los de institución de presente, el plazo, al contarse desde el fallecimiento del causante, puede prolongarse hasta muchos años después (mucho más de cinco años) del momento de la delación de la herencia, sucedida en vida del disponente (cfr. art. 6-4º de la LS)<sup>207</sup>. En el complejo supuesto del artículo 72-1º y 2º de la LS, en el que se dan como legítimas diferentes las del instituyente y la del instituido, los plazos del artículo 178 también se empezarán a contar desde el fallecimiento del causante correspondiente, aunque respecto de la legítima del instituyente cabrá la posibilidad de que antes del inicio del plazo del artículo 178 se haya dado no sólo la delación de la sucesión sino también la ejecución de una fiducia anterior sobre toda o parte de dicha sucesión.

#### **D) Reclamación de legítima de causante ya fallecido al determinarse la filiación del legitimario.**

En cuanto al artículo 178 LS parece que hay que considerar también que la delación de la sucesión al legitimario se ha retrasado a efectos del plazo de la acción hasta el momento de la determinación legal de la filiación en los casos en los que esta determinación de la filiación del descendiente legitimario no se haya producido hasta después del fallecimiento del causante, por terminarse ya el pleito de filiación frente a los herederos del progenitor originariamente demandado y luego fallecido, por ejemplo, o incluso por iniciarse el pleito ya contra dichos herederos tras el fallecimiento del aparente progenitor (cfr. art. 766 de la LEC, que recogió la doctrina y jurisprudencia dominantes)<sup>208</sup>. De este modo, puede admitirse útilmente la posibilidad del ejercicio de acciones

<sup>207</sup> Creo por eso errónea la explicación de GIL NOGUERAS, Luis Alberto, quien afirma que en el caso de los pactos sucesorios el plazo del artículo 178-1º deberá contarse desde la existencia del pacto mismo, si bien con algunas reservas, según afirma, pues pueden existir bienes adquiridos con posterioridad por el causante, que por lo general serían adquiridos por el instituido para después de los días. Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 632. En realidad, la letra del artículo 178 de la LS es tajante al aludir al momento del fallecimiento del causante como regla y al considerar sólo la posible delación retrasada, pero nunca la adelantada o anterior a la apertura de la sucesión, propia de los pactos sucesorios. Y en esto no se equivoca la letra de la Ley porque antes de la apertura de la sucesión no puede haber legítima propiamente dicha (sólo, como vimos, derechos expectantes a la legítima) ni puede haber, por tanto, derechos ni acciones de defensa de la legítima.

<sup>208</sup> RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, extiende el problema de la determinación del *dies a quo* del plazo del artículo 178-1º de la LS, exageradamente, al supuesto de reconocimiento de hijo extramatrimonial preterido o no mencionado y reconocimiento que tenga lugar transcurridos cinco años desde el fallecimiento del causante. Cfr. *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2001, pg. 43. Pero es evidente que el progenitor fallecido ya no podrá reconocer hijos extramatrimoniales que hubiera podido tener en vida y tampoco sus descendientes o herederos podrían reconocer por él.

de defensa de la legítima más allá de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, cuando la delación haya quedado retrasada por el carácter ulterior que presente en el caso la determinación legal de la filiación del legitimario legitimado<sup>209</sup>. Desde ésta debería empezar a contar el plazo de los cinco años del artículo 178-1º de la LS. El supuesto de ese descendiente determinado por sentencia sobrevenidamente podría ser compatible con el supuesto de la ejecución de una fiducia con existencia de otros legitimarios (expectantes) del comitente (art. 142-1º de la LS).

Acaso cabría invocar a favor de esta justa y preferible solución la analogía con el art. 6-2º de la LS, pese al alcance literal excesivo del precepto si se pretendiera que alcanza siempre a la legítima, según lo antes explicado, y precepto relativo al retraso del momento de la delación por existir en el título sucesorio condición suspensiva. Incluso cabría afirmar que en este supuesto de determinaciones legales de la filiación con posterioridad al fallecimiento del progenitor, supuesto que no parece se incluyera en la intención del legislador aragonés de 1999, es en el que verdaderamente sí que hubiera tenido sentido retrasar legalmente el "*dies a quo*" para acciones de reclamación de cumplimiento de la legítima, mientras que dicho retraso es más bien erróneo, como se ha explicado, para las restantes acciones de cumplimiento de la legítima en casos de mera delación retrasada de la herencia<sup>210</sup>. Sobre todo, debería argumentarse, desde luego, que no es pensable ni puede haber ofrecimiento legal de la herencia ni de cuota de legítima a quien, por no ser todavía jurídicamente hijo o descendiente, no puede considerarse aún legalmente legitimario del causante. Podría decirse que está implicado en esta cuestión el concepto mismo de delación de la sucesión que presupone la LS. Esta interpretación no carece de trascendencia práctica porque son cada vez más abundantes los pleitos sobre filiación y no es ningún secreto que muchos persiguen el objetivo de alcanzar, de forma más o menos inmediata, derechos hereditarios en las herencias de posibles progenitores que estén vivos, en principio, pero incluso hasta de los ya fallecidos.

Aceptada esta última interpretación sobre el artículo 178 y su flexibilizadora explicación sobre los supuestos de determinación legal sobrevenida de una filiación de descendiente o heredero en cuanto al momento de la determinación temporal de la delación, parece que podría defenderse, en particular, la aplicabilidad del plazo de los cinco años a los supuestos, sin determinación legal de plazo específico en la LS, de preterición impropia (cfr. art. 1080 del Código civil) de un descendiente o heredero que, por falta de

209 ESPEJO LERDO de TEJADA ha planteado una sugerente reflexión sobre si no podrían ser acaso excesivas en algunos casos estas reclamaciones de derechos, no sobre la legítima, sino sobre la sucesión intestada, cuando haya habido determinación legal *post mortem* de la filiación. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 95 a 99 y 88 y ss.

210 SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, considera en cambio, proponiendo solución que veo injusta y poco convincente, que el plazo de cinco años, cuando la herencia se hubiese deferido a título voluntario, correría en estos casos de determinación de la filiación sobrevenida del descendiente desde el fallecimiento del causante, aunque en ese instante no constara todavía la filiación, con lo que el descendiente, que puede no tener culpa ninguna en el hecho de que su condición de tal no haya constado antes, carecería necesariamente de las acciones propias del legitimario más allá de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante. En cambio, cree que si la herencia se había deferido por las normas de la sucesión legal, el legitimario, no siendo entonces aplicable el artículo 178-1º de la LS, tendría la acción de petición de herencia durante 30 años. Véase su comentario de la legítima en el *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pp. 599-600. El autor parece pensar en el caso de un hijo sobrevenido y que concurre con sus otros hermanos en la sucesión legal (más que en la estricta legítima) del progenitor causante. Pero el razonamiento es incompleto e incorrecto, puesto que aunque la herencia hubiese sido deferida legalmente no está excluido del todo que la acción ejercitada por el legitimario fuera la del artículo 179 de la LS (*donatum* cuantioso en perjuicio de legítima, por ejemplo), que sí está incluida indiscutiblemente en el ámbito del artículo 178-1º. Veremos también en un subepígrafe ulterior, aparte de las otras críticas sustanciales que formulo al precepto en el texto, que la cuestión del ámbito del artículo 178-1º de la LS es bastante problemática y discutible. Y recuérdese que la herencia ha podido ser deferida en parte voluntariamente y en parte por ley, caso en el que la solución propuesta por el autor resultaría además extrañamente asimétrica e ilógica.

constancia legal de su filiación, no hubiera podido acceder o a la partición de la herencia ya realizada o incluso al reconocimiento de la plenitud de derechos legitimarios suyos a la total herencia erróneamente deferida (art. 1081 del Código civil). Como si, por ejemplo, se determina legalmente la filiación de un descendiente de causante aragonés y se había entendido con anterioridad que, por falta de descendientes, procedía la sucesión intestada troncal, o la sucesión intestada de toda la herencia a favor de un ascendiente del causante. En fin, aunque los artículos 1073 y siguientes del Código civil son aplicables supletoriamente en Aragón, quizás en ciertos casos podrían resultar aplicables en un mismo supuesto la acción de defensa de la legítima y su plazo de cinco años del artículo 178 de la LS y la acción de rescisión de la partición y su plazo de cuatro años desde la partición del artículo 1076 del Código civil o la acción de anulabilidad por error de la partición realizada. Aunque ya se sabe que la noción de rescisión, que presupone la validez del negocio, es incompatible con la noción de anulabilidad.

### **E) Naturaleza del plazo del artículo 178-1º y otras cuestiones.**

El artículo 178 de la LS recupera sustancialmente una norma acaso algo simplista del Apéndice aragonés (art. 33), que el legislador de 1967 había omitido, aunque añadiéndole la LS un discutible apartado 2º, que no figuraba en el precepto del Apéndice. El precepto del artículo 178 puede aportar un argumento a favor del carácter rescisorio de las acciones de protección de la legítima al prever un plazo específico y distinto de los que se prevén para la nulidad o la anulabilidad del testamento (arts. 111 y 112 de la LS), aunque veremos que también parecen existir algunas de éstas entre las acciones de protección de la legítima. Suele entenderse por la mayoría de la doctrina, con base en datos concretos del Código civil, que las acciones rescisorias tienen plazos de caducidad, lo que parece que se podrá defender también aquí, si se acepta tal naturaleza para las acciones del legitimario, aunque es una dificultad seria para ello el que el legislador no ha precisado expresamente el carácter de caducidad del plazo como hace en otras ocasiones (cfr. arts. 18 y 129-4º de la LS) y que en el Apéndice (art. 33) el plazo, coherentemente con el estado doctrinal de la época, era expresamente denominado como plazo de prescripción extintiva. También el propio rótulo del artículo 178 de la LS alude expresamente a prescripción, lo que no parece sea argumento definitivo sobre la cuestión. El artículo 178-2º, por su formulación muy tajante y señalización de un concreto momento de finalización del plazo, sugiere más bien la idea de caducidad.

Aunque ya he indicado que la calificación como plazos de caducidad de los del artículo 178 parecería más apropiada dogmáticamente, según una concepción doctrinal muy extendida sobre la naturaleza rescisorio de las principales acciones del legitimario, las injusticias que acaso puedan derivarse de la brevedad de los plazos fijados y de la regulación del inicio del cómputo de los mismos en el mencionado precepto harían preferible o más aconsejable calificarlo como plazo de prescripción, como forma de paliar o atenuar un tanto, al menos en algunos casos, esas posibles injusticias, posibilitando la interrupción del plazo, incluso por reclamación extrajudicial (art. 1973 del Código civil), y exigiendo la invocación de la prescripción por el interesado en el pleito. Puede resultar razonable también que si está pendiente un pleito de filiación relevante para determinar el carácter de legitimaria de una persona, deba entenderse interrumpido el plazo de la acción de protección de la eventual legítima correspondiente. Esta podría ser una sugerencia útil a la jurisprudencia para forzar un tanto las categorías dogmáticas, como tantas veces se hace, en la difícil persecución de la llamada justicia del caso concreto.

Podría invocarse además en dicha línea, según ya he sugerido, el precedente del artículo 33 del Apéndice, que no regulaba el inicio del cómputo del plazo de 5 años, lo que remitía al genérico criterio más flexible y sensato del artículo 1969 del Código civil, y que aludía expresamente a plazo de “*prescripción extintiva*”. Y también es argumento estimable en apoyo de dicha interpretación el que también el rótulo del artículo 178 de la LS se refiera a “*prescripción de acciones*”<sup>211</sup>.

En fin, el plazo del art. 178 de la LS parece que, aunque se quisiera mantener que es de caducidad, lo que como se ha explicado parece menos conveniente, debería entenderse referido en cuanto a su terminación a la actuación del legitimario de interposición de la demanda en defensa de su legítima, y no, desde luego, a la obtención de una sentencia favorable a su derecho. Mejor sería también, en particular, referir el plazo al momento de la interposición de la demanda, que no, ni siquiera, al de su admisión a trámite por el tribunal.

El plazo de cinco años del artículo 178 viene a coincidir con el plazo de la acción para declarar la ineficacia del testamento o pacto sucesorio en caso de indignidad del instituido (art. 18) y con el plazo de la acción de revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos del Código civil (art. 646), supuesto con alguna similitud con la acción de preterición no intencional, y me parece plazo demasiado breve, en detrimento de una posible más enérgica defensa de la legítima aragonesa<sup>212</sup>. Parece también el plazo del artículo 178 poco coherente en su brevedad, al menos en cuanto a la acción de lesión de la legítima, con la caracterización de la legítima como “*pars bonorum*” y también con la rigurosa regulación de la prohibición de gravámenes a la legítima; y plazo acaso excesivamente simplificador o uniformador, al no distinguir entre acciones reales o personales, ni entre protección cuantitativa y protección cualitativa de la legítima, siendo que hubiera parecido razonable haber asignado plazo más breve a las acciones correspondientes a la segunda que a las correspondientes a la primera o haber asignado plazo más breve a las acciones personales que a las acciones reales. Recuérdese también que el plazo de la acción de petición de herencia que tiene el descendiente para reclamar sus derechos hereditarios como sucesor legal o heredero suele reconocerse por un amplio sector de la doctrina y por la jurisprudencia sobre el Código civil que es de 30 años<sup>213</sup> y que en este importante punto nuestro legislador aragonés de 1999 acaso ha dejado la cuestión en el ámbito del Derecho supletorio. Volveremos posteriormente sobre esta cuestión. Como ha sido señalado en la doctrina relativa al Código civil, carece de racionalidad que pudieran darse casos en los que un heredero pudiera reclamar la herencia y que no pudiera reclamar su legítima, establecida en normas imperativas<sup>214</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, la presencia habitual en muchos supuestos en el Derecho aragonés del usufructo viudal y del consorcio foral sobre los bienes inmuebles indivisos, que llevan en la práctica a que no se realice en muchos casos, y mientras viva

211 Los autores aragoneses que han comentado hasta ahora el artículo 178 de la LS se inclinan todos, aunque con poca o ninguna argumentación, por considerar el plazo de dicho precepto como plazo de prescripción. Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, *La preterición*, en *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2001, pg. 42; GIL NOGUERAS, Luis Alberto, *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 633; SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 600.

212 También GIL NOGUERAS, Francisco, ha considerado el plazo del artículo 178 de la LS como inusualmente corto. Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 631.

213 La cuestión es compleja. Se discute si esa acción de petición de herencia prescribe o no; si le corresponde un único plazo o se descompone en varias acciones con sus diversos plazos; si es acción con efectos reales o sólo personales; si el plazo único de prescripción, caso de existir, sería de 15 años o de 30 años, etc.

214 Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pg. 218.



el cónyuge usufructuario, tiempo que se mide a veces por décadas, una verdadera y efectiva partición de la herencia del primer progenitor fallecido, lo que puede facilitar mucho que posibles perjuicios a la legítima (por ejemplo, por donaciones muy cuantiosas que hubiera hecho el causante en vida a su cónyuge y progenitor también de los hijos comunes, o a un cónyuge anterior de matrimonio sin hijos) no se hagan visibles durante ese periodo de vigencia del usufructo viudal y del consorcio foral, y sólo se lleguen a conocer cuando han pasado ya, acaso desde hace muchos años, los cinco años desde el fallecimiento del primer progenitor premuerto, que establece como plazo de reclamación de la legítima el artículo 178-1º de la LS. Y recuérdese además que, conforme al artículo 50-2º y 3º de la LS, y aunque con cierta posibilidad de revisión judicial de dicha disposición, el disponente ha podido ordenar la indivisión de la comunidad hereditaria por un tiempo de hasta quince años desde la apertura de la sucesión o por todo el tiempo en que los bienes hayan de estar sujetos al usufructo del viudo, apareciendo en dichos supuestos especialmente relevante el argumento aquí aducido.

Recuérdese también que, según doctrina bastante extendida, las acciones de suplemento de legítima y de preterición del Código civil prescriben en 15 años o incluso en 30 años si tienen naturaleza real. Y también podría considerarse excesiva la diferencia entre los plazos del artículo 178 y los del artículo 111 de la propia LS. Y el principio *standum est chartae* no creo que pueda invocarse tampoco como fundamento de la brevedad de los plazos fijados por el artículo 178, porque dichos plazos acaso han de operar en principio igual en los casos ordinarios en los que la sucesión se haya efectivamente organizado y distribuido cumpliendo la voluntad del disponente o instituyente, que en otros casos en los que se haya dado una distribución de los bienes incumpliendo o vulnerando dicha voluntad de ordenación y en los que la legítima reacciona mediante la operatividad de sus normas imperativas. Vuelvo posteriormente sobre el complejo problema del ámbito normativo del artículo 178-1º de la LS.

Considero preferible, en otro sentido, no ver limitado el efecto de las acciones de protección de la legítima por la doctrina de los actos propios y entender que el artículo 113 de la LS no es extensible por analogía a las mencionadas acciones, entre otras razones, por la misma excesiva brevedad del plazo del artículo 178. En cambio, creo que sería razonable extender por analogía desde la regulación de las acciones de nulidad y anulabilidad el artículo 114 de la LS, y entender que el disponente no puede prohibir en pacto sucesorio o testamento que sea impugnada la eficacia de éstos mediante las acciones de protección de la legítima, lo que parece también exigencia incuestionable del carácter imperativo de las principales reglas legales reguladoras de la legítima. Parecería preferible entender que el disponente no pueda ni siquiera condicionar el reparto de la legítima entre los legitimarios al no ejercicio judicial de acciones de protección de la legítima. Probablemente convendrá considerar el conjunto de este precepto del artículo 178 de la LS como norma imperativa, y no modificable en el negocio por causa de muerte, pese a sus deficiencias o discutibles criterios, en beneficio de la seguridad jurídica.

En los artículos 193-2º, 199, veremos que se regulan con técnica discutible unos supuestos que esencialmente son de anulabilidad del título sucesorio, anulabilidad que provoca inicialmente la delación de la sucesión legal y no directamente una reducción de liberalidades, en ciertos casos de preterición no intencional, por lo que es discutible para los mismos si el plazo habría de ser el de 5 años del artículo 178 o, como acaso debería ser preferible pensar en buena teoría, el de 4 años del artículo 112, a contar desde el fallecimiento del testador. De aceptarse esta última tesis, el plazo de 4 años habría de aplicarse a los pactos sucesorios por analogía o del artículo 112 de la LS o del artículo

1301 del Código civil. Desde luego, el espíritu de la ley en el artículo 178, y la propia letra de la ley, apuntan a aplicar el precepto a todas estas acciones de anulabilidad del testamento señaladas, que no dejan de ser acciones de protección de la legítima, al menos entendidas en sentido amplio. Que no todas las acciones de protección de la legítima reguladas en el Título VI de la LS sean de naturaleza rescisoria se convierte en un nuevo argumento a favor de que el plazo de 5 años del artículo 178 se considere plazo de prescripción.

#### F) El artículo 178-2º de la LS.

Según el artículo 178-2º, “*si el legitimado para el ejercicio de estas acciones fuera menor de 14 años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve*”. En este “menor de 14 años” hay que incluir también, en sus casos, al (futuro) legitimario que fuera todavía “al iniciarse el cómputo” un *nasciturus*, o un *concepturus*, con o sin fecundación “*post mortem*”. Aunque formalmente el precepto parece alargar considerablemente el plazo genérico del apartado anterior (por ejemplo, para un menor de un año “*al iniciarse el cómputo*”, prolongaría el plazo de mantenimiento de la posibilidad de impugnar desde los genéricos cinco años hasta dieciocho años de más), creo que, en realidad, debilita considerablemente la protección de la legítima del menor tanto mayor de 14 años como menor de 14 años. El precepto, en este sentido, empeora a su precedente del artículo 33 del Apéndice, que no tenía un precepto similar, a pesar de que dicho cuerpo legal había configurado ya básicamente el todavía vigente régimen jurídico de la capacidad del menor aragonés tanto menor como mayor de 14 años (arts. 10 a 13 del Apéndice)<sup>215</sup>.

En cuanto al menor mayor de 14 años acaso ha pensado el legislador que, pudiendo con la asistencia *ex* artículo 5-1º de la Compilación celebrar contratos o interponer acciones judiciales (arts. 7-2º y 8 de la vigente LEC), o intervenir en la partición de la herencia de su progenitor o ascendiente (art. 52-1º de la LS) podría perfectamente incluirse este supuesto en la regla general del artículo 178-1º. Pero lo cierto es que, cuando menos en los supuestos más normales de menores hijos de matrimonios en los que se da el fallecimiento de uno de los progenitores y queda el otro como titular de la viudedad legal aragonesa, parece que será difícil de detectar en cinco años la posible infracción a la legítima del menor tanto por el propio menor de más de 14 años como incluso por su progenitor, en el que no cabe excluir tampoco la mala fe, si fuera el mismo consciente de un conflicto de intereses bastante verosímil pero muy atípico y de difícilísimo encaje en norma legal alguna (cfr. por ejemplo, los artículos 51-1º de la LS o 5-2º de la Compilación o incluso art. 163 del Código civil). Y ello aparte de que cuando la partición de la herencia haya sido aplazada o diferida (art. 50-2º de la LS) todavía resultará más difícil en la práctica al legitimario menor mayor de 14 años hacerse consciente del perjuicio padecido en su legítima. Piénsese además que caben supuestos en los que el menor sea huérfano y viva sin haberse nombrado curador o constituido Junta de Parientes. Por ejemplo, menor de 15 años huérfano sin curador ni Junta de Parientes y que viva con su padrastro o madrastra heredero o heredera voluntaria universal de los bienes del progenitor fallecido del menor.

Y parecidos razonamientos habría que hacer respecto del aragonés menor mayor de 14 años y de vida independiente (art. 5-3º de la Compilación) e incluso respecto del

<sup>215</sup> En opinión de LALINDE ABADÍA, Jesús, la regulación especial sobre la capacidad del aragonés mayor de 14 años proviene del Derecho visigodo y del *Liber Iudiciorum*. Cfr. *La presencia visigoda en el Derecho aragonés*, Anuario de Historia del Derecho Español, tomo 42, 1972, pp. 651-652.

mayor por matrimonio pero menor de 18 años, que también quedarían bajo el ámbito del artículo 178-1º de la LS. En el caso de legitimarios de grado preferente por la desheredación justa o declaración de la indignidad de sus ascendientes inmediatos o progenitores, que resultarían, parece, privados de la autoridad familiar sobre sus hijos legitimarios herederos de los bienes de la herencia correspondiente, el evidente conflicto de intereses, contemplado en el artículo 164-2º del Código civil, parece que debería hacer aplicable supletoriamente esta norma tan especial y razonable y que se haría también claramente injusta la limitada duración del plazo de la acción de esos legitimarios de grado preferente sobrevenidos señalada en el artículo 178-2º de la LS.

Y si contemplamos la situación del aragonés menor de 14 años “*al iniciarse el cómputo*”, todavía es más claro el debilitamiento de la protección de la legítima de este menor, puesto que la situación será la descrita, pero favoreciendo todavía más la ignorancia del menor sobre sus eventuales derechos legitimarios, acaso menoscabados por atribuciones o liberalidades recibidas por su progenitor superviviente, la inercia de haber vivido siempre una situación que tenderá a considerar normal cuando acaso ni pueda recordar el hecho de la muerte de su progenitor premuerto, y hasta puede llegar a ignorar, bastante verosímelmente, sobre todo si quedó diferida la partición de la herencia, la existencia misma del testamento hecho en perjuicio de su legítima. De los cinco años adicionales del plazo del artículo 178-2º que habrán de transcurrir desde su catorce cumpleaños sólo uno de ellos transcurrirá siendo ya mayor de edad y plenamente capaz, pero en una etapa de su vida en la que muy frecuentemente vivirá todavía con su familia y sin haber tenido ocasión de comprender en plenitud la importancia de la seguridad económica para las personas ni acaso tampoco de haber tenido la ocasión de enterarse de la existencia (no digamos ya de su preciso alcance) de un derecho suyo denominado legítima.

Podrá acaso pensarse que la solución del artículo 178-2º se justifica suficientemente por las prevenciones y cautelas adoptadas para ciertos casos de conflicto de intereses por el artículo 51-1º de la LS, relativo a la partición de herencia concurriendo a la misma menores de 14 años o incapacitados. Pero, aparte de que la letra del artículo 51-1º no alcanza en principio a los legitimarios omitidos o excluidos del título sucesorio por el disponente que son los que, excluidos en principio de la partición, más necesitados están por hipótesis de ejercer las acciones de defensa de su legítima, parece más cierto que el artículo 178-2º presenta un algo estridente contraste o contradicción con otras soluciones más razonables del propio Derecho aragonés. Véase, por ejemplo, el artículo 6 de la Compilación, con más prudente desconfianza hacia los progenitores; o la misma regulación de la renuncia de la legítima de los artículos 177-2º, 31 y 62 y 63 de la LS, que, para la renuncia posterior a la delación, que casi siempre coincide con la renuncia posterior a la apertura de la sucesión, exige la asistencia del artículo 5 de la Compilación para los menores mayores de 14 años o para los menores de 14 años actuación de ambos padres autorizada por la Junta de Parientes o por el Juez. O habría contradicción o incoherencia del artículo 178-2º de la LS con el razonable sistema de cómputo de plazos previsto por el Código civil para los actos o contratos de los menores rescindibles o anulables (art. 1299, párrafo 2º; art. 1076; art. 1301, párrafo 5º; y art. 293). Este último criterio, que consiste en exigir que los menores o incapaces “*salgan de la tutela*” (de la patria potestad, en su caso, entiendo la doctrina lógicamente) antes de empezar a contar el plazo de anulabilidad de 4 años, parece también discutiblemente excluido por la regla aragonesa sobre plazo relativo a la anulabilidad del testamento (art. 112), en el que, aparte de no ampliar discutiblemente el plazo en los casos de delación diferida (arts. 141-1º y 133-1º, entre otros), se fija el inicio del plazo rígidamente desde el fallecimiento

del testador, lo que resultará también perjudicial para los legitimados para impugnar que sean menores de edad y mayores de catorce años, que pueden impugnar con la asistencia requerida por el artículo 5-1º de la Compilación (art. 7-1º y 8 de la LEC).

Una cosa es que se pretenda favorecer a los menores mayores de 14 años posibilitándoles la realización de ciertos actos escasamente verosímiles en la práctica si pensamos en la mayoría de los actos de entidad patrimonial y aumentándoles así la capacidad, y otra muy distinta que, en consideración a que tienen esa capacidad mayor y un tanto teórica para realizar actos concretos cuando quieran hacerlos, o incluso a que tienen la capacidad para renunciar la legítima con asistencia *ex art. 5* de la Compilación y con renuncia expresa hecha en escritura pública o mediante escrito dirigido al juez competente (art. 36 de la LS), se les equipare a los mayores de edad en cuanto al significado de su pasividad ante el posible ejercicio de acciones sobre relaciones jurídicas de compleja comprensión y de problemática defensa, con el resultado de aplicarles el mismo y breve plazo que a aquéllos para el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. Haciéndolo así, la LS lleva al extremo, temo que poco prudentemente, el binomio o correspondencia capacidad-responsabilidad, y acaba convirtiendo en la práctica unas normas de inspiración un tanto voluntarista pero con raigambre histórica y pensadas en definitiva en beneficio de los menores mayores de 14 años, en normas claramente perjudiciales para dichos menores. Es mucho más verosímil en la práctica la hipótesis de que estos menores ignoren la existencia o hagan dejación del ejercicio de sus acciones judiciales sobre asuntos difíciles y complejos que la hipótesis de que hagan concretos actos de cierta significación económica con la asistencia legalmente prevista. Y si ello es así, el legislador debió haber valorado el binomio capacidad-responsabilidad menos rígidamente de lo que lo ha hecho, para no convertir en perjudiciales para los menores unas normas o unas ideas originariamente pensadas para ser beneficiosas para ellos<sup>216</sup>. Pudo haberse inspirado nuestro legislador (genéricamente) en la Partida 6.8.4, que ya he recordado que establecía un plazo de 5 años desde la entrada en posesión por el heredero en la herencia para la querrela de testamento inoficioso, pero que no permitía entablar la querrela a los menores de 25 años y, cuando cumplían esa edad, les confería un plazo de 4 años para el ejercicio de la acción o querrela.

Una vez perdidos por caducidad o prescripción los derechos legitimarios por el descendiente por aplicación del artículo 178-2º, es cierto que, cuando llegare a enterarse de ello, y habiendo dolo o incluso negligencia de su progenitor o guardador en el caso, podría este descendiente acaso ya ahora mayor de edad intentar demandar a éstos por daños y perjuicios con base en los artículos 1902 y 1968-2º del Código civil. Pero entonces esta reclamación tropezaría, aparte de con la brevedad del plazo establecido para la mencionada reclamación (un año desde que conoció los hechos el agraviado), con la consideración de que en el régimen jurídico del artículo 178-2º de la LS el descendiente no habría sido rigurosamente "*persona impedida de administrar sus bienes*" ni persona sometida a unos "*representantes legítimos*" (cfr. art. 1932, párrafo 2º, del Código civil). Este mencionado precepto del Código civil parece que requeriría para prestar utilidad en nuestro asunto una interpretación sumamente relajada que acaso llegaría a ser una auténtica y forzada analogía. Con lo que, el sistema del artículo 178-2º de la LS resulta, definitivamente, insatisfactorio.

<sup>216</sup> No me convencen, por las razones aducidas en el texto, las afirmaciones de algunos autores en el sentido de que la regla del artículo 178-2º de la LS es razonable y oportuna, en tanto que coherente con el artículo 5 de la Compilación aragonesa. Cfr. en tal sentido RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, en *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Derecho Aragonés*, 2001, pp. 43-44; SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 599; GIL NOGUERAS, Luis Alberto, *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 635.

Por ello, y desde la idea de que la regulación ampliada de la capacidad de los menores aragoneses persigue en definitiva, ante todo, el beneficio del menor, considero que no sería indefendible que la jurisprudencia explorara en el futuro en ciertos casos eventualmente problemáticos la vía de considerar inaplicable (reducción teleológica: art. 3 del Código civil) el artículo 178-2º de la LS a los supuestos en que hubiera existido un conflicto de intereses en su momento desatendido entre el legitimario menor de edad y alguno de sus progenitores o ascendientes, o incluso, con argumentación a la vez más ambiciosa y dificultosa, considerar que es presupuesto de la aplicación del artículo 178 de la LS la efectiva aplicación previa de la partición de la herencia, cuya regulación es la que contiene los mecanismos más concretos (aunque todavía insuficientes) de protección de los intereses de los legitimarios menores de edad. Con ello se abriría paso en ciertos casos a los más prolongados plazos de prescripción o caducidad del Código civil en este tema y, en la segunda de las interpretaciones sugeridas, incluso a la aplicabilidad en Aragón del sensato y flexible artículo 1969 del Código sobre inicio del cómputo de dichos plazos, y se conseguiría, en definitiva, que la regulación legal peculiar de la capacidad de los menores aragoneses que existe desde 1925 no se convirtiera hoy en realidad, bajo la vigencia de la LS de 1999 y en virtud de su artículo 178, en un efectivo debilitamiento de la protección legal de sus derechos legitimarios. Con esta segunda vía de interpretación sugerida, más atrevida y dificultosa, podría decirse también que se conseguiría una recuperación parcial del sistema legal resultante en nuestro asunto del prudente silencio que guardó en su momento la Compilación aragonesa de 1967 sobre los plazos correspondientes a las acciones de protección de la legítima.

Creo que cabe una cierta duda sobre si los artículos 51 y 52 de la LS, relativos a particiones hereditarias con menores o incapaces o menores aragoneses mayores de 14 años, excluyen toda aplicabilidad supletoria del párrafo 3º del artículo 1057 del Código civil, lo que formalmente debiera ser así, o si se puede todavía defender una aplicabilidad en Aragón de dicho conveniente precepto, convenientemente adaptado al Derecho aragonés.

De "*lege ferenda*" parece que debería establecerse para los aragoneses menores de 18 años que el cómputo del (ya demasiado breve, según se ha explicado) plazo de 5 años se iniciase con la mayoría de edad, o también, cuando menos, que para el cómputo de dicho plazo los cuatro años transcurridos durante la minoría de edad del legitimario perjudicado contasen sólo como dos, o incluso sólo como un año. Con lo que el legitimario menor perjudicado en su legítima, presuponiendo un plazo de la duración del legalmente establecido en la actualidad (5 años), estaría respectivamente legitimado o hasta los 23 años, o hasta los 21 años, o hasta los 22 años. Esa solución debería obviamente alcanzar también, siempre de "*iure condendo*", al menor aragonés casado, quien debería empezar a contar los 5 años (o el plazo preferiblemente mayor que legalmente se fijase) desde los 18 años, o beneficiarse de un cómputo especial que extendiera la posibilidad de defender su legítima, cuando menos, hasta los 21 o los 22 años.

El art. 178 de la LS parece presentar menores dificultades pensando en el ejercicio de acciones de protección de la legítima por legitimarios de edad avanzada o con su capacidad mermada o en declive. Para estos legitimarios ancianos con su capacidad disminuida es de suponer que puedan ser avisados y estimulados y ayudados por sus descendientes para que ejerzan a tiempo sus acciones de protección de la legítima, cuando dichos descendientes existan, que es cuando también el cumplimiento de la legítima tendrá en principio mayor trascendencia y utilidad para la familia. Legitimarios de grado no preferente pero con una expectativa próxima de llegar a ser preferentes en un

futuro próximo podrían hacer valer su interés mediato y ayudar así de paso a sus ascendientes con la capacidad disminuida o en declive, estimulándoles y ayudándoles en el ejercicio de las acciones de protección de su legítima.

### **G) Plazo de las acciones de cumplimiento de la legítima atribuida en título sucesorio voluntario o legal.**

En el subepígrafe C de este mismo epígrafe ha quedado apuntada la duda de si podría ser o no aplicable en Aragón supletoriamente el criterio del Derecho supletorio de que el plazo de la acción de petición de herencia fuera de 30 años, cuando la legítima debiera reclamarse mediante una acción basada en el testamento o basada, por extensión, en el título sucesorio, fuera éste un pacto sucesorio o un acto de ejecución de una fiducia o la misma sucesión legal residual. La cuestión, que planteo de momento sólo respecto de las acciones de condena o de carácter vindicatorio, me parece dudosa y se relaciona sobre todo con la interpretación del artículo 178 de la LS, y del ámbito que alcanza este precepto, que ya se ha mostrado, por lo demás, que es precepto de técnica defectuosa.

Si pensamos que el artículo 178 no incluye las acciones de reclamación de la legítima atribuida en título sucesorio voluntario o legal, podría sostenerse la aplicabilidad supletoria del Código civil respecto de dichas acciones de cumplimiento de la legítima y, en particular, acaso precisamente el mencionado plazo de 30 años característico de la acción de petición de herencia, según una posición doctrinal y jurisprudencial bastante generalizada<sup>217</sup>. Si por el contrario, pensamos que el artículo 178 de la LS sí incluye en su ámbito las acciones de reclamación de la legítima atribuida en el título sucesorio voluntario o legal, el plazo para las mismas habría que entender que es en todo caso el de cinco años contados desde la delación de la herencia o del legado, ya sea dicha delación simultánea a la apertura de la sucesión ya sea un supuesto de delación retrasada. Como he indicado, el plazo de cinco años es acaso demasiado breve, por lo que la primera interpretación me parece preferible desde el punto de vista práctico<sup>218</sup>. Sin embargo, vamos a ver que ambas interpretaciones tienen de su parte argumentos de peso y que ambas, por otra parte, imponen al sistema del Derecho sucesorio aragonés incoherencias dogmáticas o valorativas importantes y a la postre insalvables interpretativamente.

Veamos primero los posibles argumentos a favor de la aplicabilidad supletoria del Código civil y acaso, en particular, de su acción de petición de herencia con plazo de 30

<sup>217</sup> El panorama doctrinal sobre los plazos de las acciones de protección de la legítima en el Código civil es, con todo, bastante complejo y hasta confuso. En 1969 el profesor LACRUZ defendió sobre la materia, al comentar la legítima aragonesa, una explicación sobre estos plazos en parte diferente de la que insinuó en el texto y que luego volvió a sostener en 1973 al explicar la legítima en el Código civil. Sostuvo que el plazo de 15 años del artículo 1964 de las acciones personales del Código civil se aplicaba en Aragón a la acción de preterición, a la de desheredación injusta, y a la de complemento o suplemento de la legítima, dudando entre un plazo de 4 ó de 5 años respecto de la acción de reducción de donaciones inoficiosas (arts. 1299 ó 646 del Código civil). Sacaba del ámbito del artículo 1964 del Código civil la acción de supresión de gravámenes a la legítima, que recordaba que debían tenerse por no puestos. Cfr. *La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa*, en los Estudios en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS, 1969, Volumen 2º, pp. 277 y ss. También en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pg. 673. Que la acción genérica de petición de legítima sea de 30 años, al menos en el Código civil, tiene a su favor, como hemos visto que advierte ESPEJO LERDO de TEJADA, que no tiene mucha lógica que alguien pueda pedir su herencia, acaso atribuida por normas dispositivas, durante 30 años, y que no pueda reclamar su legítima, atribuida por normas imperativas. Además el plazo de 30 años tiene a su favor los antecedentes históricos del Derecho español y castellano. Cfr. en este sentido, VALLET de GOYTISOLO, Juan B., *Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas*, en Anuario de Derecho civil, 1972, pg. 150. El plazo de 30 años viene siendo reconocido también desde antiguo por la jurisprudencia, como recuerda también VALLET en ese mismo lugar.

<sup>218</sup> Aunque sin aducir razones ni a favor ni en contra de su afirmación, explica GIL NOGUERAS, Luis Alberto, que el plazo del artículo 178 de la LS se aplica a las acciones de los artículos 179, 180-2º, 193, 182, 184 y 200 de la LS. Cfr. *De la legítima en Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 631.

años. Recordemos que el artículo 178 afirma que se aplica a *“las acciones reguladas en este Título”*, Título que es el dedicado a regular la legítima aragonesa (arts. 171 a 200). Podría argumentarse que, aunque el artículo 172-1, situado dentro del Título relativo a la legítima, afirma que *“la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo”*, ello no constituye propiamente *“regulación”* de las acciones derivadas del título sucesorio, siendo que las acciones verdaderamente reguladas en ese Título son todas las acciones originadas en las diversas formas de incumplimiento de la legítima, tanto cuantitativo como cualitativo, o por preterición, o por desheredación injusta, o por omisión de alimentos debidos al legitimario preferente por los sucesores.

Además, en otros títulos de la LS se regulan diversos aspectos de la adquisición de la herencia o del legado, incluso con diversas alusiones expresas o implícitas a la legítima (arts. 19, 24, 72-2º, 80-1º, 81, 139, 142-1º, 149, 153, 164, etc.), lo que acaso permitiría afirmar que las acciones derivadas del cumplimiento de la legítima atribuida en los diversos títulos sucesorios, de estar *“reguladas”* en algún lugar (tampoco allí, ciertamente, con alusiones demasiado directas ni mención alguna de plazos), será más bien en esos otros *“títulos”* de la LS diversos del Título relativo a la legítima. Además, la breve regulación de la partición de la herencia de los artículos 50 a 53 de la LS deja un amplio campo a la aplicación de la extensa regulación del Código civil sobre la partición hereditaria (arts. 1051 a 1081), lo que puede verse también, en relación con lo anterior, y puesto que dichas reglas del Código pueden verse en cierto modo como *“regulación”* de las acciones de cumplimiento de la legítima derivadas de títulos sucesorios (testamentos, en el Código, evidentemente) válidos y eficaces, como argumento a favor de la aplicabilidad en Aragón de reglas del Código, o basadas en su articulado, como, entre otras, la del plazo de la acción de petición de herencia.

En fin, aunque desde la interpretación contrapuesta a la que ahora consideramos, se considerara que la acción de petición de atribuciones a título de herencia y en pago de la legítima debiera verse sometida al drástico plazo de cinco años del artículo 178 de la LS, ello resultaría sumamente incoherente con el hecho irrefragable de que, en general, la vigencia del plazo de petición de herencia de los 30 años debe entenderse aplicable en Derecho aragonés, por falta de norma específica aragonesa sobre tan importante asunto, precisamente en todos los demás supuestos no alcanzados por el precepto dictado por el artículo 178 que se pretendiera aplicable a las atribuciones hereditarias en pago de legítima. Con lo que, aplicando en tal sentido dicho precepto, se llegaría al ilógico resultado de que el heredero no legitimario podría reclamar la herencia en Derecho aragonés durante 30 años y, en cambio, el heredero legitimario, tanto preferente como no preferente, sólo podría reclamar su herencia y legítima, amparada ésta en normas imperativas aunque voluntariamente cumplidas, durante un plazo de 5 años desde la delación de la herencia, retrasada o no. Resultado ciertamente irrazonable, porque tampoco creo que cupiera eludirlo generalizando el plazo de cinco años del artículo 178 de la LS, que es una norma especial tanto en su letra como en su espíritu, como plazo general de la acción de petición de herencia en el conjunto del Derecho sucesorio aragonés o aplicable en Aragón.

Veamos ahora, con todo, los argumentos que existen para entender que el ámbito del artículo 178 de la LS acaso se extiende a las acciones de cumplimiento de la legítima atribuida en títulos sucesorios válidos y eficaces, sean voluntarios o legales. En primer lugar, partiendo de una noción relajada del término *“regulación”*, podría pensarse que la afirmación del artículo 172-1º de que *“la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo”*, es suficiente para entender que las mencionadas acciones de cumplimiento de la

legítima estarían entre las “*reguladas*” en el propio Título relativo a la legítima aragonesa. En segundo lugar, fuera de ese Título relativo a la legítima, aunque se encuentran diversas alusiones al instituto según se ha indicado, la verdad es que no hay en toda la LS una verdadera “*regulación*” específica de las acciones de cumplimiento de la legítima atribuida en títulos sucesorios válidos y eficaces ni voluntarios ni, menos aún, legales. En cambio, el artículo 18 de la LS establece que la acción declarativa de la indignidad, que se basa en la realización de hechos gravemente ilícitos como los contemplados en el artículo 13 de la LS, caducará transcurridos cinco años desde que el indigno de suceder esté en posesión de la herencia o legado. Lo que puede ser demostrativo de una cierta voluntad del legislador de búsqueda de la seguridad jurídica y de que no se prolonguen excesivamente situaciones de adquisiciones de bienes sucesorias pero claudicantes o impugnables. Este puede ser lugar adecuado, por cierto, para hacer la conveniente consideración de que la acción de reducción de donaciones, aunque mayoritariamente “*regulada*” en el Código civil en sede de donaciones, cae sin duda bajo el plazo de 5 años del artículo 178-2º de la LS, con desplazamiento del plazo de 4 años del artículo 1299 del Código civil, al estar mencionada dicha acción expresamente en el artículo 180, letra b, de la LS.

En tercer lugar, y como se puso de relieve en el segundo subepígrafe del presente epígrafe relativo al plazo de las acciones sobre la legítima, precisamente la letra y el espíritu del artículo 178-1º, y además en consonancia con muchos otros artículos de la LS que tienden a dar un protagonismo excesivo y hasta erróneo en ocasiones a la noción de la delación de la sucesión, contemplan mucho más acciones de cumplimiento regular de la legítima por el disponente en el título sucesorio correspondiente, que supuestos de incumplimientos de la legítima por el disponente que son los efectivamente regulados con detalle en el Título relativo a la legítima (arts. 171 a 200). Así que el artículo 178-1º por un lado afirma referirse a las acciones reguladas en el propio Título, que son todas acciones de incumplimiento de la legítima y que no requieren delación ninguna, y por otra estructura su consecuencia jurídica con un planteamiento basado en la idea de delación, que sólo tiene sentido para las acciones de cumplimiento de la legítima atribuida en título sucesorio válido y eficaz, voluntario o legal. Estructura el artículo 178-1º su consecuencia jurídica con base en la idea de delación, ya explícitamente, en el inciso final del precepto, ya también implícitamente, aunque aludiendo al momento del fallecimiento del causante, que precisamente es el momento que coincide genéricamente con la delación de la herencia (art. 6-1º de la LS) y del legado (art. 7-3º y arts. 162-164 de la LS). En los pactos sucesorios la delación suele ser anterior al fallecimiento del causante (arts. 6-4º, 70, 74 y 77 de la LS, no en el art. 82), pero lesión a la legítima, ni siquiera existencia misma de la legítima, no caben en rigor antes del “*fallecimiento del causante*”, que es expresión o término que se hace imprescindible en el artículo 178-1º, para incluir los incumplimientos a la legítima en los pactos sucesorios, y término necesariamente sinónimo, entonces, para estos casos, del de apertura de la sucesión.

Ya se ha indicado también que no cabría pensar en nuestro sistema legal, pese a la letra del artículo 2-1º de la LS, en una especie de delación por ministerio de la ley que afectase al derecho legitimario vulnerado y a las acciones que reaccionan contra esa vulneración. Precisamente estamos advirtiendo que el artículo 178-1º, que está destinado a señalar el “*dies a quo*” desde el que empezar a contar el plazo de prescripción de esas acciones de incumplimiento de la legítima contrapone ineludiblemente en su letra las nociones de apertura de la sucesión y delación, y explicamos cumplidamente en un subepígrafe anterior que la alusión a la delación retrasada que hace el precepto precisamente es, en sustancia, errónea.



En cuarto lugar, recuérdese que para el Código civil un autorizado sector de la doctrina ha insistido en que si la legítima puede considerarse un derecho subjetivo, mejor que no un mero freno o límite a la libertad del disponente de disponer por causa de muerte, vale la pena intentar superar en lo posible las dudas y heterogeneidad de soluciones doctrinales existentes en materia de acciones de protección de la legítima y de su plazos, procurando unificar al máximo el régimen de dichas acciones y de dichos plazos o plazo, que algunos intentan reconducir al plazo genérico de 30 años de la acción de petición de herencia. Ese planteamiento de fondo tiene también sentido para el Derecho sucesorio aragonés y su legítima, por lo que se convierte en un cuarto argumento que apuntaría hacia el resultado final de que el espíritu y la letra del artículo 178-1º de la LS, al unificar en un único plazo de cinco años el conjunto de las acciones relacionadas con la legítima aragonesa, hace algo coherente con el concepto profundo de la legítima como derecho subjetivo, y por tanto convendría entender el precepto en dicho sentido omni-comprendivo que no dejara fuera las acciones de cumplimiento de la legítima atribuida en títulos sucesorios válidos y eficaces, sean voluntarios o legales.

Por eso, la solución o interpretación primeramente expuesta en esta argumentación según la cual el artículo 178-1º debiera entenderse limitado en su ámbito sólo a las acciones de estricto incumplimiento de la legítima en el título sucesorio por el disponente también desemboca finalmente en una incoherencia o contradicción lógica o valorativa, al asignar plazos enormemente distintos (5 años o 30 años, acaso) según se tratase de las mencionadas acciones de incumplimiento de la legítima, que son además las directas e inmediatamente basadas en normas imperativas que dejan ineficaces los negocios jurídicos contrarios y sustituyen imperativamente los contenidos de los mismos por los contenidos impuestos por la ley (5 años), o se tratase de acciones de cumplimiento de la legítima atribuida en títulos sucesorios válidos y eficaces, ya voluntarios, ya legales o de sucesión intestada, que se regula en normas por principio dispositivas (30 años). Acciones éstas con plazos mucho más prolongados a pesar de que el papel de la normativa legal imperativa tiene aquí una incidencia sólo mediata en la cuestión.

Recuérdese, por otra parte, que en el primer párrafo del presente epígrafe se hacía notar también que el artículo 178 de la LS no distingue entre acciones de condena y acciones meramente declarativas de legítima que también parece deben existir en nuestro sistema legal, por mucho que su uso o ejercicio se haya presentado hasta ahora como algo más bien anómalo en la práctica. La acción declarativa de legítima parece que hay que pensar que no está aludida en el artículo 178 de la LS y que, en tanto que acción declarativa, no debe prescribir ni caducar nunca y que debe mantenerse siempre, al menos mientras existan personas con interés en que se declare la existencia del título legitimario, lo que puede depender de la relación del supuesto con otras normas o acciones y sus correspondientes plazos. Especialmente necesaria y útil sería esta concepción o interpretación si se aceptara la primera de las dos interpretaciones contrapuestas que se han ofrecido en este subepígrafe (y considerado interpretación preferible, al menos en su resultado práctico) sobre las acciones de condena del deber de legítima, porque, entonces, se harían posibles durante muchos años, y hasta durante 30 años para la acción de petición de herencia, reclamaciones basadas en posibles títulos sucesorios voluntarios o legales, y en la normativa supletoria del Código civil, contra los aragoneses legitimarios adquirentes de su legítima que necesitarían, evidentemente, poder enervar mediante su acción declarativa de legítima, más allá del plazo de 5 años que marca el artículo 178 de la LS., esas pretensiones o reclamaciones contra su derecho legitimario legítimamente adquirido.

Pero la mencionada acción declarativa de legítima parece que debería existir igualmente, y también aquí sin límite temporal legalmente impuesto, aunque resultara entonces de menor utilidad práctica, si se partiera de la interpretación ofrecida en segundo lugar en este subepígrafe, y conforme a la cual el artículo 178 alcanzaría con su ámbito tanto las acciones de protección al legitimario contra el incumplimiento de la legítima por el disponente como las acciones de cumplimiento de legítima mediante ejecución de títulos sucesorios voluntarios o legales válidos y eficaces. Incluso con este presupuesto interpretativo convendría pensar que el artículo 178 de la LS no alcanza a la acción declarativa de legítima y que ésta no está vinculada desde luego por el plazo de cinco años que establece dicha norma legal.

Por todo ello, cabe en definitiva concluir que el precepto del artículo 178-1º, por lo que hace ahora a las acciones de condena y vindicatorias, requiere una interpretación que bien podría calificarse de correctora en su inciso segundo, al efecto de eludir consecuencias completamente irrazonables; es desacertado y perjudicial para los menores a los que parece intentaba proteger el precepto del artículo 178-2º; y el conjunto del artículo 178 plantea una grave duda sobre su propio ámbito y sobre el posible juego del Derecho supletorio del Código civil. Y además, por mucho que acierte la jurisprudencia futura en la aplicación de este artículo no va a poder evitar el desembocar en resultados que harán adolecer al Derecho sucesorio aragonés de contradicciones valorativas o de resultados ilógicos desde el punto de vista del total sistema legal aplicable en Aragón y de su coherencia. Todos los posibles caminos interpretativos, según se ha explicado, conducen a ello. Lo que hace pensar que el legislador aragonés de 1999, si quería regular la compleja cuestión de los plazos de las acciones protectoras de la legítima debió haber reflexionado más amplia y profundamente. Quizás debió regular los plazos del conjunto de las acciones legitimarias y de petición de herencia y de cumplimiento de los títulos sucesorios en cinco o seis preceptos bien pensados y adecuadamente distribuidos a lo largo de toda la LS. Pero para presentar en materia de legítimas un único artículo como el actual artículo 178 de la LS era más prudente y hubiera sido preferible la solución del legislador aragonés de 1967 de guardar un prudente silencio en el tema y remitir las soluciones en bloque al Derecho supletorio, por mucho que la regulación de éste en la materia diste mucho de ser modélica.

## **12º) INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA O ACCIÓN DE LESIÓN DE LA LEGÍTIMA.**

Esta acción está regulada en los artículos 179 a 181 de la LS, que vienen a sustituir al artículo 124 de la Compilación. Coincidiendo parcialmente con este precepto, la nueva LS, en el artículo 179-1º y 2º, concede con acierto la acción a los legitimarios de grado preferente (antes inmediatos) y también con acierto, en el sentido que claramente suponía el artículo 124, con un reparto entre los legitimarios legitimados del conjunto de la que llamé, inspirándome en algunas afirmaciones ocasionales de Lacruz, "*cuota al resto*" de legítima, o si se quiere, "*cuota al resto*" de la legítima todavía no distribuida a legitimarios por haberse distribuido a no descendientes en perjuicio de la legítima. La referencia a la distribución proporcional según cuotas de la "*sucesión legal*" se hace, según entiendo, aunque sea cuestión opinable, y aunque ello haga más compleja la distribución de la legítima, a las cuotas de la sucesión legal tanto ordinaria como troncal. La "*cuota en la sucesión legal*" del artículo 179-2º, como el precepto no distingue y ambas modalidades de sucesión caben bajo dicha denominación, es la cuota global que integre

ambas modalidades de sucesión, ambas por cierto conectadas a la responsabilidad por deudas de la herencia del heredero. Aunque el término “cuota” sugiere intuitivamente más la sucesión intestada ordinaria, puesto que la troncal recae más bien sobre bienes concretos, creo que siempre será calculable, con más o menos dificultad, esa cuota global que integre las dos modalidades posiblemente existentes de sucesión legal. Podría decirse que la complejidad de la regulación legal aragonesa de la sucesión legal tiene aquí un reflejo derivado de complejidad también para la regulación legal de la legítima aragonesa.

Otro posible problema interpretativo es el de la contradicción de este artículo 179-1º de la LS, que al remitirse a una distribución según las cuotas de la “sucesión legal” estaría claramente aludiendo a una distribución, en su caso, por estirpes y no por cabezas, coherentemente también con el artículo 157, letra d, de la LS, y como venía sucediendo bajo el artículo 124 de la Compilación, contradicción, explicaba, con el criterio de distribución por cabezas de la legítima entre los legitimarios de grado preferente que recoge el artículo 171-2º de la LS, “cuando no se haya distribuido o atribuido la legítima de otra manera”. Como el supuesto de infracción de la legítima por liberalidades inoficiosas encaja bastante bien en la amplia hipótesis o supuesto de hecho de este artículo 171-2º, no hay más remedio que reconocer como defendible la aplicabilidad de dicho precepto como una modalización posible expresamente establecida de las consecuencias de la “sucesión legal” reclamada para el caso por el legislador. Así coincidirían el criterio legal genérico de distribución de la legítima entre los legitimarios preferentes con el criterio de recuperación de la cuota al resto de la legítima en estos supuestos de liberalidades inoficiosas a no descendientes, lo que parece razonable en abstracto. Y todavía cabe recordar que para la reducción de las porciones de los legitimarios a consecuencia del ejercicio de la acción del preterido no intencionalmente (art. 193-1º) tampoco se atiende a diferencias de grado de los legitimarios o a relevancia ninguna de las estirpes.

Sin embargo, la norma del artículo 171-2º, acogida en una enmienda aceptada en las Cortes a última hora, es precepto que se muestra poco razonable en este problema, y que más bien se orienta, en general, como quedó explicado, a ser una norma interpretativa de concretos títulos sucesorios, y quizás, entonces, la jurisprudencia debería intentar forzar la interpretación para aplicar la distribución por estirpes, en su caso, en estos supuestos de ejercicio de la acción de lesión de legítima del artículo 179-1º, acaso razonando desde el carácter de norma más especial que podría pensarse que presenta este último precepto respecto de la regla del artículo 171-2º de la LS.

Por otra parte, el artículo 179-1º y 2º ha prescindido del criterio del artículo 124 de la Compilación, que a la mencionada legitimación activa de los legitimarios inmediatos (de “grado preferente” hoy) anteponía la de los legitimarios tanto inmediatos como mediatos que hubieran sido designados “herederos o donatarios universales” (sucesores a título universal, antepuestos, por tanto). Esta solución, aunque criticada por alguno<sup>219</sup>, gozaba de la aprobación de la doctrina más autorizada (Lacruz; Vallet de Goytisolo)<sup>220</sup>.

219 Crítico con el artículo 124 de la Compilación fue CALATAYUD SIERRA, Adolfo, en *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pp.72-73; y *La sustitución legal en Aragón (El artículo 141 de la Compilación)*, en las *Actas de los Quintos Encuentros de Derecho Aragonés de 1995, 1996*, pp. 186 a 188.

220 Cfr. de LACRUZ su trabajo *La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa*, en el Libro Homenaje al profesor CASTÁN TOBENAS, José, Volumen 2º, 1969, pp.277 y ss.; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 660 a 662, y pp. 662 a 666. VALLET de GOYTISOLO, Juan, sigue en todo a LACRUZ en esta cuestión. Cfr. *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo 2º, 1974, pp. 1033-1034; 1175; sobre el artículo 124 de la Compilación; y pp. 1111-1112 sobre la aplicabilidad de los artículos 821 y 822 del Código civil en Aragón.

Lacruz la justificaba en la experiencia más habitual aunque reconociendo que, como toda norma abstracta, podía llevar a resultados insatisfactorios en casos concretos. Explicaba también Lacruz que esa era la solución que interpretaba mejor la voluntad del testador y que cabe normalmente presumir a los herederos más próximos en el afecto del disponente que a los legatarios.

Personalmente hubiera preferido también que se mantuviera el criterio del artículo 124<sup>221</sup>, porque, aparte de que sólo el heredero y no el legatario responde de las deudas de la herencia, veo cierta lógica a proyectar también en este ámbito el dato esencial de que el título de heredero tiene carácter expansivo y tiende por principio a expandirse y no así los legados, que a todos los efectos hasta ahora, también en el Derecho aragonés, carecían de fuerza expansiva. Aquí se les atribuye esa fuerza expansiva por la Ley aragonesa de 1999, que ha abandonado el criterio del artículo 124 de la Compilación, aunque en forma un tanto indirecta. Considero algo atrevido y discutible el criterio legal adoptado en esto por nuestro legislador, por importantes que quieran considerarse los legados en la práctica habitual de distribución de sus bienes por los testadores. Además, la solución del artículo 179-2º devalúa un tanto la posición legal genérica de los legitimarios de grado no preferente cuando hayan sido instituidos en una parte pequeña de la herencia, creo que contra la lógica de un sistema legal que permite al disponente anteponer a los legitimarios no preferentes sobre los preferentes. La Preámbulo de la Ley de 1999 no justifica este importante cambio de criterio. De haberse mantenido el razonable criterio del artículo 124 de la Compilación, hoy sabemos además, que presentaría un ámbito mucho menor el difícil problema interpretativo que se acaba de explicar que plantea el artículo 171-2º de la LS<sup>222</sup>.

Ya he advertido al explicar el régimen jurídico de las acciones sobre la legítima en general, que trayendo del ámbito del Código civil la convincente explicación del profesor Espejo Lerdo de Tejada, la acción de protección cuantitativa de la legítima por atribuciones a extraños debiera siempre empezar por la reducción, en la medida en que exista, de la sucesión intestada que no haya sido atribuida en pago de legítima. Lo que ocurre es que en el Derecho aragonés no parece tan fácil detectar supuestos de ello como en el Código civil, pudiendo quizás existir alguno en casos de la denominada por el legislador exclusión “absoluta”. En el supuesto en que sí se puede plantear el caso con relativa facilidad (aunque en modalidad algo peculiar), que es el de la preterición no intencional, la letra del artículo 193-1º de la LS parece excluir tajantemente la lógica jerarquización de las reducciones que, en buena teoría, debiera existir y la correspondiente anteposición de la sucesión intestada a las otras liberalidades voluntarias hechas a los restantes legitimarios. Con lo que, como advertí en el indicado lugar, lo que queda más bien para el Derecho aragonés de estas ideas es la posibilidad de que se haya distribuido erróneamente como sucesión intestada una sucesión habiendo un descendiente desconocido o sobrevenido del causante y que, entonces, deba recuperarse ya la legítima, ya la total herencia intestada con la legítima embebida en ella, de uno o varios herederos total o parcialmente “aparentes”.

Un problema interpretativo que cabe plantear es el de cómo situar en la jerarquización de liberalidades establecida en el artículo 180 las liberalidades a legitimarios prefe-

221 Cfr. mi trabajo de 1997, con el comentario sobre el artículo 124 de la Compilación, pp. 23 a 28.

222 GIL NOGUERAS, Luis Alberto, parece aceptar el cambio del criterio del artículo 124 de la Compilación por el artículo 179-2º de la LS, aunque me resulta un poco oscuro su pensamiento, puesto que parece condicionar esa solución sólo al caso de ejercicio conjunto de sus acciones por todos los legitimarios perjudicados y dejando sin explicar el caso del ejercicio de la acción sólo por uno de ellos. Cfr. *De la legítima*, en el *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, 2006, pp. 575-576.

rentes o no preferentes excluidas expresamente por el disponente de su imputación en la legítima. Aunque podemos afirmar que podría incidir en la solución de esta cuestión la interpretación del concreto negocio jurídico, tiendo a pensar que, con el designio de respetar en lo posible la voluntad manifestada por el disponente, lo mejor sería poner tales liberalidades hechas a legitimarios cuando fueran por causa de muerte tras las liberalidades por causa de muerte inoficiosas y hechas a no descendientes; después, en tercer lugar, las liberalidades entre vivos inoficiosas y hechas a no descendientes; y a continuación, de haberlas, en cuarto lugar, las liberalidades entre vivos hechas a legitimarios y expresamente excluidas por el disponente de su imputación en la legítima. El problema es, con todo, complejo, y cabría pensar en otras posibles soluciones. Las donaciones a un legitimario de cualquier grado con orden expresa de colacionar no dispensada posteriormente deberán entenderse imputadas en la legítima, en principio, conforme a la regla general del artículo 175-1º de la LS.

Otro posible problema interpretativo es el de cómo integrar en la jerarquización de liberalidades que prevé el artículo 180 de la LS las atribuciones por causa de muerte al instituido heredero en un pacto sucesorio (art. 74 de la LS) que no sea descendiente cuando el mencionado pacto sucesorio no absorba finalmente toda la sucesión y haya un testamento posterior en el que se defiera parte de la sucesión, existiendo además, por supuesto, legitimarios sobrevenidos o no, o simplemente cuando, habiéndolos, la institución en pacto sucesorio de un no descendiente haga inoficiosa esa institución en su conjunto. La amplia letra de la ley en el artículo 180, letra a), de la LS, al aludir a "*liberalidades por causa de muerte*", con independencia de su "*título de atribución*", parece apuntar a la inclusión de las atribuciones en pacto sucesorio inoficiosas junto a las atribuciones testamentarias inoficiosas, cuando existan éstas también junto a aquéllas. La solución parece, en principio, aceptable y razonable, aunque plantea todavía el problema adicional de si resultaría o no aplicable por analogía el criterio de la reducción primero de las donaciones más recientes frente a las menos recientes del artículo 180, letra b), de la LS, y para el caso sobre todo de que pueda resultar suficiente para la protección de la legítima la reducción sólo de las más recientes. Entendiendo viable esta analogía, habría que empezar reduciendo, en su caso las disposiciones testamentarias inoficiosas, cuando existieran éstas, y sólo después podría reducirse, siendo necesario todavía, el pacto sucesorio inoficioso. No parece indefendible tal solución, aunque encontraría una cierta dificultad en el amplísimo tenor literal del artículo 180, letra a), de la LS, ya recordado, y que más bien apunta a una reducción de todas las liberalidades por causa de muerte e inoficiosas, a prorrata, y con independencia de su naturaleza y de su fecha. Obsérvese que esta lógica, por lo demás, puede llevar a reducir antes un pacto sucesorio inoficioso acaso muy anterior que una donación inoficiosa muy posterior a aquél.

Entrarían aquí también, bajo el ámbito del artículo 180, letra a), por supuesto, las disposiciones por causa de muerte inoficiosas legítimamente hechas por los fiduciarios a no descendientes y que serían, desde luego, siempre posteriores a las disposiciones testamentarias ordinarias. La LS califica genéricamente a los actos de ejecución de la fiducia (arts. 141-1º, 143-1º, y 145-2º) como actos entre vivos e irrevocables que se formalizan en escritura pública, pero dichos actos, en tanto que actos de distribución de la sucesión de una persona fallecida conforme a sus indicaciones en un negocio dispositivo por causa de muerte, parece que son, en su significado profundo, actos por causa de muerte, y que pueden encajar en la redacción del artículo 180, letra a), cuando se refiere a "*liberalidades por causa de muerte, con independencia de su título de atribución*". Con mayor facilidad todavía encajarán en dicha expresión legal los actos testamentarios de ejecu-

ción de la fiducia por el cónyuge fiduciario del causante (art. 141-2º). Aunque los actos de ejecución de la fiducia serán siempre, por hipótesis, como ya se ha indicado, posteriores a los actos de distribución de herencia o legítima en testamento o en pacto sucesorio, tampoco parece aplicable aquí por analogía el criterio que establece para las donaciones inoficiosas el artículo 180, letra b), de reducir primero las más recientes y luego las más antiguas.

Sea inoficioso o no el pacto sucesorio en sí mismo, ya lo sea con institución de presente, ya con institución para después de los días, parece que podrán llegar a considerarse inoficiosas en principio, en su caso, las donaciones o liberalidades hechas con bienes de la sucesión por el instituido en pacto sucesorio (art. 75 de la LS), o por el instituyente y el instituido conjuntamente (arts. 75 y 78-2º de la LS), o por el instituyente en caso de pacto sucesorio a favor de tercero (art. 83 de la LS), a favor, cualquiera de ellas, de no descendientes del causante cuya sucesión y legítima se consideren. Aunque estas liberalidades presentan un carácter en cierto modo mixto, al iniciarse con una liberalidad por causa de muerte en pacto sucesorio y finalizar en una estricta liberalidad entre vivos, tiendo a pensar, aunque la cuestión ofrezca dificultad considerable, que a efectos de su inclusión en la jerarquización de liberalidades reducibles del artículo 180 de la LS, de admitirse dicha inclusión, sería preferible considerarlas como donaciones, y aplicarles el artículo 180, letra b), de la LS. Lo que ocurre es que estamos ya entrando en el vidrioso tema de si la acción de los artículos 179 y 180 de la LS tienen efecto frente a subadquirentes o no, y si los tiene, en qué casos, lo que parece nos remite a la problemática de la naturaleza de esta acción, y si se acepta que es una acción rescisoria, a la regulación del Código civil, que parece dejar a salvo de las acciones rescisorias a los subadquirentes a título oneroso y de buena fe (arts. 636 y 654 a 656, arts. 1295 y 1298, art. 1124, párrafo 4º; artículo 37 de la Ley Hipotecaria; etc.).

Aunque el fiduciario o fiduciarios no podrán hacer donaciones con los bienes de la herencia puesta a su cargo (arts. 137, 138 y 139 de la LS), si hicieran alguna de hecho a no descendientes, parece que la misma, aparte de anulable o nula, convendría reconocerla también, al menos por razones de economía procesal, y habiendo lesión en la legítima, como inoficiosa y sometida al artículo 180, letra b, de la LS, y debiendo ser reducida, entonces, siempre con anterioridad a posibles donaciones inoficiosas hechas por el causante, siempre por hipótesis más antiguas.

En los supuestos normales de aplicación del artículo 72 de la LS, los descendientes del instituido premuerto, que tienen también su legítima respecto de éste, serán además descendientes del instituyente, a quien la Ley da una segunda oportunidad de distribuir o atribuir su legítima o parte de ella entre esos descendientes suyos de segundo grado (nietos, generalmente) y como efecto previsto para el desarrollo del pacto sucesorio que se había celebrado. Estos descendientes del instituido premuerto podrán ser legitimarios preferentes o no preferentes, en rigor, sólo de éste último, pero no, propiamente, del instituyente, puesto que, aunque la Ley presuma (art. 74-2º) que el conjunto de los bienes de instituyente van a ir a parar al instituido tras el fallecimiento del instituyente, antes de la delación de la sucesión de éste, como quedó explicado, no cabe la existencia de legitimarios suyos propiamente dichos. En todo caso, tratándose en este supuesto siempre en definitiva de atribuciones a descendientes del instituyente, es imposible que se consideren inoficiosas y la acción de los artículos 179-180 de la LS no juega aquí en ningún caso.

Pero podría ser distinto si el pacto sucesorio con institución de presente fuera en sí inoficioso por haberse instituido en el mismo a un no descendiente del instituyente que

tuviera descendencia y que premuriese al instituyente. En un caso así, por un lado en la sucesión del instituyente con legitimarios éstos deberían poder utilizar acaso contra las atribuciones del instituyente que favorecieran a los descendientes del instituido premuerto, y realizadas conforme al artículo 72-2º, la acción de lesión de legítima de los artículos 179-180, y por otro lado, habrían surgido derechos legitimarios sobre la sucesión del instituido en pacto sucesorio y premuerto que, aunque relativos a bienes en parte procedentes del patrimonio del instituyente, serían derechos legitimarios anteriores a los de los legitimarios del instituyente. Podría decirse que se plantearía un conflicto entre el cumplimiento de la legítima del instituido en pacto sucesorio válido y eficaz, pero inoficioso, y el cumplimiento de la legítima del instituyente. Si se pretendiera dar preferencia a ésta última, y considerar ejercitable en tal caso la acción de los artículos 179-180 por los legitimarios preferentes del instituyente, otra vez tropezaríamos, al menos, con la duda de si esta acción pueda o no tener efectos frente a subadquirentes, lo que ya se explicó que, conforme al Código civil, probablemente obliga a distinguir, cuando menos, y entre otras posibles variables, a los de buena y a los de mala fe.

Sabemos que en el conjunto de Aragón son poquísimos los pactos sucesorios que se realizan, lo que da un aspecto bastante teórico a las posibles dudas interpretativas que acabo de plantear en los párrafos anteriores. Pero creo que es misión de la doctrina mostrar en lo posible en su complejidad real el difícil sistema legal sucesorio construido por nuestro legislador de 1999, para mejor poder conocerlo y valorarlo.

El artículo 179-3º, mostrándonos aquí la LS lo poco “colectiva” que en realidad es la legítima aragonesa, establece que la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás. Esta es una de las varias normas de la LS que denotan una malquerencia encubierta contra la legítima y cuyo origen probablemente esté en una traslación indebida de la idea desde el ámbito del Código civil<sup>223</sup>, donde la idea podría tener mucho más sentido. No hay acrecimiento entre los colegitimarios preferentes en la reclamación de su cuota al resto de legítima, lo que va en beneficio de los no descendientes atributarios de las liberalidades inoficiosas, al producir, al parecer, la falta por alguno de ejercicio de la acción de lesión de legítima, una ampliación de la mitad de libre disposición. En su limitado alcance el criterio legal del artículo 179-3º de la LS es contrario al mucho más razonable y coherente con la naturaleza de la legítima del artículo 985, párrafo 2º, del Código civil, y al similar a éste que cabía deducir del sistema legitimario de la Compilación de 1967 (cfr. arts. 124, 119 y 106). Cosa distinta de la regla del artículo 179-3º es el limitado acrecimiento en caso de muerte de un consorte sin descendencia que se da en su caso y ámbito, y sobre bienes inmuebles, dentro del consorcio foral (artículo 59-3º), aunque puedan en casos coincidir los descendientes legitimarios de ambas regulaciones.

Esta regla del artículo 179-3º plantea el problema de si podría la renuncia o falta de ejercicio de la acción por el único o por todos los legitimarios preferentes llegar a extinguir la legítima colectiva, en detrimento de los legitimarios no preferentes que pudieran existir. El problema es difícil y se relaciona con la problemática, también difícil y ya comentada, que plantea la renuncia a la legítima. He reflexionado sobre este problema

223 Al menos, la idea se encuentra en LACRUZ respecto de la legítima en el Código civil. Cfr. *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pg. 157. Y acaso otras opiniones en el mismo sentido o sobre lo mismo pero para el Derecho aragonés pudieron recibir esa influencia. En todo caso, parece que son posteriores al menos algunas de esas opiniones. Cfr. por ejemplo, MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, en los *Comentarios* de EDERSA, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, Tomo 34, Volumen 2º, 1988, pp.52-53; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pg. 73 y nota nº 70.

posteriormente, al considerar el régimen jurídico de la preterición total, tanto intencional como no intencional, que son dos de los supuestos en los que más típicamente se podría llegar a plantear nítidamente la cuestión propuesta.

En mi trabajo de 1997, en el que consideré a la legítima como *pars valoris*, había calificado a la acción del artículo 124 de la Compilación como acción rescisoria y creo que es todavía defendible esa idea bajo la nueva LS para los artículos 180 y 181<sup>224</sup>. Estos artículos contemplan implícitamente una restitución de bienes relictos como la normal para ejercitar esta reclamación de complemento de la legítima, lo que acaso podría hacer más problemática esa calificación para esta nueva regulación de la Ley vigente. Esta regulación de los artículos 180 y 181 presupone implícitamente la noción de la LS de la legítima como "*pars bonorum*", por lo que, aunque utiliza siempre el término "*reducción*", que resulta ambiguo en cuanto a este aspecto de la cuestión, está pensando siempre en principio, evidentemente, en "*restitución*" de bienes relictos a los legitimarios reclamantes de la cuota al resto de la legítima. En este sentido, los artículos 180 y 181 también completan la regulación de la llamada "*intangibilidad cualitativa*" de la legítima de los artículos 182 a 187 de la LS y refuerzan dicha idea. Todo ello, como vamos a ver, lleva a pensar en una acción rescisoria con su carácter real robustecido o incluso puede llevar a pensar en algo distinto de una acción rescisoria, según cómo apliquen estas normas en el futuro los tribunales. Por lo demás, estos artículos 179 a 181 de la LS contemplan evidentemente una acción de condena y restitutoria, y parten del presupuesto de que se han atribuido ya bienes a no descendientes en perjuicio de la legítima, pero la jurisprudencia no debería tener ninguna dificultad, invocando el artículo 171 de la LS, en reconocer también la operatividad posible, en sus casos, de una acción declarativa de inoficiosidad de atribuciones testamentarias o hechas en pacto sucesorio y todavía no consumadas (pacto sucesorio para después de los días, por ejemplo), lo que podría presentar evidente utilidad.

La letra, y acaso también el espíritu, de los artículos 179 y 180 de la LS, van dirigidos contra liberalidades efectivamente hechas o reales que arrancasen del título sucesorio válido y eficaz en lo no perjudicial a la legítima, pero acaso no se los forzaría tanto si se entendiera que pudieran estos preceptos permitir al legitimario preferente lesionado en su legítima atacar también liberalidades por causa de muerte hechas por el testador o disponente y sólo "*aparentes*", por ser radicalmente ineficaz el título sucesorio de origen (revocado por otro posterior, por ejemplo, y que se conoció tras la partición de la herencia). Según esto, la restitución de los bienes del caudal no se paralizaría por la excepción opuesta por los beneficiarios de las liberalidades de ser sólo "*aparente*" la liberalidad, o la excepción de ser impugnabile o estar ya impugnado por otras personas el título sucesorio; por el contrario, cobraría ya el legitimario con la restitución lograda su cuota de legítima insatisfecha frente a un beneficiario de una liberalidad aparente visto como un mero poseedor; y luego se arreglarían entre ellas las personas designadas en el título sucesorio aparente o ineficaz y las designadas en el título sucesorio definitivo o eficaz. Habría aquí una clara manifestación del carácter real y de la efectiva preferencia (normas imperativas) del derecho del legitimario preferente.

Podría decirse que esta solución, que resultaría especialmente coherente con la idea aquí considerada preferible de que la legítima se apoya en una clase específica de vocación forzosa, es en sí razonable para evitar retrasos en el cobro de la legítima por com-

<sup>224</sup> Para mi afirmación sobre el artículo 124 de la Compilación véase mi trabajo de 1997, pg. 28. Algo tímidamente lo afirma también para la LS el carácter rescisorio de la acción, GIL NOGUERAS, Luis Alberto, en *De la legítima, Manual de Derecho sucesorio aragonés*, 2006, pg. 577.



plejidades fácticas de las que bien se podría, y hasta se debería, dejar fuera a los legitimarios, y es idea que la letra de los artículos 179, 180 y 181, inspirada en cierta aspiración vindicatoria o de reipersecutoriedad, pondría al alcance de una jurisprudencia que aspirase a una protección simple y eficaz de la legítima. Estando clara la preferencia del derecho legitimario, puede pensarse que carece de sentido hacerle esperar y aumentarle los riesgos de no cobrar y las dificultades para cobrar su legítima, y si además ha iniciado ya un pleito para ello, a que se diluciden antes otros posibles pleitos que, en buena teoría, habrían de resultarle siempre irrelevantes, a la postre, al legitimario preferente reclamante. Claro que esta posible explicación debe entenderse formulada sólo para cuando, precisamente, el nuevo testamento sobrevenido desconozca o lesione de nuevo plenamente la legítima o lo haga en medida igual o mayor que el testamento originario que hubiera dado causa al nacimiento de las acciones *ex* artículos 179 y 180 de la LS. No valdría, evidentemente, dicha explicación, si el nuevo testamento o título sucesorio no lesionara a la legítima global o lo hiciera pero en medida menor que el testamento o título originario, de modo que viniera a reducir las cuotas legales de legítima (cuotas legales momentáneamente “vacías”) nacidas con base en los mencionados preceptos legales.

Y aunque sea cierto que los preceptos de los artículos 179 y 180 de la LS, incrustados en el Derecho aragonés en 1925, tienen detrás siglos de historia y un claro origen en la querrela por testamento inoficioso romana, que era una acción personal, creo que este paso cualitativamente importante que se sugiere de tratar esta acción hoy como una especie de reivindicación de bienes acaso no determinados (art. 181-2º) pero por cierto y determinado valor, podría darlo la jurisprudencia, apoyándose y poniendo el énfasis en consideraciones sistemáticas, como las que se han hecho en este trabajo al explicar la actual naturaleza de la legítima en el Derecho aragonés.

La cuestión sirve también para mostrar cómo el breve plazo de 5 años desde el fallecimiento del causante del artículo 178-1º convendría que se entendiera de prescripción y susceptible de interrupción, y no de caducidad, sobre todo si no se llega a aceptar la solución aquí sugerida sobre una reipersecutoriedad reforzada de la acción *ex* artículo 179. En caso contrario, la aparición tardía de un testamento revocatorio del que inicialmente hubiera perjudicado la legítima podría dejar inoperantes en la práctica las acciones de legítima incluso temporáneamente ejercitadas en apariencia, lo que parecería, desde luego, gravemente injusto.

En fin, la concreta regulación de los artículos 179 y 180 de la LS pone de manifiesto una vez más las dificultades de acoger plenamente en la práctica las concepciones más puristas de la rescisión como categoría dogmática (derecho potestativo del legitimado; acción y sentencia correspondiente de naturaleza constitutiva; caducidad del plazo de la acción; la llamada irretroactividad “real” de sus efectos; ejercicio exclusivamente extrajudicial; etc.). Personalmente no termino de ver esta acción, y la sentencia correspondiente, como constitutivas, pudiendo concebirlas también, acaso con dificultad menor, como declarativas de derechos declarados en normas imperativas. En cuanto al posible ejercicio extrajudicial de esta acción de lesión de legítima creo que puede resultar en ciertos casos imaginable y hasta útil. En particular, parece defendible, en un caso de legítima vulnerada por atribución testamentaria de toda la herencia al cónyuge supérstite, el que éste pudiera enajenar válidamente bienes de esa herencia, comportándose como mero viudo usufructuario y con el consentimiento de todos sus hijos titulares de la acción (no ejercitada judicialmente) de lesión de la legítima de los artículos 179 y 180 de la LS. Véase el artículo 108-1º y 2º de la Ley 2/2003 sobre régimen económico matrimonial y viudedad. Tal explicación o solución parece mejor que la que sostuviera una posi-

ble válida enajenación de algún bien relicto sólo por el cónyuge supérstite heredero de todo y de modo que el ejercicio de las acciones de los hijos legitimarios hubieran acaso de conducir sólo a meras indemnizaciones dinerarias.

Respecto de la regulación antes vigente, que en esto era la supletoria del Código civil, que llevaba a reducir sucesivamente la institución de heredero, los legados, y finalmente la donaciones (cfr. arts. 820, 814, 851, 634, 636 y 654 del Código civil), el artículo 180 de la LS ha simplificado el sistema, al refundir los dos primeros renglones de esa jerarquización tripartita y ordenar la reducción indistintamente de las atribuciones a título universal o de herencia y a título particular o de legado, a prorrata del valor económico de dichas atribuciones, y luego la reducción de liberalidades entre vivos (donaciones). El legislador aragonés ha introducido aquí un criterio novedoso que había sido considerado como preferible por Lacruz<sup>225</sup> de "*lege ferenda*" y que me parece, en efecto, aceptable, aunque acaso de mayor complejidad en su ejecución concreta que el criterio del Código civil.

Me parece muy discutible, en cambio, el carácter dispositivo que el legislador ha reconocido al artículo 180 de la LS, al ordenar que la reducción de liberalidades inoficiosas se haga, ante todo, en su caso, como haya previsto el disponente. No acabo de ver claro que a quien, por hipótesis conscientemente o incluso dolosamente, ha incumplido la ley, se le dejen prever además a su gusto las consecuencias de su proceder ilícito. El artículo 180 reconoce la eficacia querida por el disponente incluso a sus negocios que, aunque válidos, son o pueden ser ilícitos y hasta dolosos. Aparte de que alterar el orden previsto en el artículo 180 conduciría a un sistema sumamente irrazonable e injusto, en claro perjuicio posible de los beneficiarios de las liberalidades o incluso de terceros. Veo en esto un liberalismo exacerbado y una cierta desviación de lo que suele entenderse como funcionamiento normal de las normas imperativas. Vemos aquí otra de las varias manifestaciones del disfavor con que el legislador de 1999 ha contemplado, lamentablemente, la legítima.

Una vía posible de interpretación forzada del artículo 180 que acaso podría explorar la jurisprudencia es la de reducir la amplia libertad que literalmente confiere el precepto al disponente parece que para inventar un orden completo y distinto del legal de reducción de liberalidades inoficiosas (orden completo de reducción que parece bien inverosímil que a ningún disponente se le ocurra sin la ayuda de algún jurista de fértil imaginación) a una mera libertad de declarar concretas liberalidades (donaciones, más verosímelmente) excluidas o exoneradas de la inoficiosidad, lo que sí puede tener algún mayor sentido, como vimos al explicar la imputación de liberalidades en la legítima, y lo que presentaría además la ventaja, como entonces se explicó, de nos ser presumible nunca esa posible voluntad de exclusión de la inoficiosidad de una concreta liberalidad, aparte de que nunca podrían superar esas liberalidades exentas de inoficiosidad, cuando fueran varias, el límite global de la mitad de libre disposición.

Y en la misma línea tampoco creo que pudiera justificarse convincentemente la previsión legal del artículo 179-2º de que el disponente pueda ordenar quiénes estarán legitimados para ejercitar la acción de lesión de la legítima desde la consideración de que, con ello, se le permitiría al tal disponente, para cuando quisiera y si así lo manifestase, hacer previsiones reintroduciendo los sensatos criterios antiguos del artículo 124 de la

<sup>225</sup> Cfr. de LACRUZ su trabajo *La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa*, en el Libro Homenaje al profesor CASTÁN TOBENAS, José, Volumen 2º, 1969, pp.277 y ss.; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 665-666.

Compilación, más dependientes de la lógica distinción entre atribuciones a título universal y atribuciones a título particular. Creo que es en la práctica inverosímil que se establezcan cláusulas como éstas, u otras distintas e inventadas sobre la legitimación activa en la acción de lesión de legítima, en el negocio dispositivo por causa de muerte, cláusulas, por cierto, que representarían una especie de anómalo reconocimiento por el propio disponente de estar en su declaración de voluntad contraviniendo conscientemente la ley. Por ejemplo, el disponente que, teniendo hijos y nietos, dejara en testamento heredera de todo a su mujer, pero advirtiendo en el propio testamento que, si se llegaba a impugnar su testamento por sus descendientes, se atribuyera la acción de lesión de la legítima a uno de sus nietos, en detrimento de los hijos y de los demás nietos. No resulta fácil tampoco imaginarse al notario, habitualmente el único con conocimientos técnicos suficientes como para alcanzar este nivel de compleja reflexión sobre las consecuencias concretas del negocio por causa de muerte, aconsejando a su cliente sobre estas fórmulas relativas a los efectos de lo que serían estrictamente contravenciones concretas y conscientes de la ley. Y hasta es cuestionable si estos concretos preceptos de los artículos 180 y 179-2º podrían convertir en lícitos, en contra de lo que son las obligaciones generales de los notarios, unos tales asesoramientos a favor de declaraciones negociales tan tortuosas y anómalas.

Aparte de ello, para el caso del artículo 179-2º, algunos de los posibles contenidos que cabe imaginar para sustituir lo abstractamente previsto en la norma, o serían inútiles o casi inútiles, y problemáticos en su significado, o podrían llegar a ser imposibles por contrarios a normas imperativas. Sería inútil o casi inútil, por ejemplo, excluir a uno de los varios legitimarios preferentes de la acción del artículo 179, porque ello vendría casi exactamente a coincidir en la inmensa mayoría de los casos con la exclusión absoluta del artículo 198-2º, y provocaría además el difícil problema interpretativo de si debería desencadenar o no, con base en dicho precepto, la legitimación para la acción del artículo 179 de los legitimarios no preferentes que encabezaran la estirpe del legitimario preferente excluido. Y parece que sería nula, por contraria a la norma dispositiva del artículo 171 de la LS, la posible previsión del disponente de privar de la acción del artículo 179 al único legitimario preferente existente o a todos los legitimarios preferentes existentes, puesto que estaríamos además en este caso en algo también muy parecido a una exclusión absoluta de todos los legitimarios preferentes, cuya ineficacia precisamente está establecida en el artículo 198-3º de la LS.

La LS concibe desde luego las acciones del artículo 179 como acciones individuales y deja plena libertad en cuanto a la legitimación pasiva, al no regularla, con lo que ejercitando la acción sólo alguno o algunos de todos los legitimarios posibles tienen libertad para reclamar su cuota individual al resto de legítima a uno o a varios, y simultánea o sucesivamente, de los no descendientes o "*extraños*" atributarios de liberalidades inoficiosas. Pero deberá tener en cuenta el legitimario preferente demandante la jerarquía del artículo 180, que parece que otorga a los atributarios de liberalidades entre vivos inoficiosas una especie de beneficio de excusión sobre el patrimonio de los atributarios de liberalidades por causa de muerte inoficiosas. Más en general, el artículo 180, para supuestos más complejos como los de existencia de liberalidades expresamente excluidas de la imputación en la legítima por el disponente, otorga un beneficio de excusión de los que están más abajo en la jerarquización establecida por el precepto respecto del patrimonio de los que están más arriba. Es mejor pensar, dando preferencia a la letra precisa de un precepto sobre una idea genérica y en esta regulación sólo implícita, que el legitimario preferente demandante no debiera poder saltarse esta jerarquización de

legitimados pasivos posibles, so pretexto de que en los situados más arriba no puede ya obtener restitución en bienes relictos y de que sí podría lograrla, en cambio, dirigiéndose contra alguno de los situados más abajo por el precepto. No parece que quepa en ningún caso, en fin, que un legitimario dirija la acción del artículo 179 contra otro legitimario preferente ni no preferente.

El artículo 181 contiene otras tres reglas sobre la reducción de liberalidades inoficiosas. La primera de ellas, que si el que debe reducir la liberalidad inoficiosa como atributario es el cónyuge viudo, según el art. 181-1º, puede retener el bien recibido y pagar al legitimario reclamante su parte de legítima en metálico. Como la legítima es hoy una "*pars bonorum*", al menos a estos efectos el cónyuge viudo es incluido en la comunidad o grupo de los legitimarios con derecho preferente frente a "extraños" a quedarse los bienes del causante, aunque limitándose el efecto de la norma para el viudo usufructuario, a una posibilidad de ejercicio defensivo de ese derecho o facultad. El viudo, como no es legitimario, no tiene la acción del artículo 182-2º de la LS. Aunque las normas excepcionales no son susceptibles de analogía (art. 4-2º del Código civil), ésta del artículo 181-1º de la LS ya se ha indicado que no es una verdadera norma excepcional, pese a su formulación, sino una de las varias manifestaciones de una idea general subyacente en toda la regulación de la legítima que es la de que ésta constituye una "*pars bonorum*". La participación del viudo usufructuario en los bienes relictos está protegida por dos preceptos distintos, el art. 181-1º y el art.182-3º, que son manifestación de la misma idea en el ámbito de dos acciones distintas.

El artículo 181-2º establece que si el atributario de las liberalidades del causante ha recibido varias que puedan cubrir el valor reclamado, será él quien pueda determinar cuál de ellas es la reducida. Parece un criterio totalmente lógico, para que el donatario o legatario o heredero "extraño" sufra el menor daño o molestia posible que sea compatible con el restablecimiento de la efectividad de la legítima.

El artículo 181-3º ha traído al texto de la Ley aragonesa el precepto del artículo 821 del Código civil, sobre legado de cosa de incómoda división, que hasta ahora se consideraba ya por algunos supletoriamente aplicable (Lacruz, por ejemplo), aunque el legislador aragonés lo formula razonablemente con referencia a cualquier liberalidad inoficiosa, con lo que lo convierte razonablemente en una especie de límite general a la idea de que las reclamaciones de los legitimarios preferentes de la cuota al resto de legítima son siempre en principio verdaderas reclamaciones de restitución de bienes relictos.

### **13º) INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA.**

Los artículos 182 a 187 de la LS, y muy particularmente el artículo 182, configuran la legítima aragonesa como una *pars bonorum*. Se trata de una decisión legislativa de mucho calado y que recoge el sentir mayoritario de la doctrina aragonesa sobre la cuestión bajo la vigencia de la Compilación. El profesor Lacruz había defendido esa concepción<sup>226</sup> pero reconociendo que la Compilación no lo dejaba del todo claro y haciendo un esfuerzo argumental considerable, que se apoyaba en gran parte en el Derecho histórico y en los trabajos prelegislativos, llegando a aducir que un retoque de la Comisión General de Codificación de la versión del artículo 119 de la Compilación, respecto de la versión del proyecto aragonés, no tuvo la intención de alterar el contenido normativo

<sup>226</sup> Cfr. LACRUZ, *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pp. 515 a 517.

del precepto. En cuanto a la letra de la Compilación se apoyaba en el artículo 125. Todo el resto de los autores aragoneses que escribieron sobre la legítima consideraron también como *pars bonorum* al instituto apoyándose en la autoridad de Lacruz, pero, que yo conozca, sin detenerse en la cuestión ni aportar un solo argumento más a los que había aportado ya el maestro.

Personalmente, y conociendo los argumentos de mi maestro, que no me convencen para la regulación de la Compilación, defendí<sup>227</sup> que la legítima aragonesa, a la vista de la letra de la ley de la Compilación, podía concebirse como una *pars valoris*, sustancialmente porque ningún precepto concreto imperativo establecía en la Compilación que la legítima fuera una *pars bonorum* y, por tanto, no se podía limitar el principio *standum est chartae*, además de que la letra del artículo 125 podía integrarse sin demasiada dificultad en la concepción general de la legítima aragonesa como *pars valoris*. Precisamente a partir de esa concepción pude dar una interpretación de la prohibición de gravámenes a la legítima algo más flexible de la habitual, lo que me parece que presentaba ventajas, como creo que las presentaba también el concebir la legítima como *pars valoris*, siendo que, además, aunque este argumento no lo aduje en mi trabajo de 1997, esa interpretación hubiera permitido a los legitimarios aragoneses aprovecharse mucho más ampliamente de la importante protección que confiere a algunas legítimas dinerarias el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

Consecuentemente con esta forma de ver las cosas no considero acertado que se haya acogido el criterio de la *pars bonorum* para la legítima aragonesa, principio que es típico de la tradición jurídica castellana<sup>228</sup>, pero que no había por qué incorporar al Derecho aragonés, y además tampoco considero acertado que se haya acogido el criterio, a mi entender, con un rigor excesivo, tanto en cuanto a la regulación de los gravámenes a la legítima como en cuanto a las cautelas de opción compensatoria de la legítima. La reciente reforma del Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, flexibilizadora de la legítima del Código civil y de la prohibición de gravámenes a la legítima, pone más de manifiesto este extraño énfasis del legislador aragonés de 1999 de imponer con todo rigor la concepción de la legítima como *pars bonorum*, y acaso va a engendrar dudas sobre los límites de la aplicabilidad del Derecho supletorio. En el régimen de la Compilación, al menos según había propuesto interpretarlo yo, el límite genérico a la legalidad de los gravámenes en la legítima estaba en que hubiera una "*justa causa*" (art. 125-3º), y ello daba un muy razonable ámbito al arbitrio judicial. El nuevo y muy vidrioso concepto de "*justa causa*" del artículo 187-1º de la LS, mucho más restrictivo, pondrá más difíciles las cosas a los jueces para llegar a soluciones razonables. Piénsese que una mujer viuda deja en su testamento el gravamen de que su suegra (o incluso su madre), con la que vivió muchos años y que tiene noventa años y salud muy delicada, siga viviendo en el domicilio que fue familiar hasta su inminente fallecimiento. ¿Sería razonable que un hijo legitimario que hubiera heredado esa vivienda y acaso también una gran fortuna pudiera echar de casa a esta señora?. Temo que con la letra de la LS podría el hijo legitimario echarla de la casa.

Los arts. 183, 186 y 175-2º establecen una prohibición prácticamente absoluta de gravar en beneficio de no descendientes las titularidades atribuidas tras la apertura de la sucesión en pago de la legítima. La prohibición no alcanza, con todo, a las donaciones

227 Cfr. mi trabajo de 1997, pp. 56 a 61.

228 Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones, Elementos de Derecho civil*, Tomo 5º, 5ª edición, 1993, pg. 356.

del disponente ni alcanza plenamente a las atribuciones hechas en pacto sucesorio, sobre todo a las hechas en pacto sucesorio de presente.

Debe advertirse también que la polémica sobre si la legítima sea *pars valoris* o *pars bonorum* no ha pasado todavía a la historia, porque, como veremos en el penúltimo epígrafe de este trabajo, todavía hay sólidas razones para defender que las normas de la Compilación se han de seguir aplicando a sucesiones abiertas en adelante pero de las que los testamentos o pactos sucesorios sean anteriores en su fecha de otorgamiento al 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la LS.

## 14º) CUOTA LEGAL EN CASO DE PRETERICIÓN Y EN OTROS CASOS ASIMILADOS.

### A) La polémica doctrinal sobre la Sentencia de 30 de septiembre de 1993.

Resumamos sintéticamente la polémica doctrinal que surgió sobre la preterición singular a raíz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993. Como se sabe, una madre con cuatro hijos los nombró a los cuatro en el encabezamiento del testamento e instituyó herederos sólo a dos, reclamando a la muerte de la madre la preterición los otros dos (artículo 123 de la Compilación), a lo que finalmente accedió el Alto Tribunal<sup>229</sup>. En conclusión, la Sentencia impuso que la legítima y la herencia tuvieran que distribuirse entre los cuatro hijos por aplicación del artículo 123 de la Compilación.

El profesor Lacruz había explicado que no introducir en la preterición singular del artículo 123 de la Compilación la distinción entre preterición voluntaria y no voluntaria

<sup>229</sup> Esta Sentencia de 30 de septiembre de 1993 provocó en su momento una acalorada polémica entre los juristas aragoneses, que trascendió incluso, con una amplitud mayor que ninguna otra sentencia aragonesa que yo recuerde, a la prensa aragonesa, que le dedicó amplios reportajes y entrevistas de algunos juristas aragoneses que tomaron parte en la polémica. En el coloquio que siguió a la conferencia de Adolfo CALATAYUD sobre las legítimas el 30 de noviembre de 1993 en el Foro de Derecho Aragonés estuvieron los ánimos bastante encendidos y hubo tensión evidente entre los magistrados asistentes a la sesión y algunos notarios. Queda publicado en las Actas del Foro de ese año que algún notario calificó de "lastimosa" la Sentencia en presencia de los que la habían dictado. El magistrado Vicente GARCÍA RODEJA abandonó la Sala visiblemente molesto antes de acabar la sesión. Como explico en este trabajo, las tesis de los críticos con la Sentencia están en cierto modo en el origen de una, en mi opinión, mala reforma de la preterición por el legislador aragonés de 1999.

<sup>230</sup> En algún punto de su explicación el profesor LACRUZ pareció aproximarse a la idea de la suficiencia de una mención que representara una voluntad tácita de exclusión, como cuando reconoce que puede ser orientador el precepto que había preparado el Proyecto aragonés, que aludía a una mención "*al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia (la del mencionado) al asignar las legítimas*". Pero a continuación afirmaba que no podía valer cualquier clase de alusión o referencia, aun muy remota e indirecta, porque el artículo 122 se refería a "*mención formal*". Y aunque no llegaba a exigir expresamente una mención con voluntad expresa de excluir de la legítima, y afirmaba que el artículo 120 no exigía dejar nada al legitimario, los ejemplos que proponía de mención eran evidentemente de menciones con voluntad expresa de excluir. Proponía: como si el testador dice "*menciono a mi hijo Juan a los efectos de evitar la preterición*"; o bien "*a mi hijo Juan nada le dejo de mis bienes*". Y recordaba que en el Seminario sí se plantearon la duda de si la legítima simbólica no era un puro rito sin contenido, distanciándose a continuación el maestro en su explicación de dicha consideración. Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1968, marzo-abril, pp. 523-524. Los mismos ejemplos transcritos de mención para excluir vino a repetir LACRUZ, insistiendo en que era aconsejable cumplir con la legítima simbólica, en su trabajo *Derecho de sucesión por causa de muerte: de las legítimas; de la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión*, en el Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1967, pp.145 y ss., que pueden consultarse en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 414-415 y 424. Finalmente, en cuanto a que la decisión de los autores del proyecto aragonés de Compilación de no introducir en el régimen jurídico de la preterición singular la distinción entre la preterición voluntaria y la involuntaria, lo que hicieron inspirándose en el Apéndice, según explicó, véase su trabajo *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, publicado en el Anuario de Derecho Civil, de 1968, pp. 513 y ss., y que se puede consultar en el mismo tomo 2º de sus citados *Estudios...*, pp. 474-475.

había sido una decisión consciente del legislador de 1967 y, aunque ciertamente esto sin total rotundidad, pero sí con claridad suficiente, que para excluir la preterición no bastaba una mención cualquiera sino que hacía falta, como ocurría en la tradicional legítima simbólica aragonesa de los cinco sueldos por sitios y cinco sueldos por muebles, alguna concreta referencia patrimonial o de privación de la legítima<sup>230</sup>. Habíamos seguido a Lacruz o venido a coincidir con su posición, al menos, Vallet de Goytisolo, aunque sin excesiva concreción<sup>231</sup>, el profesor García Amigo, que fuera catedrático de Derecho civil en Zaragoza (1988)<sup>232</sup>; los prestigiosos magistrados García Rodeja y San Román Moreno<sup>233</sup>, quien era Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón cuando se dictó esta Sentencia de 30 de septiembre de 1993; Merino Hernández; Oria de Rueda y Elia (1993)<sup>234</sup>, y yo mismo (1997)<sup>235</sup>. En cuanto a Merino Hernández<sup>236</sup>, notario y Doctor en Derecho, hay que explicar que no había demostrado inicialmente excesiva simpatía por esta postura doctrinal, que había considerado en 1978 algo anacrónica, pero había reconocido que, existiendo un jurista “de reconocido renombre” (no lo citaba, pero pensaba en Lacruz, evidentemente, y ya vemos que no fue sólo él) que la defendía, lo más prudente era, en su opinión, que los notarios aragoneses siguieran recurriendo a la exclusión de

231 Cfr. *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. 1974, Tomo 1º, Volumen 1º, pp.519, pg. 578, nota 48; y 639-640; y Tomo 1º, Volumen 2º, pp. 954-955. VALLET de GOYTISOLO no acertó a encontrar los mejores textos de LACRUZ sobre el asunto, pero se orienta genéricamente en un mismo sentido y sin criticar de “sacramentalista” ni nada parecido a la regulación de la Compilación, que comenta siempre con gran respeto y siguiendo prácticamente siempre a LACRUZ. Cfr. también, en el mismo sentido, su trabajo *El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pg.65, y pg. 15, nota 54. Y en las pp. 65 y 66 de ese trabajo cita los antecedentes similares a los aragoneses del Derecho vasco, donde sólo con una voluntad clara o expresa del disponente se podía dar el “apartamiento” de un hijo del testador de su legítima.

232 Muy claro en su pensamiento el autor, aunque no totalmente exacto al transcribir el pensamiento de LACRUZ. Cfr. su comentario al artículo 120 de la Compilación en los *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO, de EDESA, Tomo 34, Volumen 2º, 1988, pp. 22-23.

233 Los argumentos de ambos magistrados GARCÍA RODEJA, Vicente, y SAN ROMÁN MORENO, José Ramón, podemos citarlos gracias a que ambos asistieron a la Sesión del Foro de Derecho Aragonés de noviembre de 1993 en la que Adolfo CALATAYUD SIERRA impartió una conferencia sobre las legítimas aragonesas, y están publicadas dichas opiniones en el coloquio posterior a la conferencia. Ambos magistrados defendieron con gran claridad y acierto la Sentencia, afirmando, entre otras razones que aportaron, que lo esencial era que se había querido exigir a los testadores que para excluir de la legítima a un hijo suyo lo hicieran mediante una declaración expresa de voluntad, lo que, como he explicado en la primera parte de este trabajo, era en mi opinión sensato y rigurosamente coherente con el sistema legitimario de la Compilación de 1967 y con siglos de historia del Derecho aragonés. Ambos magistrados señalaron también, con toda razón, el progreso en la seguridad jurídica que la Sentencia iba a representar, al disipar las dudas que hubieran podido existir sobre la mención para excluir del artículo 120 de la Compilación. GARCÍA RODEJA afirmó también que los notarios que hubieran asistido o asesorado el otorgamiento de testamentos ineficaces por la razón que se discutía podían poner un anuncio en los periódicos reconociendo su error y para avisar a los interesados. Cfr. las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 1994, pp. 83-84 y 87 a 89, respectivamente. Aunque la última frase del magistrado GARCÍA RODEJA pueda resultar un poco dura, creo que estaba asistida sustancialmente de razón. Los jueces están vinculados sólo a la ley y deben defender los intereses generales y no sería aceptable que se entendiera que deben cubrir con sus sentencias y resoluciones interpretaciones arriesgadas o imprudentes de los notarios. Un notario, cuando actúa como autor doctrinal puede ser todo lo arriesgado y original que quiera, como un profesor universitario, por ejemplo; pero es evidente que cuando actúa como notario, y manejando intereses ajenos, debe ser muy prudente y buscar las interpretaciones más seguras posibles. Continuar con la tradicional legítima simbólica o con fórmulas excluyentes equivalentes era, en mi opinión, un pequeño esfuerzo exigible a todos los notarios con arreglo a la diligencia profesional media a ellos exigible. Al notario al que no convenciese esa interpretación tradicional de la ley lo que le quedaba por hacer era escribir artículos o libros doctrinales polemizando con la doctrina que sostenía dicha interpretación.

234 Cfr. del autor, que afirma con mucha precisión que lo que el artículo 120 no admitía era una exclusión presunta, su trabajo *Legítimas, preterición, y desheredación en el Derecho foral aragonés*, en *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, nº 131, 1993, pg. 43, para la mencionada certera afirmación. También las pp. 48-49.

235 Cfr. mi trabajo de 1997, al criticar la expresión legítima “formal”, pp. 51 a 53. En la versión de mi trabajo publicada en el *Anuario de Derecho Civil* de 1997, son las pp. 140 a 143. Lo que puede resultar característico de mi explicación respecto de las de otros autores que defendieron sustancialmente lo mismo es que la referida explicación está mucho más conectada a una reflexión global sobre las claves del sistema legitimario aragonés de la Compilación.

236 Cfr. del autor *Aragón y su Derecho*, Zaragoza, 1978, pp. 136-137.

la legítima mediante la tradicional legítima simbólica. Pero en la sesión del Foro de Derecho Aragonés de noviembre de 1993, en la que se discutió la mencionada Sentencia de ese año, Merino Hernández la defendió con buenos argumentos<sup>237</sup>. Las dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 30 de septiembre de 1993 y de 11 de noviembre de 1998<sup>238</sup> vinieron también, al reconocer la preterición en dos supuestos parecidos, a coincidir con las tesis del profesor Lacruz, aunque con argumentaciones jurídicas menos claras y acertadas de lo que hubiera sido de desear.

Sin embargo, discreparon drásticamente de la doctrina de Lacruz y sus seguidores y de la doctrina de la citada Sentencia de 30 de septiembre de 1993, al menos, los prestigiosos notarios zaragozanos Calatayud Sierra (1993)<sup>239</sup> y Navarro Viñuales (1995)<sup>240</sup>; Biesa Hernández, becaria del Justicia de Aragón (1996)<sup>241</sup>; Bellod Fernández de Palencia (1998)<sup>242</sup>, hoy Profesora Titular de Derecho civil; y el magistrado de reconocido prestigio, y hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Fernando Zubiri, en voto particular a la segunda de las dos sentencias citadas; y más recientemente, por alusiones y con argumentos no demasiado precisos, el magistrado de reconocido prestigio Gil Nogueras (2006)<sup>243</sup>. Se citan con razón también como alineadas con esta interpretación las sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 14 de septiembre de 1996 y la de la Audiencia Provincial de Teruel de 21 de marzo de 1997. La argumentación de estos autores enfatizaba sobre todo el argumento, erróneo en mi opinión, de que la doctrina que criticaban parecía violentar la voluntad auténtica del testador y sacrificarla en aras de un sacramentalismo o ritualismo o excesivo formalismo, que según ellos habría quedado sin fundamento serio en la sociedad actual. También, y en esto con razón, se afirmaba que no había base legal para distinguir dentro del testamento entre el encabezamiento y la parte dispositiva.

237 Razonó agudamente MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, en su intervención en el coloquio tras la conferencia de Adolfo CALATAYUD, poniéndose de parte del magistrado GARCÍA RODEJA, que podría haber discurrido la Sentencia, aunque no lo hiciera en realidad, desde el término “distribuir” la legítima, término que utilizaba el artículo 119 de la Compilación, y término que parecía aludir a un acto expreso dispositivo del causante (“dejar a uno cero no es sencillamente enumerarlo”, añadía el autor); y que también se hubiera podido argumentar desde el término “excluir” del artículo 120 de la Compilación. Excluir, afirmaba el autor con razón, es sacar a alguien o a algo de un sitio que le pudiera corresponder. Es sacar, no meramente enumerar. Cfr. *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pg. 87.

238 Véanse estas dos sentencias del TSJA en la Revista de Derecho Civil Aragonés, 1995, nº 12, I, pp. 333 a 338; y 1999, nº 1, pp. 566 a 578.

239 Cfr. del autor *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pp. 63, 65, nota nº 41, 68, etc. Conviene advertir que el autor, al defender su arriesgada interpretación, y a diferencia de otros de los que también la sostuvieron, lo hizo recogiendo de modo bastante correcto las opiniones contrarias a la suya de los profesores LACRUZ y GARCÍA AMIGO.

240 Cfr. del autor su trabajo *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma*, en las *Actas del Foro de Derecho Aragonés de 1994, 1995*, pp. 118 a 120.

241 Cfr. de esta autora *La legítima foral a través de la jurisprudencia*, en la Revista de Derecho Civil Aragonés, Tomo 2º, 1996, nº 2, pp. 80 a 83 en cuanto al comentario de la Sentencia de 1993 y pp. 83 y ss. en cuanto a su pensamiento en general. La autora reconoce como opinión contraria a la suya las de los profesores GARCÍA AMIGO y LACRUZ, pero en cuanto a este último, empuñando incorrectamente su importancia y significación, al afirmar que sólo aconsejaba poner en los testamentos la legítima simbólica por razones prácticas y no porque considerase que la Compilación la exigía, lo que es, como se deduce de la explicación y citas que aquí se aportan, claramente inexacto.

242 Cfr. de la profesora BELLOD, su trabajo *La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993*, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1994, nº 620, pp. 1253 a 1292. La profesora BELLOD, que entonces era Profesora Asociada, no fue consciente al parecer de contradecir con su explicación opiniones tan autorizadas como las de LACRUZ; VALLET de GOYTISOLO; ó GARCÍA AMIGO. Al menos, no recogió en su trabajo esas autorizadas opiniones contrarias y en el caso de la de LACRUZ, a quien citaba en numerosas ocasiones, incluso traslada la impresión engañosa de que se está apoyando en la autoridad del maestro para criticar la Sentencia de 1993. Cfr. por ejemplo, en cuanto a esto, las pp. 1267-1268, y notas 8 a 10; y pg. 1276, nota 12.

243 Cfr. del autor su opinión, no todo lo nítida que sería de desear, en su colaboración “De la legítima”, en la obra colectiva *Manual de Derecho de sucesiones*, Zaragoza, 2006, pp. 561-562-563, 594, y 598 a 600.



Ninguno de estos autores últimamente mencionados, pese al indiscutible prestigio de algunos de ellos, en mi opinión y hasta donde conozco, ha rebatido o intentado contrarrestar los argumentos principales de la opinión contraria que voy a explicar y ni siquiera ninguno de ellos los ha recogido con cuidado o tomado seriamente en consideración. Ninguno de ellos ha reflexionado sobre el entronque histórico de la legítima diseñada por el legislador de 1967 en la regulación del Apéndice o sobre la gestación histórica de esta última regulación de 1925, ni ha reflexionado en profundidad y con acierto, en mi opinión, sobre las claves esenciales del sistema legitimario de la Compilación de 1967.

Los argumentos de la tesis que me parece preferible (la del profesor Lacruz, aunque él no dio todos estos argumentos que ofreceré) son los siguientes, que, conforme al esquema del artículo 3 del Código civil podrían reconducirse al argumento literal; al argumento histórico; y al argumento sistemático. En cuanto al literal; el artículo 120 de la Compilación se refería a “nombrar” o “mencionar”, en un testamento “que los excluya”; y el artículo 122 exigía que la mención fuera “formal”, lo que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua puede significar mención “expresa, precisa o determinada”. También, conforme a la sugerencia de Merino Hernández recogida en nota, el mismo término “distribuir la legítima” del artículo 119 de la Compilación, que parece que hay que relacionar sensatamente con actos dispositivos del testador.

El argumento histórico nos muestra que esa letra de los artículos 120 y 122 (y el artículo 123, implícitamente) de la Compilación es especialmente significativa cuando sabemos que aludía y estaba pensando, aunque sin querer mencionarla expresamente en el marco de una norma codificadora que debía de tener formulación abstracta, en la tradicional legítima simbólica aragonesa consuetudinariamente establecida y tenazmente mantenida durante siglos. Gracias al ingenio de los juristas aragoneses se había dado, desde el Apéndice de 1925, con una brillante fórmula legal como la del artículo 123 de la Compilación y su referencia a la porción del legitimario menos favorecido por el testador, que era una fórmula que se había mostrado utilísima para precisar normativamente el alcance discutidísimo durante décadas de los suplementos de legítima o del famoso “*quantum placuerit*” del fuero “*de testamentis nobilium*”. Gracias sobre todo a esta ingeniosa fórmula se puso fin a una extrema litigiosidad sobre la legítima aragonesa que había durado muchas décadas. Esta litigiosidad, por cierto, demuestra históricamente que los aragoneses digamos que segundones, en cuanto hijos y frente a la herencia de sus padres, no querían en muchísimas ocasiones ser menos en derechos que los hijos de padres castellanos.

En cuanto al argumento sistemático, ya se ha explicado que en el sistema de nuestra Compilación, vertebrado completamente sobre la distinción entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos, los primeros estaban inicialmente dentro de la legítima excepto si se sacaban por el disponente expresamente (mención para la exclusión), y los segundos estaban fuera de la legítima salvo que se incluyeran también expresamente por el disponente. Para quitarle al presumible legitimario inmediato su expectativa de cuota legal “vacía” como preterido singular del artículo 123 de la Compilación, lo que hacía falta era una mención para excluir, que era una declaración de voluntad expresa, un negocio jurídico, como lo había sido siempre sin duda la legítima simbólica. De modo que no es cierto que la mención, rectamente entendida, fuera un requisito “sacramentalista”, o “ritualista” o “formalista”. Ya se ha explicado que recordó el profesor Lacruz que la propia Comisión que elaboró el anteproyecto de Compilación se planteó esta duda de si no se había convertido la legítima simbólica en un rito sin contenido,

pero la desechó en definitiva al exigir para eludir la preterición una *“mención formal”* y una mención *“en el testamento que los excluya”*. La equivocada terminología legal importada de la pandectística, al contraponer innecesariamente *“legítima formal”* y *“legítima material”* creo que ha tenido en esto un efecto desorientador para algunos. De lo que se trataba, con la mención para excluir era de desigualar a unos legitimarios, los inmediatos, a los que la ley en cuanto a la legítima, y hasta el telón de fondo de la sucesión intestada, ponía inicialmente en plano de igualdad. Si la desigualación de colegitimarios por el disponente requería siempre atribuciones concretas del disponente, y por tanto voluntad expresa suya, con mayor razón tenía que suponerla la exclusión, que es, para ese concreto colegitimario, el máximo grado de desigualación posible: la expulsión de la legítima. El legislador de 1967 creo que quiso evitar, muy razonablemente, que se pudiera expulsar de la legítima a los hijos por una mera voluntad tácita, lo que, sobre dejarles sin ninguna atribución patrimonial ni durante la vida ni tras la muerte del causante, venía y viene a suponer como un injusto desprecio añadido para el hijo expulsado o excluido.

Es también expresiva, en mi opinión, la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967, en la que se afirma que *“la legítima formal consistente en que si son preteridos o injustamente desheredados (los descendientes sin mediación de persona capaz para heredar) serán llamados a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador”*. Por tanto, para nada se alude a rito alguno ni a un pretendido derecho honorífico y se pone el énfasis, con toda razón, en la cuota legal de legítima, y agrupando a los preteridos y desheredados injustamente, ambos sin duda en la mente del legislador expulsados de la legítima sin o con, respectivamente, declaración expresa del disponente, puesto que los testamentos son negocios por causa de muerte y dispositivos sobre bienes. Y continúa la Exposición de Motivos afirmando que *“de este modo”* (o sea, que conectaba lógicamente ambas cuestiones) se resolvía expresamente la cuestión de que se podían anteponer los nietos al padre vivo, porque éste quedaría *“amparado por los preceptos protectores de la legítima formal y por la acción de petición de alimentos”*. O sea, que si el disponente tomaba la dura decisión, que habría de plasmar en el título sucesorio necesariamente como toda decisión de desigualación de legitimarios, en una voluntad expresa, de designar heredero al nieto sin ni siquiera mencionar para excluir al padre vivo (expulsándolo tácitamente a dicho padre del nieto e hijo suyo), éste al menos quedaría protegido, gracias a unas medidas legales dulcificadoras de tan dura decisión, por los derechos económicos que representarían las cuotas legales del preterido y de los alimentos debidos en su caso al excluido con o sin (éste último sería el caso del padre preterido) mención de exclusión. Esquema legal que era sumamente razonable, como he explicado ya en el párrafo anterior.

También exige con toda razón el Código Civil para desigualar en la mejora una declaración expresa (artículos 825 y 828), y lo mismo hace el artículo 54 de la Compilación vasca de 1992 en la legítima colectiva similar a la nuestra que dicha Ley ha establecido. Y no conozco que la doctrina de los territorios en los que se aplican estas leyes citadas haya criticado que se exija una declaración expresa para desigualar a los legitimarios inicialmente igualados por la ley. Se trata de normas perfectamente razonables, en mi opinión. La Compilación de 1967, como antes el Apéndice, había dado a todo aragonés con ascendientes más que un verdadero derecho subjetivo honorífico a ser nombrado en el testamento de su ascendiente inmediato –derecho que en vida del disponente el sólo presunto legitimario inmediato no hubiera podido reclamarle ante los tribunales-, una posición jurídica de cierta solidez y de inicial pertenencia a la legítima

(“cuota legal vacía de preterición”) para cuya eliminación se pedía una voluntad expresa de exclusión del ascendiente. Ello era, aunque fueran bastantes los que no lo entendieran así, una forma muy razonable y coherente con la historia de nuestro Derecho de regular la legítima aragonesa. Incluso puede afirmarse que tenía esta interpretación un ilustre precedente en la legítima denominada formal de los *“sui iuris”* en el primitivo Derecho romano y su regulación de la preterición. Así lo había explicado también, como se ha explicado ya, el profesor Lacruz, que había sido el Presidente y principal animador de la Comisión que redactó sustancialmente la Compilación de 1967.

Puede todavía alegarse en defensa de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993 que en el ámbito del Código civil se ha considerado por autor de prestigio<sup>244</sup>, aunque desconociendo probablemente la Sentencia aquí comentada, que un supuesto posible de preterición no intencional podría ser en ciertos casos aquel en el que se mencionase al hijo en la exposición del testamento, pero no en la disposición, si se podía sostener que había habido error obstativo en la disposición.

Hay que advertir que en ciertos medios de los profesionales jurídicos aragoneses, y tal parece ser la actitud de algunos de los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, existe la impresión o parece haberse dado a entender que, en materia de legítima, lo que la Ley de 1999 habría hecho es recoger una opinión doctrinal mayoritaria y algo así como una aspiración generalizada entre los profesionales jurídicos aragoneses. En el apartado X del Preámbulo de la LS se afirma respecto de la disposición transitoria 10ª de la LS que la misma *“acaso no fuera imprescindible, pues la interpretación llevaba en el Derecho de la Compilación a la misma regla que la más claramente expresada en la presente Ley, pero se ha considerado prudente introducirla para disipar toda posible duda”*. Y un miembro de la Comisión, que es uno de los artífices del anteproyecto de la LS, refiriéndose a mi trabajo sobre la legítima aragonesa de 1997 afirma<sup>245</sup> que he *“discrepado”* en varios puntos de *“la considerada doctrina común aragonesa”*. Pero cabe preguntar: la *“considerada”* doctrina común aragonesa ¿por quién y con qué fundamento?. Como no ha habido ningún congreso, jornadas o cauce similar en el que, acaso por votaciones, pudiera haberse llegado a conocer la opinión común de los juristas aragoneses o la *“doctrina común”* aragonesa, si nos atenemos a la doctrina publicada en los medios especializados es difícil de ver esa *“doctrina común aragonesa”* respaldando las nuevas soluciones en materia de legítima de la LS. Presentar mis opiniones como una discrepancia pintoresca o marginal tropieza con la dificultad, aparte del peso que mis argumentos pueda tener, de que dichas opiniones coinciden aproximadamente en un noventa por ciento con las que antes habían expresado, por ejemplo, el profesor Lacruz y Vallet de Goytisolo. ¿También éstas son opiniones *“discrepantes”* de la *“doctrina común”* aragonesa?. Si se responde que sí, ¿cuáles son las autoridades de la *“considerada doctrina común aragonesa”*?; ¿dónde ha publicado esta *“doctrina común”* sus trabajos sobre legítimas?; ¿cuáles son sus argumentos, por ejemplo, sobre la gestación de la regulación de la legítima en el Derecho codificado o sobre la preterición?.

La mencionada impresión, si es que existe y en la medida en que exista, de que la LS ha recogido en materia de legítimas la buena doctrina y la doctrina común aragonesa debe rectificarse, así como la de que dicha doctrina común ha sido crítica con las sentencias del TSJA de 1993 y 1998. Creo que está más cerca de la verdad la afirmación de que,

<sup>244</sup> Cfr. en tal sentido MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor Díez PICAZO, Tomo 4º, 2003, pg. 5350.

<sup>245</sup> Se trata de mi colega SERRANO GARCÍA, José Antonio, en su trabajo *La reforma de la legítima aragonesa*, en el Libro Homenaje al profesor Díez PICAZO, Tomo 4º, 2003, pg. 5541, nota nº 5.

aprovechando sus relaciones con los políticos en el poder y una determinada coyuntura política, los partidarios de las doctrinas minoritarias han aprovechado para imponer sus tesis en la LS y desplazar del ordenamiento jurídico aragonés las opiniones o doctrinas mayoritarias entre los juristas estudiosos del mismo.

Por lo demás, como veremos en el penúltimo epígrafe de este trabajo, la jurisprudencia, y en concreto el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, podría, y debería incluso en algunos casos, continuar sosteniendo, con base en estos argumentos aquí aportados, sus tesis de sus dos acertadas sentencias de 1993 y 1998 durante varias décadas más, pese a la existencia hoy de la disposición transitoria 10ª de la LS, siempre que la fecha de los testamentos o pactos sucesorios correspondientes sea anterior al 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la vigente LS de 1999. La mencionada disposición transitoria 10ª se ha redactado mal respecto de los fines que el legislador se había propuesto.

## **B) Régimen jurídico de la preterición en la Ley de 1999.**

### *a) El problemático intento de supresión de la preterición intencional.*

#### **1) El art. 192, sus efectos, y sus relaciones con el art. 199.**

El artículo 188-1º de la Ley, tras la pista del artículo 120 de la Compilación, define el concepto de preterición de una forma ortodoxa como ausencia para los legitimarios de grado preferente de atribución y de mención, dando en el artículo 189 diversas reglas para dilucidar en qué casos hay “mención” y en cuáles otros no, con una noción amplísima de mención, sostenida en el artículo 189-1º explícitamente, pero también, implícitamente, en el artículo 188-1º. A continuación introduce la distinción entre preterición intencional y no intencional, definiendo ambas, según tuviera o no el disponente al ordenar su sucesión conocimiento del legitimario y de su condición de tal, y presumiendo la LS la preterición intencional (arts. 190 y 191). Declara también sin efectos específicos la preterición intencional, sin distinguir entre la singular y la global (art. 192), y atribuye sólo la cuota legal del preterido al preterido no intencional y singular, calculada sobre el caudal relicto, según el parámetro tradicional de atribuirle una porción equivalente a la del legitimario “*menos favorecido*” por el disponente (art. 193-1º), solución que extiende el artículo 199 a los supuestos de exclusión simple y absoluta y de desheredación con causa siempre que exista en ellos un motivo expresado y con error determinante. Además, regula la preterición total y no intencional de todos los legitimarios de grado preferente, ordenando la delación abintestato de todo el caudal relicto, si además “*no ha sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente*” (o sea, si no se ha atribuido la legítima en todo o en parte a alguno de los posibles legitimarios de grado no preferente). El artículo 188-2º le niega, a la estirpe del “legitimario” presunto o provisional de grado preferente que no haya sido “preterido”, todo derecho por preterición. En fin, nuestro legislador, justificándolo en el Preámbulo por la falta de utilidad que había demostrado, ha prescindido de la distinción entre una supuesta *legítima formal* y una supuesta *legítima material* que el legislador aragonés de 1967 había tomado prestada de la pandectística alemana decimonónica<sup>246</sup>.

<sup>246</sup> Personalmente creo, y así lo sostuve en mi trabajo de 1997, en explicación que hoy suscribo todavía íntegramente, que la distinción traída de la pandectística alemana entre legítima “formal” y legítima “material” no sólo ha resultado poco útil, sino que resultó desorientadora para muchos en la doctrina: cfr. las pp. 51 a 54.

En 1997 intenté demostrar que, en efecto, no había ni verdadero deber jurídico de excluir del disponente ni verdadero “derecho honorífico” del legitimario inmediato a ser nombrado en el testamento o pacto sucesorio o acto de ejecución de la fiducia. Lo que había eran, y esto es lo que únicamente cabía relacionar con verdaderas acciones judiciales, requisitos positivos o negativos de los supuestos de hecho legales que tenían por consecuencia jurídica la atribución legal o no de ciertas cuotas legales de legítima<sup>247</sup>.

Voy a hacer una descripción primero de los que considero aciertos y posteriormente de las que considero decisiones desacertadas, o incluso en algún caso hasta claros errores y defectos de técnica legislativa, de esta regulación legal sobre la preterición.

Considero acertado, primero que el artículo 188-1º, siguiendo al artículo 120 de la Compilación, presente un concepto ortodoxo y tradicional de preterición como la ausencia de atribución y de mención de un legitimario de grado preferente. Segundo, considero muy acertado que el artículo 193-1º mantenga para la preterición no intencional el sistema tradicional desde 1925 de atribución legal de una cuota legal equivalente a la cuota legitimaria del legitimario “*menos favorecido*” por el disponente, al igual que con mayor amplitud hacía el artículo 123 de la Compilación, aunque creo que no debió referirse esa cuota legal por la LS al caudal relicto. Tercero, considero acertado el mantenimiento por el artículo 189-3º de la idea tomada del artículo 120-2º de la Compilación, que tendía a evitar que se eludan los efectos de la preterición mediante fórmulas colectivas o no suficientemente individualizadas de exclusión de la legítima. Cuarto, salvo lo que luego diré sobre la referencia del precepto al “caudal relicto” y otras objeciones por defectos de técnica jurídica legislativa, considero básicamente acertada, en el sentido al menos de que mejora lo anterior, la solución legal dada al caso de preterición no intencional total por el artículo 193-2º de la LS, que ordena la delación de todo el caudal relicto sólo en dicho supuesto. Esta solución rectifica uno de los pocos errores importantes de la Compilación de 1967, que yo había criticado en mi trabajo de 1997, que era el error cometido en el artículo 122-2º de la Compilación, al ordenar aquel precepto irrazonablemente la delación abintestato de todo el caudal por el mero desconocimiento por el disponente de la existencia de uno o varios (no de todos) del conjunto de los legitimarios existentes<sup>248</sup>. Aunque el precepto era erróneo, había tenido con todo como circunstancias atenuantes el legislador de 1967 el hecho de que entonces estaba todavía en sus comienzos en la doctrina española la distinción entre preterición intencional y errónea, y también, sobre todo, el hecho de que la preterición errónea o no intencional era entonces un caso bastante más raro o infrecuente que ahora, por el gran peso que tenía en el Derecho de la filiación de la época la casi imposibilidad práctica de remover la presunción legal de paternidad del marido de la madre del originario artículo 108 del Código civil.

Considero desacertada la supresión, o intento de supresión, de la relevancia jurídica de la preterición intencional que establece el artículo 192, que, aunque recuerda la acción

<sup>247</sup> Cfr. mi trabajo de 1997, pp ,51 a 54.

<sup>248</sup> En mi trabajo de 1997, proponía la siguiente reflexión. Piénsese, por ejemplo, en una persona que hubiese hecho testamento desconociendo, porque tras una relación fugaz con una mujer ésta le hubiese ocultado su embarazo, que tenía en realidad un hijo, tres nietos y seis bisnietos: en un tal supuesto podría tener cierto sentido, defendí entonces, una regla como la del actual artículo 122-2º de la Compilación. En cambio, si en un caso como ése el testador hubiese conocido la existencia del hijo, de los tres nietos y de cinco de los seis bisnietos, y testase desconociendo absolutamente la legítima, la solución del actual artículo 122-2º parece que carecería y carece verdaderamente de toda racionalidad. Cfr. mi mencionado trabajo, pp. 31-32. Hoy en día, con todo, dudo de la justicia de una solución como la del artículo 122-2º de la Compilación, o como la (mejor, desde luego) del actual artículo 193-2º de la LS, incluso para el caso de exclusión sin voluntariedad del conjunto de todos los legitimarios preferentes existentes. Dudo de que no debiera bastar en tal caso con reducir la eficacia del testamento en la mitad a efectos de satisfacer meramente la legítima.

de lesión de la legítima ya establecida en el artículo 179, en realidad no atribuye ningún efecto específico a la preterición intencional. Esta mutilación intentada de la preterición en el artículo 192 suprime lo más característico de la legítima en el Derecho aragonés histórico (el significado más habitual de la tradicional legítima simbólica) y lo que hacía más original a nuestra legítima y que no era un mero ritualismo, si se entendía correctamente el sistema legal, según se ha explicado ya.

La Ley de 1999 en su artículo 189-1º establece una forma de excluir de la legítima al preterido menos elegante que la tradicional legítima simbólica y que podríamos denominar, ya autorizados por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, exclusión por ninguneo, aunque tampoco su existencia o inexistencia, siendo preterición intencional, tenga en definitiva consecuencias jurídicas concretas. El legislador de 1999 podría decirse que ha invitado al disponente a usar un mal estilo o malos modales además para dejar luego sin efecto jurídico real esa inconveniencia suya. También ampara nuestro legislador extrañamente los malos modales en el artículo 198-1º, inciso 2º, donde, al menos conforme a la letra del precepto, permite al disponente imputar impunemente al legitimario preferente una causa de desheredación que sabe falsa.

El profesor Lacruz había advertido expresamente de que la no distinción entre clases de preterición en el artículo 123 de la Compilación había sido deliberada y consciente<sup>249</sup>. Y además, aunque se pretenda que debe tener unos efectos más intensos la preterición no intencional que la intencional, lo cual puede aceptarse hasta cierto punto también para el Derecho aragonés sobre todo si nos olvidamos de la gestación histórica de la regulación de nuestra legítima en 1925 y 1967, ello no era argumento suficiente para intentar suprimir la preterición intencional, porque, incluso sin ser probablemente necesario, podría también haberse establecido, por ejemplo, que la preterición intencional iba a representar para el preterido intencionalmente la mitad u otra fracción de la cuota legal del legitimario "*menos favorecido*" por el testador. O podría haber establecido el legislador que el preterido no intencional tuviera una cuota legal igual a la total legítima colectiva dividida por el número de legitimarios y el legitimario preterido intencional la cuota legal del menos favorecido por el testador; etc. O sea, podría haber establecido el legislador una cuota legal de legítima mayor para la preterición errónea o no intencional y una cuota legal menor para la preterición intencional, sin llegar a suprimir ésta última, y esa solución hubiera podido respetar la sensata regulación tradicional de la preterición aragonesa<sup>250</sup>.

249 Ya he citado en alguna otra ocasión esta importante explicación del profesor LACRUZ, que entronca su idea de la regulación del tema por la Compilación con la regulación del Apéndice y con la protección preponderante por el legislador a la libertad del disponente de desigualar a los legitimarios. Cfr. su trabajo *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en el ADC, de 1968, pp. 513 y ss. Y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 474-475. En mi trabajo de 1997, en la misma línea que mi maestro, había propuesto yo que no se trajera al Derecho aragonés la distinción entre preterición intencional y no intencional y hasta consideré una "incrustación extraña al sistema" la inspiración del artículo 122 de la Compilación, el más defectuoso precepto de aquella estupenda regulación de la legítima de 1967, y que se había basado ya en la idea de la preterición no intencional o errónea. Cfr. mi mencionado trabajo de 1997, pp. 30 y 31.

250 La nueva regulación de la preterición de la LS se ajusta exactamente a lo que había solicitado en 1993 CALATA-YUD SIERRA, Adolfo. El autor había considerado entonces, contra opiniones del peso de las de LACRUZ ó VALLET de GOYTISOLO, muy discutible la solución del artículo 123 de la Compilación, pareciéndole que llevaba a un casuismo excesivo, y que los derechos que atribuía al preterido eran un tanto arbitrarios, excesivos si el testador no le mencionó porque no quiso, y derechos en cambio muy escasos, en su opinión, si la preterición era no intencional. Por eso proponía inspirarse en la distinción entre preterición intencional y errónea, que calificaba como "moderna", y suprimir la legítima formal como tal o preterición intencional, concediendo legalmente los derechos de la preterición sólo a los preteridos por desconocer el testador su existencia o su condición de legitimarios. Todo ello, paralelamente argumentado junto al supuesto ritualismo anacrónico de las soluciones de los artículos 120 y 123 de la Compilación, que ya he criticado en

En realidad la distinción entre preterición intencional y no intencional, de bastante vidriosos límites a la hora de la verdad, no tiene una especie de valor ontológico u absoluto, sino que en nuestro país fue una distinción doctrinal lógica que surgió como reacción razonable contra la muy tosca regulación del tema en el artículo 814 originario del Código civil que, en homenaje a la tradición romanista y en un contexto legal muy diverso, anulaba totalmente en todo caso de preterición y sin matices de ningún tipo la institución de heredero, y en un sistema legal con cuotas materiales de legítima y bastante distinto tanto de sistema romano primitivo como del sistema legitimario aragonés. Esa reacción doctrinal acabó siendo recogida expresamente por el legislador estatal de 1981, que reformó profundamente el antiguo artículo 814 en el sentido que demandaba la mejor doctrina, aunque con técnica muy deficiente. Precisamente tras la reforma legal de 1981 de la preterición se ha planteado en la doctrina del Código civil una discusión doctrinal sobre si subsiste o no verdaderamente en la nueva regulación una legítima “formal”<sup>251</sup>, lo que nos demuestra que quizás la noción de la legítima formal era menos necesaria en el fondo, a la vista de las historias respectivas de ambos sistemas legales, para el Derecho del Código civil que para el Derecho aragonés, del que formaba parte como una pieza muy característica del sistema legal, cuyo intento de supresión vamos a ver que ha resultado traumático y oscurecedor para el conjunto del sistema legitimario aragonés. Por lo demás, ya se ha explicado, al comentar brevemente el Código civil, que la nueva regulación de la preterición de ese cuerpo legal tras la reforma legal de 1981 se ha hecho tan defectuosamente, desde el punto de vista técnico, que ha creado gran confusionismo doctrinal y ha producido desaliento a muchos autores y hasta el curioso

el texto con anterioridad. Cfr. *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993*, 1994, pp. 63 a 68. Sin embargo, ya he explicado lo brillante y fecunda que resultó la idea de dar al preterido por el legislador de 1925 una parte igual a la del menos favorecido por el testador, idea que consiguió una difícil síntesis entre la técnica romanista de la preterición y la idea tradicional aragonesa de una legítima de distribución totalmente libre, y cómo esa feliz síntesis desplazó adecuadamente además la preterición desde el ámbito tradicional de la sucesión intestada al ámbito de la legítima, y cómo la idea prestó servicios impagables a Aragón en términos de seguridad jurídica o de pacificación social. Pero es que, además de ello, no me parece cierto ni que los derechos otorgados por el artículo 123 de la Compilación fueran “excesivos” si la preterición era intencional ni que fueran “escasos” si la preterición había sido no intencional. No eran excesivos los derechos legales del preterido en la preterición intencional si se entiende bien la función jurídica que desempeñaba la “mención para excluir” conforme a la ley (art. 120). Como ha explicado alguna vez VALLET de GOYTISOLO las legítimas “formales”, concepto que propone relativizar mucho y no creerse del todo, son con frecuencia exigencias que pone el legislador para asegurarse de la claridad de la voluntad del disponente ante una decisión dispositiva trascendente. Que yo sepa, nadie en la doctrina del Código civil ha considerado “excesivos” los beneficios que obtienen los restantes legitimarios al evitarse la desigualación dentro del tercio de mejora cuando el testador quería mejorar pero no ha acertado a hacerlo expresamente, como la ley le exige (arts. 825 y 828). Y ello, aparte de que cuando el testador hubiera hecho atribuciones a los varios legitimarios muy desiguales y la del menos favorecido fuera muy pequeña, difícilmente se hubiera podido afirmar que los derechos legales del preterido hubieran sido “excesivos” según el artículo 123. Y tampoco es convincente la crítica hecha al antiguo artículo 123 de la Compilación de que otorgaba derechos “escasos” si la preterición fue no intencional. Cuando los legitimarios eran sólo dos o siempre que el testador distribuía la legítima igualmente entre todos los legitimarios, la parte o cuota legal del preterido no podía considerarse “escasa” puesto que devenía igual a la de todos los demás legitimarios con atribución expresa. En estos casos la cuota del menos favorecido por el testador venía a coincidir con la cuota del legitimario más favorecido por el testador. En cambio, cuando el testador distribuía desigualmente la legítima, era completamente lógico que al no mencionado en el título sucesorio no se le otorgara cuota mayor que a otro legitimario que, sobre ser tan legitimario inmediato como el preterido, además había sido tenido en cuenta en el testamento y había recibido atribución. Como había explicado LACRUZ esta fórmula de otorgar al preterido la cuota del menos favorecido por el testador servía entonces la idea tradicional aragonesa de la plena libertad de desigualar. En suma, creo que la reforma de la preterición por la Ley aragonesa de 1999, que veremos además a continuación que ha producido destrozos, incoherencias y oscuridades considerables en la lógica del sistema legitimario aragonés, se ha hecho desde unos fundamentos doctrinales muy endeblés y ajenos por completo a la tradición aragonesa. Se ha hecho contra la doctrina civilista más autorizada y fundada. Para la recordada opinión de VALLET de GOYTISOLO, Juan B., véase su *Panorama de Derecho de sucesiones*, Tomo 1º, 1982, pp. 449 a 451.

<sup>251</sup> Véase el buen resumen que hace de esta polémica ESPEJO LERDO de TEJADA, quien es contrario a la existencia de una verdadera legítima formal en el Código civil y piensa que incluso podía negarse la misma ya antes de la reforma del artículo 814 en 1981. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp.290 a 295.

efecto de que De la Cámara, acaso el principal promotor durante muchos años de la distinción entre preterición voluntaria e involuntaria, proponga hoy prescindir de la distinción y regular la preterición sin la misma (o sea, como lo hacía la Compilación aragonesa de 1967)<sup>252</sup>.

El legislador de 1999 ha intentado quitarnos a todos los aragoneses el Derecho que la Compilación nos reconocía, con fidelidad a una venerable tradición aragonesa, a participar con una cuota legal en la legítima de nuestros padres o, en su caso, ascendientes inmediatos, siempre que no nos excluyeran éstos expresamente de la distribución de su herencia o legítima. El legislador aragonés de 1999 ha suprimido o intentado suprimir, podríamos decir, la necesidad de “sacar” de la legítima a los legitimarios preferentes para dejarles sin nada. Una posible voluntad tácita de exclusión, que la letra del artículo 189-1º haría todavía posible, como requisito o exigencia para que el disponente pueda dejar sin nada de la legítima al legitimario preferente, ya no tiene sentido discutirla como requisito de la preterición intencional, al ser ésta por principio irrelevante jurídicamente (art. 192). Con lo que tenemos que se criticó a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993 y a los artículos 120 y 123 de la Compilación desde el argumento de la preferente relevancia que se decía debería tener la voluntad tácita del disponente frente a supuestos ritualismos anticuados, pero ahora el legislador aragonés de 1999, salvo lo que explico a continuación sobre el artículo 199, ha venido, incoherentemente con aquellas apresuradas críticas, a suprimir de raíz la necesidad misma de esa voluntad tácita entonces considerada tan necesaria, y por el contrario, como veremos a continuación, en el artículo 199 ha introducido sutilmente un nuevo y, éste sí, verdadero ritualismo sin fundamento alguno razonable.

Obsérvese además, que el tratamiento al legitimario preferente preterido intencionalmente resulta especialmente injusto cuando el disponente le ha dejado de mencionar convencido de que había incurrido en una causa de indignidad que en realidad resulte ser inexistente. En tal caso, bajo la Compilación, probada en juicio la inexistencia de la causa de indignidad, el legitimario, recuperando su condición de legitimario inmediato, recuperaba automáticamente con ella, con toda justicia, aparte de la acción *ex* artículo 124 de la Compilación, su cuota legal del legitimario menos favorecido por el testador del artículo 123 de la Compilación. En cambio, en la LS (arts. 13, 15-2º, 17 y 192) recuperando quien fue preterido injusta e intencionalmente, en acaso costoso juicio, su condición de legitimario, sólo recuperaría con seguridad su participación en la acción de lesión de la legítima, pero no en principio la cuota propia del preterido (art. 192). En realidad, este supuesto, puesto que la declaración de indignidad hace perder la condición de legitimario al indigno (art. 15-2º de la LS), resulta asimilable o muy parecido a los de

<sup>252</sup> La introducción de la distinción entre preterición intencional y preterición no intencional en el Derecho aragonés y la supresión de los efectos de la intencional le parece bien, con todo, a GIL NOGUERAS, Luis Alberto, aunque critica el autor que se haya presumido legalmente la preterición intencional. Pero es que el autor explica la preterición no desde la histórica gestación del sistema aragonés que he explicado en este trabajo y que hemos visto que es específica y diferente de la del Código civil, sino recurriendo a una muy sumaria historia genérica de la preterición en el Derecho romano y en el Derecho común o intermedio. De modo que el autor es poco consciente de que teníamos un sistema legitimario original, con su propia coherencia histórica y que funcionaba bien. Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pp 604 a 606. También RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, quien considera “absurda” la solución del artículo 123 de la Compilación, se muestra conforme con la introducción de la distinción entre preterición intencional y no intencional y la supresión de la primera, lo que califica como “la gran novedad” en esta materia de la LS. Cfr. *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp. 14 y 28. Y siguiendo al parecer la línea de este último autor, también LASIERRA GÓMEZ, Ignacio, considera “absurdo” el artículo 123 de la Compilación de 1967; aprueba la introducción de la distinción entre preterición intencional y no intencional y la supresión de la eficacia de la primera de ellas; y supone erróneamente que en esta materia la LS ha representado una “simplificación”. Cfr. *La legítima en el Código civil*, en los “Cuadernos LACRUZ BERDEJO”, nº 1, 2004, epígrafes 2º, 6º y 7º.



preterición no intencional en los que se exige que el disponente, al ordenar la sucesión, “desconociera la condición de tal del legitimario” (art. 191), caso en el que sí podría reconocer al legitimario preterido la LS la cuota legal del legitimario menos favorecido por el testador (art. 193-1º). Podrían aplicarse estos preceptos de la preterición no intencional al supuesto (arts. 191 y 193-1º) con una interpretación razonablemente amplia de los mismos, pero todavía tropezaríamos con la dificultad de que el legitimario, formalmente al menos, parece que en la LS tendría que probar que el disponente creía cierto el pretendido hecho causante de la indignidad y que sabía o creía que le había hecho perder su condición de legitimario al descendiente, puesto que la LS presume intencional la preterición salvo prueba contraria (art. 190-2º). Y ya se sabe lo difícil que es probar un hecho subjetivo como ese eventual pensamiento erróneo señalado del disponente.

Se menciona y recoge expresamente una figura legal, la preterición intencional, a la que se niegan efectos, lo que es anómalo en una ley moderna y con técnica codificadora, y se crea con ello, además, la paradoja de que el legitimario preferente conocido del disponente que no haya recibido ni atribución ni mención recibe menos derechos (no derecho a la sucesión legal residual) que el legitimario preferente conocido del disponente y acaso con atribución ya recibida al que el disponente se molesta en excluir con exclusión expresa simple (cfr. arts 192 y 197-2º)<sup>253</sup>. Se obtiene un resultado, en tal caso y cuando haya sucesión intestada residual, ilógico y poco coherente con la voluntad declarada del disponente. Al preterido intencionalmente se le menosprecia o ningunea en comparación con el legitimario expresamente excluido y, además, se le castiga con una posición jurídica un poco inferior en derechos que la de éste. Este peor trato legal en la LS del preterido intencional singular en comparación con el excluido simple es ilógico e injusto y no existía en la Compilación, en la que el primero conservaba razonablemente, para en su caso, y como quedó explicado, los derechos en la sucesión intestada residual. Para intentar llegar en la vigente LS a este razonabilísimo resultado que ofrecía antes la Compilación hay que pasar ahora por encima de la muy tajante letra del artículo 192 y proponer una reducción teleológica de la misma, desde la problemática consideración de que el precepto contemplaba sólo en su espíritu los derechos a la legítima (que quiso sólo suprimir la cuota legal “vacía” del preterido singular), pero no los derechos a la total sucesión del disponente.

La regulación de la LS presenta aparente racionalidad en cuanto a que el legitimario preferente excluido simple conserve sus derechos en la sucesión intestada residual, frente al legitimario preferente excluido “absolutamente”, en tanto que parece suponerse que existirán fórmulas testamentarias o negociales que excluyan sólo de la legítima y otras que excluyan al legitimario preferente de la total sucesión o la total herencia (arts. 197-2º y 198-1º y 2º), pero insisto en que falta esa racionalidad en la comparación entre el excluido simple y el preterido intencionalmente, a quien el disponente da un trato más despectivo que al excluido simple y a quien el legislador curiosamente le exige también que carezca de atribución además de que carezca de toda mención (art. 188-1º) para luego no darle ningún derecho.

Todavía más. El artículo 192, puesto que no distingue entre preterición singular y total y a la vista de que limita la LS en el artículo 193-2º la preterición total sólo a la no

<sup>253</sup> Es inexacta, por tanto, la afirmación de SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo, de que la posición del preterido intencionalmente es la misma que la del excluido simplemente. Cfr. *La legítima*, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 585. GIL NOGUERAS, Luis Alberto, afirma que aunque el artículo 192 no mencione el tema, hay que entender que el preterido intencionalmente mantiene, como en el artículo 197 (dice art. 191, por error), sus derechos en la sucesión intestada, y también el derecho de alimentos del artículo 200 de la LS, pese al silencio también en esto del artículo 192. Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pp. 606 y 607.

intencional, parecería considerar irrelevante jurídicamente incluso la preterición intencional total, aunque recuerda el precepto que en los casos de existencia de lesión en la legítima subsiste, desde luego, la acción de lesión de legítima del artículo 179. Esto, o sea, que ninguneando el disponente en el pacto sucesorio o testamento al conjunto de los legitimarios preferentes o al único legitimario preferente existente, sólo tuvieran éstos la acción de lesión de legítima del artículo 179 y, siendo varios, una cuota de legítima proporcional a su cuota en la “*sucesión legal*”, nos remite para la determinación de esa cuota de legítima reclamable, a la vista del artículo 171-2º, inciso 2º, al difícil problema ya explicado, entre otros, de si en la determinación de la cuota de legítima reclamable hay que hacer la distribución entre legitimarios por cabezas o por estirpes. En todo caso, cuando además de lo ya explicado ningún legitimario de grado no preferente haya recibido atribuciones del disponente ni como donaciones ni a través de negocios por causa de muerte, habrá una lesión total de la legítima colectiva y el conjunto de los legitimarios preferentes intencionalmente preteridos podrá reclamar la mitad del caudal computable de la legítima.

¿*Quid* si en un supuesto así, habiendo dejado el disponente todos sus bienes a un no descendiente (a su mujer y madre de sus hijos, por ejemplo, o a un hermano tetrapléjico), los legitimarios de grado preferente intencionalmente preteridos (hijos, por ejemplo, e invocando el artículo 179-3º) deciden no ejercer la acción de lesión de la legítima?. ¿Podrían ejercer, entonces, esa acción alguno o todos de los legitimarios de grado no preferente (nietos, por ejemplo) a quienes el artículo 188-1º (razonablemente) niega incluso la posibilidad de que lleguen a ser calificados como preteridos?. La LS parecería indicar que no en el artículo 179-2º y 3º, en el artículo 173-2º, y también en el aquí estudiado artículo 192, preceptos todos sin duda de gran peso en el sistema legitimario legal. Sin embargo, esa solución sería tanto como permitir al disponente, con la aquiescencia de los legitimarios preferentes, vulnerar directamente la legítima colectiva y con ello los artículos 171, 3, y 149-2º de la LS. No veo indefendible, por tanto, recordando para en su caso la existencia del usufructo legal de viudedad, que en un supuesto así de preterición intencional de todos los legitimarios preferentes tácitamente aceptada por ellos, pudieran reclamar la legítima los legitimarios de grado no preferente con base en el artículo 171, del que acaso cabría extraer, en un trasfondo de interpretación sistemática de ambos preceptos, una especie de aplicación analógica del artículo 179 de la LS a nuestro supuesto. Obsérvese que la hipótesis básica o supuesto de hecho de este último precepto es, según el artículo 179-1º, que no alcancen los beneficios percibidos “*por el conjunto de los descendientes la cuantía de la legítima colectiva*”. Y por cierto que quizás para un problema como éste pudiera presentar alguna utilidad la expresión legal que califica como “*colectiva*” a la legítima, aunque en otros contextos dicha expresión legal tienda a ser más bien desorientadora. Y obsérvese también que el artículo 196-1º y 2º de la LS relaciona la desheredación con causa legal con los legitimarios de cualquier clase, y que parte de que, mientras queden descendientes que tengan la condición de legitimario, no se debe extinguir la legítima colectiva.

Este problema explicado acaso podía entenderse también que lo resolvía, en el mismo sentido práctico que aquí se propugna, aunque allí con una técnica aparente de anulación del título sucesorio por contravenir una norma imperativa, el artículo 122-1º de la Compilación. No hice esta sugerencia, con todo, en mi trabajo de 1997.

Aunque la cuestión se presenta difícil, no veo indefendible esta posible legitimación excepcional y subsidiaria de todos y cada uno de los legitimarios no preferentes (y sucesivos a los preferentes inactivos), al menos, cuando la legítima esté amenazada de que-

dar incumplida absolutamente por la pasividad o no ejercicio de la acción de lesión por parte de todos los legitimarios preferentes legitimados y habiendo constancia suficiente de ello más o menos procurada por sus descendientes (en última instancia, demandando también a los legitimarios preferentes, antepuestos, legitimados e inactivos). La dificultad de esta cuestión conecta con la considerable dificultad que presenta en la LS la cuestión del concreto ámbito de la renuncia a la legítima. Obsérvese que según el artículo 179-3º la renuncia o la simple falta de ejercicio “*por alguno*” de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás, lo que parece que ampliará, en una cuantía equivalente a la porción correspondiente a ese renunciante, la mitad de libre disposición. Pero una cosa es ésta, y otra bastante distinta podría ser, existiendo un precepto como el artículo 171, que la inactividad o renuncia a reclamar de todos los legitimarios preferentes extinga la legítima colectiva.

De admitirse esta interpretación, además, parece que los descendientes de los legitimarios preferentes y legitimados inactivos o renunciantes podrían quedar legitimados por estirpes y no ya por cabezas, como para los legitimarios preferentes parece ordenar el problemático artículo 171-2º, inciso segundo, ya comentado. Con todo, creo que de admitirse esta interpretación, no podría llegarse más lejos, y que, a la vista del artículo 179-3º, la renuncia o simple falta de ejercicio de la acción de lesión de legítima por sólo “*alguno*” o “*algunos*” (no la pasividad de todos) de los legitimarios preferentes legitimados, parece seguro que no abriría el paso a una legitimación subsidiaria de los legitimarios no preferentes, y que simplemente produciría una expansión, mayor o menor, de la mitad de libre disposición y la consiguiente definitiva confirmación de la eficacia inicial de las liberalidades inoficiosas correspondientes. No habría sustitución legal a favor de la estirpe, porque no es éste uno de los casos de sustitución legal previstos en la ley (art. 19).

Pero, retomando el hilo argumental básico de este subepígrafe, me vengo además refiriendo a intento de supresión de la preterición intencional y no a supresión legal de la preterición intencional, porque en ciertos casos de exclusión voluntaria y consciente, aunque viciada por error, regulados en el artículo 199 de la LS, el legislador atribuye al excluido la cuota legal de legítima del legitimario menos favorecido por el testador o disponente, como hacía el antiguo artículo 123 de la Compilación, aunque en un caso en que en absoluto hay preterición no intencional, ni siquiera preterición, puesto que en los supuestos contemplados habrá necesaria e inevitablemente la “*mención cualquiera*” a la que alude el artículo 189-1º de la LS. O sea que, por una parte, se mantiene, con resultado final similar al del artículo 123 de la Compilación, la cuota legal del preterido no intencional pero para unos supuestos de exclusión voluntaria del legitimario conocido en su existencia y en su condición de legitimario, en los que ni hay preterición ni podría la misma ser, de haberla, preterición no intencional. Se llega al resultado del artículo 123 de la Compilación, aunque sólo en algunos casos de exclusión voluntaria intencional y errónea y no en todos los de la que podríamos llamar exclusión relacionada con la preterición, como sucedía en ese régimen legal anterior. Se llega a un resultado parcialmente parecido al que había, pero por un camino tortuoso de asimilar en los efectos a la preterición no intencional a unos supuestos de hecho que no tienen nada que ver con esa clase de preterición. Aunque la irrelevancia jurídica de la preterición intencional se afirma rotundamente (art. 192), se regulan con defectuosa técnica unos supuestos muy diversos de la misma a los que se asignan los mismos efectos que a la preterición intencional tradicional del Derecho aragonés, y no pueden dejar de regularse por la LS, incoherentemente en el sentido dogmático, la desheredación y la exclusión, que no son sino

formas, lícitas y eficaces en principio, de “sacar” al legitimario preferente de su legítima colectiva<sup>254</sup>.

Y no cabría defender la técnica del legislador de 1999 desde la consideración de que, al fin y al cabo, siendo soberano el legislador, en el artículo 199 habría agrupado distintos tipos, aunque muy heterogéneos, de error vicio en la voluntad del disponente<sup>255</sup>, porque precisamente en la preterición no intencional no necesariamente hay error, siendo con frecuencia incognoscible la existencia de legitimarios preferentes desconocidos o sobrevenidos, y porque es precisamente en la preterición intencional, irrelevante según la LS, en donde cabe claramente el genuino error vicio del consentimiento, al contrario que en la preterición no intencional. De modo que el artículo 199 carece de una justificación sistemática lógica y convincente y viene a representar que lo que se había expulsado por la puerta vuelve a entrar por la ventana.

Téngase en cuenta además que, según he advertido anteriormente, al referirme a la “carta” en la que el disponente ejerce su libertad de disposición, el legitimario desheredado con causa pero beneficiado por un perdón o una reconciliación posteriores que dejen sin efecto la desheredación ya hecha (art. 196-3º de la LS) parece que tiene derecho en ciertos casos, estando ya entonces plenamente distribuida la legítima por el disponente y siendo legitimario de grado preferente (art. 188-1º, en relación con el art. 193-1º), a la cuota del legitimario menos favorecido por el disponente, por analogía con el artículo 193-1º, relativo a la preterición no intencional.<sup>256</sup> De modo que también en esta razonable interpretación sobre el artículo 196-3º de la LS reaparece la idea de que el legitimario de grado preferente parece pensarse por el legislador que está inicialmente incluido en la legítima salvo que el disponente le saque de la misma en este caso por una justa causa que debe invocar expresamente. Decayendo por el perdón o reconciliación posteriores la exclusión o expulsión de la legítima producida, automáticamente decae o se extingue el efecto de la disposición negocial formal de la desheredación, y vuelve a estar incluido en la legítima el legitimario antes expulsado, con la cuota, a falta de todo otro posible criterio, del legitimario menos favorecido por el testador o disponente.

Un razonamiento paralelo cabrá hacer también en relación a la persona que había dejado de ser legitimaria preferente por causa de indignidad si se la omite en el título sucesorio por el disponente o por el fiduciario, pero luego suceden disposiciones del mismo disponente o fiduciario a favor del indigno, o reconciliación o perdón, que además tienen efecto irrevocable (artículo 17 de la LS). Recuperando su condición de legitimario el indigno y habiendo quedado sin nada, parece que por analogía con el artículo 196-1º de la LS habría que reconocerle al menos la cuota legal del preterido no intencionalmente, por mucho que el precepto no esté contemplado en el artículo 199 de la LS. Mejor esta solución que no pensar que la ley contempla una recuperación de la condición de legitimario (arts. 17 y 15) jurídicamente irrelevante. Otro supuesto, por tanto, en el que vemos que el legitimario sólo por su condición de indigno había sido puesto por la ley fuera de la legítima, pero que, una vez recuperada su condición de legitimario, hay que incluirlo en la legítima y hacerle participar de la misma.

254 Afirma con bastante razón GIL NOGUERAS, Luis Alberto, que en el fondo vuelve a subyacer el derecho del legitimario a ser mencionado, esa legítima formal, que se dice erradicada por la LS, pero que, a poco que se excava, viene a entrecerse en el Derecho sucesorio aragonés, como en otros muchos. Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pp. 619 y 621.

255 Esa poco convincente explicación parece apuntada por SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, en su comentario sobre la legítima de la obra colectiva *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pp. 588-589.

256 Cfr. en tal sentido la opinión de GIL NOGUERAS, Luis Alberto, quien no limita como hago en el texto su opinión a los legitimarios de grado preferente, en su comentario sobre la legítima en el libro colectivo *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 614.

Otro razonamiento paralelo podría hacerse también con el renunciante a su legítima a quien el disponente dejase sin nada en el título sucesorio en atención y respeto de dicha renuncia (podría ser incluso el único legitimario de los varios existentes que quedara sin nada), si luego posteriormente se anulaba dicha renuncia por vicios del consentimiento<sup>257</sup>, por ejemplo, cuando ya la herencia y la legítima se hubieran distribuido por el disponente íntegramente. También en un caso así, podría ser defendible, al menos según las circunstancias de hecho y las concretas decisiones de distribución de la legítima adoptadas por el disponente, que se le reconociera a este legitimario preferente sólo aparentemente renunciante la cuota legal del preterido no intencionalmente (artículo 193-1º), por analogía y pese a no estar incluido el supuesto tampoco en el artículo 199 de la LS.

También veremos que cabe un razonamiento paralelo al realizado en los párrafos anteriores en los casos de renuncia por un legitimario al cargo de albacea, casos en los que la aplicación supletoria del artículo 900 del Código civil puede defenderse que conduzca también a la aplicabilidad para el legitimario renunciante del artículo 193-1º de la LS. Vuelvo sobre el supuesto al tratar la desheredación.

En estos supuestos considerados (desheredado con causa perdonado; legitimario indigno perdonado; renunciante a la legítima con renuncia anulada; legitimario que renuncia al cargo de albacea) la solución hubiera sido muy clara en la Compilación de 1967 (aplicabilidad siempre del artículo 123 como preteridos, faltándoles atribución y mención, y siendo irrelevante que lo hubieran sido intencionalmente), mientras que en la LS estos supuestos, aunque acaso resolubles por analogía con el artículo 199, resultan de solución menos segura y algo más problemática. Recurrir en ellos a la cuota legal de legítima del legitimario menos favorecido por el testador parece siempre mejor que no recurrir a la cuota promedio de legítima resultante de dividir la legítima global por el número de legitimarios, porque es solución la primeramente mencionada estructuralmente vinculada a la idea tradicional aragonesa de la plena libertad de distribuir y desigualar por parte del disponente. En todo lo que vemos una razón más de la superioridad de la más simple regulación de la Compilación de 1967 sobre la más compleja y extensa de la vigente LS.

## II) *El papel de las nuevas "menciones" y las difíciles soluciones interpretativas.*

Por otra parte, los apartados 1º, 2º y, aunque sólo parcialmente en este caso, 3º, inciso primero, del artículo 189 resultan innecesarios para la preterición intencional, puesto que ésta carece formalmente de efectos (art. 192), y se convierten en posiblemente dañinos para la preterición no intencional, que es la que sí que tiene efectos, y en la que alguna mención arbitraria o de pasada (elogios a la persona del legitimario, según el ejemplo de Lacruz) hecha en el título sucesorio por el disponente puede privar injustamente de su cuota legal al preterido no intencional, siendo que los mencionados preceptos de los apartados 1º, 2º e incluso, en principio, 3º, inciso 1º, del artículo 189 en absoluto contemplan la preterición no intencional. Son preceptos legales, por tanto, llamados a producir efectos y posiblemente nocivos e injustos en los supuestos que no contemplan y llamados a ser inútiles en los supuestos que sí contemplan<sup>258</sup>. La posibilidad de que exis-

<sup>257</sup> Por ejemplo, alguien renuncia a su legítima para beneficiar a una hermana que ha cuidado al ascendiente disponente en una larga enfermedad y en espera de que se le deje a ella toda la herencia, pero luego se entera de que se le ocultó intencionadamente la existencia de un importante *donatum* que ya había recibido otro descendiente diferente de su hermana. Podría haber nulidad de la renuncia a la legítima por dolo o error.

<sup>258</sup> Por lo que explico aquí y por toda la explicación sucesiva deducirá el lector fácilmente que estoy en total desacuerdo con RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, cuando afirma que el artículo 189 de la LS ha venido a poner "orden y claridad" en la materia. Cfr. su trabajo *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000*, 2001, pg. 21.

tan “*menciones cualesquiera*” de legitimarios desconocidos para el disponente, y que priven a la postre de la cuota legal de legítima del artículo 193-1º, será, desde luego, muy rara en la práctica, pero no imposible<sup>259</sup>. Cuando llegemos a la explicación del artículo 188-2º de la LS veremos, además, que esa desafortunada norma amplifica considerablemente los supuestos de menciones que pueden producir efectos nocivos e injustos sobre la preterición no intencional. Podrá darse en casos, entre otros, por ejemplo, en que el disponente conociera a la persona del legitimario pero no su condición de tal y si luego hay una determinación legal de la filiación posterior y sobrevenida que pone de manifiesto el carácter de legitimario del mencionado casualmente en el acto de disposición *mortis causa*.

Más todavía: el posible efecto dañino de la “*mención cualquiera*” en la preterición no intencional es tanto más criticable cuanto que en la misma la preterición tendrá que darse siempre por falta de “*mención*”, puesto que la existencia de “*atribución*” a un legitimario preferente en supuestos de preterición no intencional y relativa a legitimarios desconocidos por hipótesis es casi completamente imposible. Y además, y en otro sentido, el artículo 189-3º, inciso 2º, relativo a la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive, representa una reiteración acaso innecesaria de uno de los tres supuestos de preterición no intencional ya enumerados ejemplificativamente en el artículo 191.

Veamos algunas vías posibles de interpretación para intentar reconstruir cierta lógica en la regulación considerada. Se ha sugerido en la doctrina<sup>260</sup> que no bastaría la mención “*como extraño*” para evitar la preterición si el disponente o el fiduciario ignoran su condición de descendiente legitimario, invocando para esta explicación el artículo 190-1º, *in fine*, de la LS. Esta interpretación, que podría invocar también en su favor con la misma razón el artículo 191 de la LS, presenta interés porque podría resolver el problema para al menos parte de las “*menciones cualesquiera*” que impiden arbitrariamente, según la letra de la ley, la preterición no intencional y sus efectos específicos. Sin embargo, tal y como se sostiene, me parece bastante difícil de aceptar esta interpretación, porque creo que los artículos 190 y 191 hacen una bifurcación en los efectos de la preterición como figura general y estableciendo los requisitos de las dos ramas de esos efectos diferenciados de la preterición pero parece que presuponen ambos que el supuesto de hecho básico y general en el que los dos preceptos se asientan y del que parten está en los artículos previos del 188 y del 189, que definen respectivamente, y ponen los requisitos, a la preterición (falta de mención y de asignación) y a la mención, cuya falta en el título sucesorio precisamente se acaba de establecer en el artículo anterior como requisito de la preterición. Con lo que el planteamiento básico del problema parece que debería arrancar más bien de los artículos 188 y 189, en los que no es tan fácil ver que se establezca que una mención de alguien “*como extraño*” sería insuficiente para excluir la preterición no intencional.

259 Aparte de los elogios incidentales a un legitimario preferente en el título sucesorio del ejemplo que puso el profesor LACRUZ y al que me refiero en el texto, cabría pensar en otros. Por ejemplo: la mención de Juan en una cláusula testamentaria que afirmara “dejo a mi hija Raquel el campo en el que solía jugar con mi hijo Juan”; o cuando se menciona a un legitimario preferente para que sea albacea o para algún cargo o responsabilidad o encomienda familiar sin que se le hubiera mencionado en otra parte del testamento a cualquier otro efecto. Tomo estos últimos ejemplos de GIL NOGUERAS, Luis Alberto, sacados de un contexto en el que el autor reflexiona sobre la posible exigencia legal de una voluntad implícita de exclusión de los legitimarios. Cfr. *De la legítima*, en el *Manual de Derecho de Sucesiones*, 2006, pp. 598 y 599.

260 Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo, *La legítima*, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 584.

Con este enfoque, lo que habría que preguntarse, en mi opinión, es si al aludir el artículo 189, que contiene ideas bastante heterogéneas, a mención "*del legitimario*", podría quizás estar excluyendo como posibles menciones "*suficientes*" o jurídicamente relevantes (o capaces de impedir la preterición no intencional) todas aquellas menciones en las que no se mencionase al legitimario como tal legitimario, lo cual, aparte de suscitar con seguridad considerables dificultades de aplicación concreta, todavía no resulta fácil de aceptar, porque lo que el precepto afirma, o a lo que de verdad se refiere, es a menciones "*del legitimario*". Habría que hacer significar al precepto, por tanto, menciones "*del legitimario y que sea considerado como tal*" (o frase equivalente) por el disponente. Pero esa lectura del precepto, por un lado parece que choca con el sentido del artículo 188-1º que alude a legitimario de grado preferente a secas y parece pensar en el que lo sea realmente, conozca o desconozca su condición de tal el disponente (arts. 190 y 191), y por otro parece conducir exclusivamente a la preterición intencional, a la vista de la letra del artículo 190 de la LS y del espíritu de todo el artículo 189 de la LS. Y en cuanto al artículo 191 y la preterición no intencional la exigencia legal del precepto de que haya desconocimiento por el disponente de la "*condición de tal*" del legitimario es requisito de los supuestos en los que falta mención por hipótesis y no en los que haya, por así decir, mención errónea o desinformada. El error posible que parece contemplar el precepto es el que conduce a no mencionar (art. 188-1º), no el que conduce a mencionar de forma demostrativa de que se desconocía la condición de legitimario de la persona mencionada.

De modo que esta teoría a la que me he referido, incluso si tentadora por los razonables resultados que produciría, la veo bastante difícil de asentar en la letra de la ley. Aunque dado lo defectuoso de toda esta regulación, no debería descartarse que los tribunales señalaran en el futuro dos tipos de menciones diferenciadas y ambas irrelevantes. A saber, las menciones de los legitimarios en cuanto tales, irrelevantes por caracterizar la preterición intencional, que no tiene efectos, y las menciones del legitimario tratado como extraño o no como legitimario, que deberían ser entonces también irrelevantes, con interpretación forzada pero de resultados razonables, para evitar inaplicaciones arbitrarias del artículo 193-1º de la LS y de los derechos de los preteridos no intencionalmente.

Cabe también preguntarse sobre el supuesto en el que el disponente haga una mención incidental y sin atribución de un hijo biológico suyo que sepa que lo es pero a quien no quiere reconocer. Como si dejara establecido en su testamento: "*Dejo a mi antigua sirvienta, Consuelo (que es la madre), para que pueda atender a su hijo Benigno, una pensión anual de 15.000 euros*". ¿Podría excluir una mención así, hecha en momento en que no era todavía legitimario el hijo biológico, la preterición no intencional de ese hijo que consiguiera imponer judicialmente a su padre con posterioridad su filiación?. El artículo 189-1º hemos visto que alude a menciones "*del legitimario*" y aquí habría una mención sólo de quien llegaría a ser legitimario algún día. Y mayor dificultad en la letra de la ley encontraríamos todavía en el hecho de que para acceder a los derechos del artículo 193-1º de la LS se requiere que el disponente desconociera su condición de legitimario (aquí no desconocía que era hijo biológico y que podría llegar a ser legitimario algún día), requisito que más bien parece falta aquí. Aunque la solución justa, en este caso como en otros, es que esa "*mención cualquiera*" no debiera privar al legitimario en su momento de la cuota legal de legítima *ex* artículo 193-1º de la LS, no resulta fácil sacar de la letra de la ley esta solución más justa.

Otra posible línea de interpretación ortopédica y necesariamente correctora en cierta medida, que podrá interesar a nuestros tribunales para el futuro y que aspiraría a resolver no sólo parte del problema sino todo él, sería la que limitara el alcance de los

tres primeros supuestos sobre “*menciones*” admisibles o no del artículo 189 al supuesto exclusivo de preterición intencional (reducción teleológica), que es la formalmente declarada irrelevante, y entender que el artículo 199 reintroducía con criterio restrictivo la preterición intencional, a pesar de que su letra se refiere a la no intencional, y que reintroducía implícitamente la exigencia legal del antiguo artículo 123 de la Compilación de que para “*sacar*” de la legítima a un legitimario preferente hace falta una declaración negocial expresa y no viciada de no querer dejar nada de la legítima a ese legitimario preferente. Y recuérdese también lo explicado sobre la automática reintroducción en la legítima, a través de una interpretación analógica del artículo 193-1º, del legitimario de grado preferente desheredado justamente pero perdonado tras la desheredación ya formulada, u otros casos similares no contemplados en el artículo 199. Con una interpretación así se recompondría un poco, acercándolo al art. 123 de la Compilación, el sistema dogmático de la preterición en la LS, restituyendo a cada norma su verdadera *ratio*, y reduciendo realistamente a la prohibición de la preterición intencional del artículo 192 a una mera prohibición de principio válida sólo para mientras la propia ley no quisiera haber dado relevancia expresamente a la preterición intencional (art. 199).

Que el artículo 199 sigue presuponiendo genérica e implícitamente, como el artículo 123 de la Compilación, que haga falta para “*sacar*” de la legítima colectiva por parte del disponente una declaración de voluntad expresa y no viciada me parece indudable. Y la ventaja de una interpretación así, ciertamente forzada, sería no sólo de reordenación dogmática más racional de todo el sistema legal de la preterición, sino sobre todo que se podría evitar el nocivo efecto que puede producir en la práctica, aunque en supuestos bastante raros, la pretendida suficiencia de la “*mención cualquiera*” del artículo 189-1º en los supuestos de existencia de preterición no intencional y singular (art. 193-1º), supuestos en los que ya he indicado que ese precepto introduce un requisito infundado, casual y completamente arbitrario e injusto.

Para la Compilación había sostenido yo en 1997 la aplicabilidad supletoria del artículo 767 del Código civil para en su caso (error determinante en los motivos), con la razonable consecuencia de que, por aplicación de los principios generales sobre el negocio jurídico y siendo la mención para excluir o la legítima simbólica un negocio jurídico, existiendo tal error determinante, la mención anulable no producía su efecto normal de excluir al legitimario inmediato de la legítima, y que por tanto existía situación objetiva de preterición (art. 123)<sup>261</sup>. El artículo 199 de la LS llega sustancialmente a esa misma conclusión, pero aplicando con gran incoherencia dogmática, como ya se ha indicado, los efectos de la preterición no intencional a un supuesto en que, si pudiera existir algún tipo de preterición, lo que impide el amplísimo concepto de “*mención*” del artículo 189-1º, debiera haber sido desde luego preterición voluntaria o intencional. De modo que lo que hace el legislador de 1999 es, por un lado, negar que tenga relevancia jurídica intentar “*sacar*” de la legítima al legitimario preferente mediante declaraciones negociales normales del disponente (art. 192), pero a la vez regular innecesariamente, con ese presupuesto, los casos de la mención en la preterición intencional (art. 189); y afirmar en el artículo 189-1º que para que haya mención no se requiere “*exclusión expresa*” de la legítima (pero acaso sí exclusión tácita, entonces, y algunas afirmaciones del Preámbulo van también en ese sentido, si hiciéramos abstracción del artículo 192); y dar a entender que todos los legitimarios preferentes están por ley inicialmente incluidos en la legítima (art. 171-2º, inciso segundo), puesto que presume la ley que salvo diversa voluntad concreta

261 Cfr. mi trabajo de 1997, pp.42-43.



de distribución del disponente las cuotas de legítima se presumirán iguales entre los legitimarios de grado preferente. También algunas afirmaciones del Preámbulo de la Ley de 1999, como acabo de indicar, dan a entender que el legitimario preferente está en la legítima salvo que se le saque. Así que no es tan claro ni seguro que no siga contemplando la LS, en todos estos preceptos y sobre todo en el artículo 199, aunque ahora sólo implícitamente, y en una serie de supuestos asimilables al artículo 199, la preterición intencional relevante.

Parece que la preterición intencional se ha intentado suprimir, pero que ello no se ha llegado a conseguir del todo. Lo que esencialmente se ha hecho es restringir su ámbito sustancialmente, y con oscurecimiento notable de las líneas profundas de inspiración del sistema legal. Se ha tenido que recurrir a dar relevancia jurídica sólo a la anulación por error de un negocio jurídico, pero sin querer reconocer la relevancia normal de ese negocio cuando fuera válido. Como el concepto de validez y de nulidad se contraponen y se presuponen mutuamente, el fundamento de la regla del artículo 199 es dogmáticamente muy oscuro. Y además, el error determinante de la exclusión si el motivo no estaba expresado, aunque en esto como el artículo 767 del Código civil y el artículo 156 de la LS, no atribuye la cuota legal del art- 193-1º, con lo que la "*expresión del motivo*" se convierte en otro requisito autónomo del supuesto de hecho de este último precepto, de matiz en este contexto un tanto formalista o ritualista, que es lo que, injustamente en mi opinión, se atribuía por los críticos de la Compilación a la mención para excluir del artículo 123 de la Compilación. Compárese esta exigencia de la expresión de motivo con otros artículos de la ley sobre el error o la interpretación del testamento más inspirados en los criterios habituales sobre validez del negocio jurídico (arts. 109-2º; 110, 101; etc.). Y todo ello, en el fondo, es consecuencia de querer incrustar forzosamente en el sistema aragonés de legítima, temo que sin haberlo comprendido suficientemente, la distinción del Código entre preterición intencional y no intencional. La preterición intencional se expulsa por la puerta y entra, más que por la ventana, por un estrecho y deforme ventanuco que la deja mermada y casi irreconocible.

Y también respecto del desheredado con causa errónea con error determinante, el resultado o cambio final del artículo 199, comparado con el artículo 123 de la Compilación, es el de una difusa pero real reducción de la cuota legal de legítima atribuida al legitimario preferente en esa hipótesis. En el artículo 123 de la Compilación se partía razonablemente, siguiendo al Apéndice (art. 32-2º), de que el desheredado injusto o sin causa merecía la cuota legal de legítima que se le asignaba, porque había sido sacado ilícitamente de la legítima en la que la ley le consideraba inicialmente incluido mediante una exclusión injusta y más ofensiva o despreciativa para él que una simple exclusión. En cambio, ahora la letra del artículo 198-1º, inciso 2º, de la LS equipara a la exclusión absoluta la expresión deliberada de una causa de desheredación sabida inexistente sin sancionar en nada al disponente por la mentirosa ofensa infligida al legitimario así excluido torticeramente. Y aunque parece que siempre que resulte probada la inexistencia de la causa de desheredación que el disponente había alegado se debería presumir la existencia de un error de carácter determinante (presunción de inocencia; o presunción de buena fe del artículo 434 del Código civil), lo cierto es que dicha presunción no está en el precepto del artículo 199, ni en el artículo 194-2º ni en el artículo 198-1º, inciso 2º, relativo al parecer a la estricta y deliberada desheredación sin causa. Con lo que este vidrioso precepto del art. 199 deja abierta la posibilidad de una indagación interpretativa del testamento o disposición por causa de muerte para averiguar si no habrá habido acaso, en supuestos con esta llamada expresión de causa errónea, una voluntad

implícita de exclusión del legitimario preferente oculta tras la expresa voluntad de exclusión por desheredación que resulta ineficaz por la relevancia del error real sobre la existencia de la causa, pero que no llega a impedir la eficacia de la exclusión del legitimario de la legítima con base en esa voluntad tácita y calificándose, entonces, en definitiva, al error como no determinante.

O sea, aunque habría error sobre la existencia de la causa, en definitiva, el legislador parece admitir implícitamente, junto a la consideración de la posibilidad de que el error no haya sido determinante, una tácita exclusión intencional y eficaz de la legítima por parte del disponente, que parece que además habría de considerarse necesariamente exclusión absoluta, a la vista del artículo 198-1º, inciso 2º. De modo que también desde este punto de vista el artículo 199 presupone que al menos una voluntad tácita hará falta para “sacar” al legitimario preferente de la legítima colectiva en la que la ley lo entiende inicialmente incluido.

Y todavía cabe añadir que la LS ha vuelto mucho más complejo y vidrioso el planteamiento tradicional y propio también del Derecho aragonés sobre la desheredación justa e injusta, en el que lo que había que dilucidar era si se daba o no la causa de desheredación, al introducir o incrustar expresamente ahora en la cuestión la teoría del error con toda su complejidad y con las consiguientes dificultades de calificación de los matices de hecho que a la misma suelen acompañar. En efecto, cabe hoy bajo la LS que se dé la existencia de una causa de desheredación expresada en el acto de disposición, pero que el error del disponente consista en una apreciación sesgada o deformada o incompleta de ese hecho, de modo que, en definitiva, con arreglo al artículo 199, pueda llegar a haber la causa de desheredación expresada y errónea, aunque no inexistente, que sin embargo dé lugar a la asignación legal al desheredado erróneamente de la cuota legal del preterido no intencional.

En fin, que el legitimario preferente haya sido dejado sin derechos por el artículo 192 de la LS creo que no deja de ser tendencialmente incoherente también con el mantenimiento (aunque atenuando sus efectos tradicionales) del discutible instituto del consorcio foral, en el sentido de que la extrema facilitación que permite el legislador de 1999 para dejar fuera de la legítima a un legitimario preferente supondrá en muchos casos también una facilitación de su exclusión de los beneficios respecto de bienes inmuebles indivisos del consorcio foral reconocidos en el artículo 59 de la LS, exclusión de beneficios que alcanzará eventualmente también a la estirpe del legitimario intencionalmente preterido. Piénsese cómo ese resultado se evitará siempre o casi siempre que, incluso habiendo sido excluido expresamente el legitimario preferente, una porción de la sucesión, incluso ínfima, se defiera por vía de sucesión legal; o siempre que el disponente prefiera recurrir a expresar su voluntad de exclusión del legitimario preferente mediante una legítima simbólica o de valor irrelevante pero formulada (con poco acierto sin duda) como una parte alícuota de su herencia (una millonésima de la misma, por ejemplo: cfr. artículo 4-1º de la LS). En supuestos como éstos, el legitimario preferente intencionalmente ignorado o preterido (formalmente no lo sería en el primero de los supuestos: art. 188-1º de la LS) podría en casos como “consorte” acceder a la plena propiedad de uno o varios bienes inmuebles muy valiosos y dejados expresamente por el disponente a otro descendiente, por la vía del acrecimiento del artículo 59-3º de la LS y concurrendo sus requisitos, y siempre que los consortes fueran sólo dos. De modo que, en casos como éstos, cabría que, expresamente excluido y todo, acaso el legitimario preferente a quien se quiso expulsar de la legítima llegara a hacerse finalmente con parte de la herencia del causante igual o superior al importe total de la legítima.

La falta de claridad de ideas del legislador aragonés de 1999 que acabo de explicar se percibe también nítidamente en el apartado VIII del Preámbulo de la LS. Por dos veces se afirma en el mismo que la preterición intencional y la exclusión expresa se han dejado con las mismas consecuencias, lo que ya se ha señalado que no es cierto (cfr. de nuevo art. 192 y 197-2º). Explica el Preámbulo que se ha entendido preferible reducir la preterición a la no intencional y que esas consecuencias son semejantes en la Compilación, pero no así los supuestos, añadiendo que, suprimida la relevancia de la preterición intencional, a la mención, para ser suficiente a efectos de evitar la preterición, le basta que esté en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura, aun sin disposición alguna o exclusión expresa. O sea, que parece sumarse a la errónea teoría crítica con la necesidad en la Compilación de la exigencia legal de una mención expresa y formal para excluir de la legítima al legitimario inmediato (vuelve a afirmar que esa teoría crítica de la que aquí defendemos era la interpretación preferible en el apartado X del Preámbulo), considerando que con cualquier mención bastaba para excluir tanto en la Compilación como bajo la LS, y por eso afirma, erróneamente, que las “consecuencias” siguen siendo semejantes a las de la Compilación, aunque no así los “supuestos”.

Pero sólo lo segundo es cierto y no lo primero. No parecen conscientes los autores del Preámbulo de que el artículo 189-1º y su noción relajadísima de “mención cualquiera” resulta ya inútil para la preterición intencional y que ese precepto sólo va a tener posibles efectos no buscados pero nocivos, aunque infrecuentes, para la preterición no intencional. Al menos no se explicita esta idea en el Preámbulo. Además, incluso si partimos de la teoría crítica con la regulación de la preterición en la Compilación (y con la Sentencia del TSJA de 30 de septiembre de 1993), no sería cierto que la regulación de la LS condujese a unas consecuencias similares a las de la Compilación, aparte de por la ya señalada sustancial inutilidad del artículo 189-1º, porque lo que la LS ha venido a hacer es suprimir como regla la relevancia de la preterición intencional, pero reintroducir a través del artículo 199, en forma indirecta y dogmáticamente problemática, algunas de las que serían consecuencias lógicas de la existencia de la preterición intencional. Y el Preámbulo no hace ninguna alusión al contenido de este precepto del artículo 199, crucial para recomponer de forma completa el oscuro e ilógico cuadro de la regulación de la preterición singular en la LS.

Y en fin, en relación a la preterición total, que también incluye el Preámbulo en la idea o afirmación general de que las “consecuencias”, aunque no los “supuestos”, han sido las mismas en la Compilación que en la LS, también olvidan sus autores que el artículo 193-2º de la LS modificó y mejoró un tanto, sin llegar tampoco a lograr una regulación convincente, como he adelantado y ampliaré posteriormente, la regulación del (erróneo) artículo 122-2º de la Compilación, con lo que la LS, en este caso de la preterición total, ha modificado a la vez los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas respecto de la regulación de la Compilación. Y la razonable solución del artículo 122-1º de la Compilación ya vimos que se puede recomponer bajo la LS tras un considerable esfuerzo interpretativo, dado el carácter vago y más bien desorientador de la mayor parte de los preceptos que fragmentaria o indirectamente pueden relacionarse con la cuestión a decidir.

*b) La restrictiva y problemática regulación de la preterición no intencional.*

**1) La presunción de intencionalidad de la preterición y otras cuestiones.**

Aparte de lo explicado, hay que referirse todavía a otras seis, tácitas o expresas, decisiones de nuestro legislador de 1999, todas cuando menos discutibles, que debilitan o

empequeñecen considerablemente el derecho reconocido en ciertos casos al legitimario preferente a la cuota del preterido no intencional o la posición jurídica general de éste. Se trata de la presunción de intencionalidad de la preterición (art. 190-2°); de que el artículo 193 no reconozca expresamente al preterido no intencional los derechos en la sucesión intestada residual; de la posibilidad admitida en el artículo 193-1° de que el disponente fije para esa preterición no intencional unas consecuencias diversas de las legalmente establecidas; de que la cuota que se atribuye al preterido no intencionalmente se concibe como una "*pars valoris*"; de que la cuota legal del preterido no intencional se calcule sobre el caudal relicto y no sobre el caudal computable de la legítima; y de la regla del artículo 188-2° que parece extender los efectos de la no "preterición" de un legitimario (preferente, parecería presuponer, aunque veremos que ello no es exacto) a negar todo derecho por preterición a los descendientes del mismo.

Comento en este mismo orden todas estas decisiones del legislador aragonés de 1999, empezando por el criterio digamos que reductor de la preterición no intencional de la presunción legal de que la preterición sea intencional (art. 190-2°). Esta presunción es de fundamento sumamente vidrioso y difícil de precisar, y fundamento que, en el ámbito del Código civil (art. 814), donde falta una clara presunción, es negado por doctrina muy autorizada. Piénsese, por ejemplo, en lo difícil que puede llegar a ser que alguien que ignorase la existencia de la legítima y que haya hecho testamento ológrafo, pueda probar que, por tanto, desconocía la condición de legitimarios de sus hijos, siendo que ese desconocimiento subjetivo de la existencia de la legítima es un hecho puramente subjetivo. Sería un caso claro de preterición no intencional pero de muy difícil prueba. Y ni siquiera para los testamentos notariales excluye del todo el artículo 191 que se pueda llegar a probar la existencia de una preterición no intencional, acaso también por desconocimiento mismo de la legítima, si por alguna razón o por cómo se planteó el concreto negocio sucesorio no se hizo preciso el correspondiente asesoramiento del notario.

Obsérvese, por otra parte, que los artículos 191 y 192 parecen referirse al conocimiento o no de la existencia y condición de los legitimarios, algo simplistamente, en su caso, respecto sólo uno cualquiera de los varios títulos de ordenación de la sucesión, y no al conjunto de ellos, títulos que pueden ser varios y compatibles (arts. 2-2° y 150-2°), y títulos sucesorios desde cuya valoración total y conjunta es desde la que podría parecer que habría que llegar a inferir, se considere ello relevante jurídicamente o no, si había existido o no una voluntad de exclusión del legitimario preferente en cuestión. Piénsese, en efecto, en un pacto sucesorio (cfr. art. 68-2°, por ejemplo) o testamento relativos a un importante empresa o finca agrícola en los que el disponente fuera riquísimo y dueño de otras muchas empresas y fincas, y tuviera varios hijos, si daba por supuesto al declarar su voluntad en ese negocio por causa de muerte, en el que transmitía la empresa o la finca a uno de sus hijos, que todavía quedaba la gran mayor parte de su sucesión por ordenar u organizar. La falta de mención de ningún tipo de sus otros hijos en ese primer pacto sucesorio o testamento sería absolutamente lógica y muy poco o nada expresiva de una voluntad de excluirles de su herencia y de su legítima.

Sin embargo, lo cierto es que la frase "*al ordenar la sucesión*" de los artículos 190 y 191 no se hace preciso en principio referirla a una interpretación conjunta y totalizante de todos los títulos sucesorios que eventualmente puedan existir, acumulados y compatibles, en una determinada sucesión, precisamente por la radical falta de eficacia de la preterición intencional (art. 192), que es la única para la que podría tener interés la cuestión de la existencia o no de una cierta voluntad tácita de exclusión de los legitimarios pre-

ferentes de la legítima (no para la genuina preterición no intencional del artículo 193), y además, por otra parte, para los casos asimilados en el artículo 199 a la preterición intencional, sí que es relevante la cuestión de las posibles voluntades tácitas, según quedó explicado, pero precisamente en supuestos en los que para nada interesa ya si haya o deje de haber “*mención*” en el título sucesorio del legitimario preferente considerado.

Razones todas que hacen desde luego muy problemática la posible vía interpretativa, dirigida a ampliar en lo posible el ámbito del artículo 193-1º, de referir la frase “*al ordenar la sucesión*” de los artículos 191 y 192, con apoyo en los vestigios residuales que el sistema legal ha dejado de la preterición intencional (artículo 199; art. 171-2º, inciso 2º; art. 189-1º; algunas afirmaciones del Preámbulo;...), al conjunto de los varios títulos sucesorios eventualmente existentes y compatibles, o al menos al título sucesorio en el que principal o sustancialmente se haya ordenado la sucesión del disponente, y de modo que se pudiera llegar a entender que no todas las “*menciones cualesquiera*” que puedan eventualmente existir, y casi siempre por hipótesis tratándose de preterición no intencional carentes de toda voluntad ni expresa ni tácita de excluir (menciones, aunque raras, arbitrarias en su eficacia legal, como se explicó), se pudieran considerar jurídicamente suficientes para excluir la cuota legal del preterido no intencional del artículo 193-1º. Interpretación dificultosa, ortopédica e incoherente dogmáticamente donde las haya, pero acaso no totalmente indefendible cuando precisamente enfrentamos un sistema legal defectuoso y caracterizado por la incoherencia y la oscuridad dogmáticas. En sistemas legales como éste es en los que las interpretaciones ortopédicas, retorcidas y tortuosas pueden finalmente servir para evitar injusticias concretas.

Se ha señalado en la doctrina<sup>262</sup> que el pacto sucesorio con institución de heredero universal otorgado antes del nacimiento o determinación de la filiación de un legitimario preferente impide beneficiar al legitimario sobrevenido si no es modificado el pacto, modificación a la que tendería a oponerse el instituido. Si éste no accediera a la modificación, sería difícil evitar la preterición porque al futuro causante sólo le cabría hacerle una donación, que podría no aceptar el descendiente, u otorgar el testamento a los solos efectos de mencionarle. Pero advierte el autor que nos propone el problema que sería dudosa la eficacia del testamento otorgado *ad hoc* ya que, según el artículo 189-1º de la LS, la mención que impide la preterición debe constar, precisamente, “*en el que ordena la sucesión*”.

Esta cuestión planteada, desde luego que bastante académica, no deja de presentar, en efecto, algún interés teórico. Por de pronto, el problema sólo se plantearía si no se hubiera querido evitar ya en el pacto sucesorio originario con una exclusión genérica de todos los legitimarios futuros, exclusión genérica de admisibilidad muy discutida como veremos posteriormente, pero que defienden algunos autores. De admitirse dicha exclusión colectiva hacia el futuro, o de admitirse para algunas situaciones, en esta concreta situación descrita parece que tendría especial coherencia con la declaración de alguien heredero universal en un pacto sucesorio. Obsérvese también que no sería raro que se rechazara la donación ofrecida por el instituyente si se trataba de una donación de valor claramente inferior a lo que esperaba obtener el legitimario sobrevenido a través de la acción de preterición no intencional. Aunque esto, a su vez, necesita la explicación de que, como veremos, la acción del artículo 193-1º de la LS parece limitada al “*caudal relicto*”, pero sabiendo que en el mismo se puede perfectamente incluir en su caso lo otorgado al instituido en un pacto sucesorio.

262 Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo, *La legítima*, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 584.

En fin, creo que la solución a la cuestión aparece bastante clara si se considera la compatibilidad de los modos de delación (art. 2-2º de la LS), que la sucesión voluntaria está sometida genéricamente al principio *standum est chartae* (art. 3 de la LS), y el amplísimo concepto de testamento de la LS (art. 90-2º, en particular). Desde esos argumentos, y aunque sea genéricamente cierto que un testamento no puede revocar o modificar un pacto sucesorio (arts. 85 y 117 de la LS), creo que no debe haber obstáculo para admitir el cuestionado testamento otorgado específicamente para mencionar a un legitimario sobrevenido, o a varios de ellos, y así evitar la preterición no intencional, testamento admisible que, por una parte, sería de “ordenación de la sucesión”, y por otra parte, sería un testamento más de confirmación del pacto sucesorio originario, que de revocación o modificación del mismo, lo que sirve para eludir el obstáculo que pudieran representar a la solución propuesta los artículos 85 y 117 de la LS. En cuanto a que dicho testamento otorgado *ad hoc* para sólo mencionar a algún legitimario sobrevenido y evitar la preterición no intencional sería también testamento para “ordenar la sucesión”, baste pensar que cuando el instituyente del pacto sucesorio originario hubiera tenido sólo dos hijos (el instituido en pacto heredero universal y el legitimario sobrevenido), el nacido o aparecido ulteriormente podría acceder en principio, a través del artículo 193-1º de la LS, nada menos que a la mitad del patrimonio de su padre, desvirtuando sustancialmente el sentido del originario pacto sucesorio a favor de su hermano. Luego evitar ese resultado, con un testamento dirigido específicamente a ello, evidentemente sería también “ordenar la sucesión” del disponente o instituyente.

Precisado y reconocido todo esto, debe advertirse que el concepto de preterición no intencional del artículo 191 de la LS es relativamente amplio, al incluir, por desconocimiento de la existencia suya como legitimario, al legitimario preferente vivo que se menciona como fallecido, que es un caso típico de declaración de voluntad viciada por error, junto a otros supuestos en los que la base de la preterición es más bien la incognoscibilidad de los legitimarios por el disponente. El artículo 191 propone con acierto supuestos concretos, pero sólo ejemplificativamente, y reúne, también con acierto, supuestos de desconocimiento o error con supuestos de incognoscibilidad de los legitimarios preferentes sobrevenidos por parte del disponente.

Si en los supuestos en los que existe un legitimario preferente vivo que ha sido mencionado como fallecido por el disponente, éste había dejado además a la estirpe de este legitimario parte de la herencia, puede que junto a la aplicabilidad de la acción del artículo 193-1º de la LS a favor del preterido no intencionalmente, haya que anular paralelamente por error la disposición negocial en la que se atribuía a su estirpe acaso la parte de la herencia que, de no haber existido el error, hubiera ido a parar directamente al legitimario preferente erróneamente creído muerto (arts. 101 y 109-2º de la LS).

Al igual que he defendido respecto del legitimario preferente preterido intencionalmente, y aunque por argumentos no del todo idénticos, creo que es injusto que el artículo 193 no reconozca para en su caso al preterido no intencional su cuota en la sucesión legal, que en cambio reconoce al excluido simple. Hay en ello también una paradoja o contradicción parecida a la señalada en relación con el preterido intencional, aunque pueda ahora quedar un tanto oculta por el hecho de que al preterido no intencional sí se le reconozca la cuota del legitimario menos favorecido por el disponente. No podría invocarse aquí, como cabe hacer respecto del preterido intencional, el aspecto de posible trato despectivo por el disponente al legitimario preferente preterido no intencionalmente, porque aquí se parte de que el disponente, al otorgar el título sucesorio, desconocía la existencia de aquél o su condición de legitimario. Pero sí vale el argumento de

que al preterido no intencional se le exige que no haya recibido atribución previa ni en vida ni en la sucesión legal (art. 188-1º), lo que no se exige al excluido por mención simple, que puede haber recibido esa atribución y conserva siempre su participación en la posible sucesión legal residual, a pesar de la existencia de una voluntad expresa de exclusión por parte del disponente.

Recuérdese también que bajo la Compilación de 1967, aunque por aplicación supletoria del Código civil, el preterido conservaba siempre razonablemente sus derechos en la sucesión intestada residual. Para mantener ese razonable efecto jurídico bajo la LS habría que razonar, entonces, paralelamente a como he propuesto hacerlo respecto del preterido intencional, desde la consideración de que el artículo 193, como el artículo 192, contempla sólo los derechos de los legitimarios sobre la legítima, y no el conjunto de sus posibles derechos sobre la sucesión. Y que, además, de no entenderlo así, sería injusto privar al preterido no intencional de sus posibles derechos en la sucesión intestada residual lo mismo que se hace con el indigno y el desheredado con causa legal (arts. 15-2º, 195, letra a, y 196-1º) o con el excluido absolutamente, quien además de tan expresa y rotunda exclusión por el disponente, es sustituido legalmente por su estirpe (art. 198-2º), lo que no ocurre al preterido no intencional.

## II) *Preterición no intencional y fórmulas de exclusión colectiva de legitimarios futuros.*

En cuanto a la posibilidad de que el disponente prevea unas consecuencias distintas de las legalmente previstas en el artículo 193-1º, sencillamente podría llegar a significar que este precepto, a diferencia del artículo 32, párrafos 2º y 3º, del Apéndice, y del artículo 123 de la Compilación, hubiera quedado destituido sustancialmente de toda imperatividad, característica normativa que impregna genéricamente toda la regulación de la legítima aragonesa (cfr. arts. 3 y 149-2º)<sup>263</sup>. La previsión distinta expresa del disponente podría entenderse que legitimaría ahora la posibilidad de excluir con fórmulas o referencias colectivas a todos los legitimarios desconocidos por el disponente o que pudieran sobrevenir al momento en el que se realiza el acto de disposición, y podría verse quizás como una prolongación o corolario de la amplísima libertad de desigualación y distribución de la legítima entre los legitimarios. Así parece entender esta previsión legal Rodríguez Boix<sup>264</sup>, autor partidario de la plena libertad de testar y crítico con la legítima, quien entiende ahora admisibles, reconociendo discutible el tema, las mencionadas fórmulas colectivas de exclusión.

Esta interpretación, que prácticamente vendría a socavar en gran medida el reconocimiento legal de la preterición no intencional, al menos para los testamentos notariales, en los que podrían incluso los notarios aconsejar a sus clientes y aportar las fórmulas de exclusión colectiva de legitimarios preferentes, y hasta podrían algunos llegar a poner de moda esas cláusulas, o intentarlo, seguramente gustará a los juristas partidarios de la supresión legislativa de la legítima. La previsión legal del artículo 193-1º, como la ya también criticada del artículo 180, párrafo 1º, parece inspirada en un liberalismo exacerbado y en una cierta sacralización de la libertad del propietario y de la propiedad priva-

<sup>263</sup> En el ámbito Código civil la mayoría de la doctrina parte de que las reglas sobre la preterición no intencional son desde luego imperativas, aunque DE LA CÁMARA ha sostenido que se consideren dispositivas. Cfr. la crítica a este autor, que coincide con la opinión muy mayoritaria, en MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *La preterición*, en el Libro Homenaje al profesor Díez Pícazo, Tomo 4º, 2003, pg. 5345.

<sup>264</sup> Cfr. su trabajo *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp. 22 a 25. En la misma línea argumenta y parece situarse LASIERRA GÓMEZ, Ignacio, en su trabajo *La legítima en el Derecho civil aragonés*, en los "Cuadernos LACRUZ BERDEJO", nº 1, 2004, epígrafe 6º.

da de rancio sabor decimonónico. Podría además invocarse en el mismo sentido, acaso, y así lo hace Rodríguez Boix, el artículo 155 de la LS, que traslada a nuestro Derecho el artículo 750 del Código civil, y que establece que se tendrá por no puesta toda disposición paccionada o testamentaria a favor de persona incierta, “*a menos que por algún evento pueda resultar cierta*”.

A los que nos gusta la función social y familiar que desempeña la legítima y nos parece ésta una institución inspirada en la justicia, en cambio, no nos puede gustar que el legislador aragonés haya dejado esta aparente puerta de escape al disponente para eludir las razonables consecuencias de la preterición no intencional, que deberíamos pensar que hubiera sido mejor que se regulase, como siempre se había hecho hasta ahora, por normas plenamente imperativas. Piénsese que los legitimarios posiblemente beneficiarios de la preterición pueden estar necesitadísimos de dinero, como si es un hijo desconocido por el disponente riquísimo que fue concebido en una relación fugaz con una mujer muy pobre o mujer que vino luego a peor fortuna; o pueden ser personas que estén aquejadas de una grave enfermedad; o que han caído en la drogadicción; o que hayan padecido un grave accidente que les haya dejado tetraplégicos; etc. Para legitimarios así, parece duro expulsarlos de la legítima en una mera exclusión colectiva y genérica hecha acaso varias décadas antes y por un disponente que simplemente hizo una afirmación muy tajante pero dirigida hacia el futuro y hacia lo desconocido. Hasta cabría presumir en algunos de estos casos que el disponente, de haber podido llegar a conocer la existencia de un legitimario así, nunca hubiera aceptado excluirlo del reparto de su herencia acaso muy cuantiosa. Y piénsese también que para la preterición no intencional no cabe con su fuerza habitual, en principio y por hipótesis, el argumento en contra de lo que aquí se razona, y argumento más propio de la preterición intencional, de que el disponente hubiera podido revocar y rectificar su testamento e incluir en el mismo al legitimario preterido, puesto que en los supuestos que consideramos puede seguir el disponente desconociendo su existencia o su condición de legitimario incluso hasta su muerte.

Pensemos en el siguiente ejemplo. Un señor riquísimo hace testamento ya viudo y sin intención de casarse de nuevo a favor de su único hijo, llamado Caín, al que nombra heredero de todo. Como le asesora un notario entusiasta del liberalismo conservador y de la más absoluta libertad de testar, pone una cláusula colectiva excluyendo a cualquier otro descendiente que pudiera llegar a tener en el futuro (hasta puede que la idea la proponga por propia iniciativa el disponente, si había tenido años atrás diversos amores extraconyugales de los que puede temer que aparezca algún día algún descendiente, o incluso si existe realmente un descendiente no reconocido, y sin haber determinado legalmente su filiación, cuya existencia él conozca ya en realidad al testar). Tiempo después el disponente se casa de nuevo y tiene un nuevo hijo al que pone de nombre Abel. Posteriormente el testador, de nuevo viudo, contrae una enfermedad degenerativa y mental y su hijo Caín lo incapacita judicialmente, se hace nombrar tutor, y lo interna en una clínica barata, dejándolo sólo con su enfermedad mental y sus padecimientos, y dedicándose a disfrutar de la fortuna de su padre que administra y que sabe que finalmente habrá irremisiblemente de heredar. Cuando Abel se hace mayor y conquista por su cuenta una modesta posición económica rescata a su padre de la clínica y le lleva a su casa junto a su mujer, le hace compañía y le cuida junto a su mujer afectuosamente durante muchísimos años hasta su muerte. El testador ni recuerda que hizo testamento ni está en condiciones de revocarlo. Puede que Abel ignore también la existencia de ese testamento. A la muerte del padre testador, la *voluntas legislatoris* del legislador aragonés



de 1999, al menos en el artículo 193-1º, parece haber sido la de que Abel no tuviera como cuota legal del preterido no intencional, o como cuota del menos favorecido por el testador del artículo 193-1º, el derecho a reclamar la cuarta parte de la fortuna de su padre. Aquí se defiende que sería más justo que sí pudiera reclamar Abel a su hermano Caín esa cuarta parte de la fortuna de su padre (Caín conservaría, con todo, los otros tres cuartos de herencia) y que resultara ilegal e ineficaz la fórmula de exclusión colectiva de todo futuro descendiente que había puesto en su momento el padre en el testamento a favor de Caín y antes de ser concebido y de nacer Abel.

Este ejemplo propuesto, desde luego muy académico y sesgado, como habrá notado el lector, nos sirve bien, me parece, para recordar que es una idea general de la doctrina del negocio jurídico, admitida en mayor o menor grado en todas partes, la de que resulta casi inevitable admitir por exigencias de justicia una reducción o modificación de la eficacia de los negocios jurídicos por ciertas modificaciones sobrevenidas de las circunstancias, y esto debe valer también para los testamentos y los negocios *"mortis causa"*. Y precisamente las reglas de la preterición han sido en el Código civil unas de las pocas, por no decir las únicas, que han proporcionado alguna base normativa, aunque algo rígida y peculiar, a dicha idea universal de justicia<sup>265</sup>.

Cabe deducir otro argumento en la misma línea argumental de los artículos 646, párrafo 2, y 644 del Código civil, relativos a la revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos cuando el donante era o se creía sin hijos en el momento de donar, regulación cuya aplicabilidad supletoria en Aragón no ha sido excluida por el artículo 193-2º de la LS, y regulación que, como ya se advirtió anteriormente, presenta un claro paralelismo o similitud con la regulación de la preterición no intencional, aunque esté circunscrita en su ámbito sólo a los donantes que eran o se creían sin hijos en el momento de donar. Si aceptáramos fórmulas colectivas de exclusión de los legitimarios preferentes con eficacia impeditiva de la preterición no intencional, esa solución tendría que valer también cuando el disponente fuera o se creyera sin hijos en el momento de otorgar el título sucesorio, con lo que se produciría una estridente contradicción valorativa en el conjunto del Derecho aplicable en Aragón, porque en la acción de los artículos 646 y 644 del Código civil, de naturaleza, cuando se ejercita por los hijos y descendientes tras el fallecimiento del donante, un tanto similar a la legítima, parece claro, dado su carácter de acción irrenunciable (art. 646, párrafo 2º), que presenta naturaleza imperativa para el disponente y sus descendientes, de modo que respecto de la misma no cabría pensar en absoluto que una declaración expresa del donante que fuera o se creyera sin hijos, pudiera excluir, ni con exclusiones colectivas ni aun con exclusiones individuales, los efectos normales y un tanto parecidos a los de la preterición no intencional, de la mencionada acción revocatoria de ese tipo de donaciones. Luego el que el legislador aragonés de 1999 no se decidiera a excluir la aplicabilidad de los artículos 646 y 644 del Código civil, impidiendo la señalada estridente contradicción valorativa, se convierte en argumento concreto a favor de la prevalencia del artículo 189-3º,

<sup>265</sup> Por ello no considero una norma afortunada la de la Ley 269 del Fuero Nuevo navarro, según la cual *"la institución en la legítima foral podrá hacerse para todos los legitimarios en forma colectiva"*, precepto que parece claramente admitir la posibilidad de evitar la futura preterición mediante fórmulas de institución de la legítima foral a favor del conjunto de los legitimarios colectivamente mencionados y así también excluidos de la herencia. El precepto no debería considerarse en el futuro digno de ser imitado por el legislador aragonés, aparte de por las posibles injusticias que podrá producir por las razones que explico en el texto, porque el sistema "legitimario" navarro es anómalo, careciendo de legítima material y produciendo la preterición, no los débiles efectos que le otorga el artículo 193-1º de la LS aragonesa, sino, conforme al criterio romano tradicional, la nulidad de la institución de heredero (Ley 271).

inciso primero, de la LS respecto de lo que parece afirmar la frase segunda del artículo 193-1º de la LS.

Todas estas razones, permiten defender, en mi opinión, bajo la nueva LS, que las fórmulas de exclusión colectiva pueden entenderse todavía prohibidas por el artículo 189-3º, inciso primero, que afortunadamente conservó la razonable norma del artículo 120-2º de la Compilación con ese significado preciso, y norma ésta del art.189-3º, inciso primero, que puede defenderse que sea norma imperativa y preferente frente a la norma que permite al disponente en el artículo 193-1º prever las consecuencias de la preterición no intencional<sup>266</sup>. Habría que advertir, en esta dirección interpretativa propuesta, de que el artículo 189-3º, inciso primero, de modo inmediato pretende aclarar que las fórmulas colectivas no pueden excluir la preterición no intencional, y ello porque considera injusto el resultado de que dichas fórmulas colectivas pudieran privar al legitimario sobrevenido de su parte de legítima, y de ese modo describiría los requisitos legales del supuesto de hecho de la preterición no intencional, mientras que el artículo 193-1º conviene entender que es el que regularía de modo más inmediato sólo las consecuencias o efectos en todo caso de preterición no intencional pero sólo cuando ésta jurídicamente exista y reúna los requisitos legalmente exigidos, y entre ellos el del artículo 189-3º.

De modo que es hoy requisito de la preterición no intencional que el legitimario preferente no haya recibido ni atribución ni haya sido mencionado con una cualquiera mención, pero mención cualquiera que sea necesariamente individualizada respecto de él. Es mejor proceder a esta interpretación que tiende a integrar como partes de una misma norma jurídica compleja a los artículos 189-3º y 193-1º, que no intentar razonar como si fueran normas distintas e independientes de las que la primera sería norma más especial que la segunda, y excluyente de ésta en ese concepto, aunque con este razonamiento desembocáramos también en el mismo resultado de la preferencia del artículo 189-3º sobre el artículo 193-1º respecto de la solución del problema que consideramos. Podría razonarse también, complementariamente, que el artículo 189-3º de la LS sería norma más especial también que el artículo 155 de la LS. Y ello además de que resulta bastante dudoso que el artículo 155 de la LS pueda aplicarse en nuestro problema, puesto que su letra salva la validez de disposiciones testamentarias o paccionadas que, aunque inicialmente inciertas en su destinatario, puedan llegar a hacerse ciertas en ese sentido por algún posible evento, pero se refiere también la mencionada letra a disposiciones “*en favor*” de esa persona incierta, y aquí es claro que estamos considerando disposiciones en contra de personas inciertas, lo que es bastante diferente.

En el Código civil la cuestión se plantea de forma bastante diferente y se ha discutido sobre diversas fórmulas testamentarias que aspiran sólo a que el testador limite los derechos de legitimarios futuros e inciertos a su legítima estricta<sup>267</sup>. Aunque dictada para el Derecho catalán, es muy citada, y se considera su doctrina aplicable en el ámbito del Código civil, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1966 que estimó que hay preterición si al testar “*no aparece una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada que notoriamente muestre que el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración*”. Esta Sentencia, que desde el principio fue muy conocida y discutida, pudo

<sup>266</sup> Aunque sin plantearse claramente la cuestión ni las posibles relaciones entre el artículo 189-3º y el art. 193-1º de la LS, SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo, parece dar por directamente aplicable a la cuestión el primero de los mencionados artículos. Cfr. *La legítima*, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 584.

<sup>267</sup> Véanse las fórmulas que recoge de la práctica notarial y sugiere utilizar VALLET de GOYTISOLO, Juan, en su comentario al artículo 814 del Código civil en el *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, Tomo 1º, 1993, pg. 2016.

inspirar la redacción del artículo 120 de la Compilación de Aragón de 1967, que luego ha pasado al artículo 189-3°. De modo que, sin entrar en su acierto mayor o menor sobre el Derecho general español, la Sentencia puede convertirse en un argumento a favor de la tesis que aquí se está defendiendo, en la medida en que parece fue un antecedente inspirador de la solución que pasó a ser la legal en el Derecho aragonés en 1967 y que la LS de 1999 ha mantenido expresamente.

Obsérvese además que el artículo 189-3°, inciso 1°, hace un poco como puente entre la preterición intencional y la no intencional. Es intencional desde el punto de vista de la voluntad del disponente que contempla, voluntad que se querría por su autor o declarante con una eficacia intensísima y exorbitante. Pero es no intencional por la preterición a la que se refiere realmente (art. 191) y cuya eficacia jurídica pretende excluir. Y téngase en cuenta que tanto el artículo 190 como el artículo 191 definen las dos clases de preterición que reconocen como conciencia por el disponente de la existencia “del” legitimario o de “su” condición de tal, con clarísima alusión implícita, en un muy significativo singular, a un solo colegitimario individual (siendo legitimario único es irrelevante que se le haya mencionado o no), lo que también considero argumento de peso para seguir entendiendo prohibidas las fórmulas de exclusión colectiva como parece lo estaban bajo la Compilación de 1967<sup>268</sup>. Y no sería argumento en contra de esta interpretación el que en el artículo 198-3° se aluda a una exclusión absoluta que podría afectar a todos los legitimarios, porque, aparte de que podrían haber sido excluidos todos ellos pero con mención individual de cada uno, precisamente ese mismo precepto establece la ineficacia de dicha declaración de voluntad de exclusión de todos los legitimarios colectiva o no.

De modo que, en definitiva, lo que conforme al artículo 193-1° podría prever el disponente serían otras consecuencias diversas de las genéricamente previstas de la preterición no intencional, como la de que el así preterido tuviera acción de la legítima como *pars bonorum*, por ejemplo, o la de que tuviera una cuota legal igual a la del legitimario favorecido con una cuantía intermedia entre la del más favorecido y la del menos favorecido, etc. Pero no podría excluir en su testamento, mediante fórmulas colectivas de exclusión, la relevancia misma esencial de la preterición no intencional. La letra del artículo 193-1°, al parecer permitir al disponente privar en el título sucesorio de su derecho al legitimario preferente preterido no intencionalmente va demasiado lejos, al establecer en cierto modo, más que una modalidad específica de distribución de la legítima que pueda parecer lícita, como una especie de “renuncia” o supresión por el disponente de una posición jurídica o de un derecho que no es suyo, sino del legitimario preferente. No es razonable aceptar, por los argumentos aducidos, pese a la letra un tanto excesiva del artículo 193-1°, que la norma que establece la preterición no intencional, vaya a quedar totalmente desprovista de imperatividad (arts. 3 y 149). Y que el artículo 193-1° de la LS

<sup>268</sup> La explicación sobre esto del profesor LACRUZ, hay que reconocer que es un tanto ambigua, puesto que sin dar en esta ocasión ejemplos orientativos, afirmaba que valen en principio las expresiones genéricas, es decir, que designan a las personas en grupo y por ciertos caracteres comunes, si bien no creía que fueran suficientes expresiones muy generales o cláusulas de estilo. Explicación que daba el maestro mezclando un tanto su comentario del apartado 1° y del apartado 2° del artículo 120 de la Compilación, y que me resulta un tanto oscura o insuficiente para la complejidad e importancia del problema. Cfr. *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pp. 523-524. En otra ocasión discurrió con algo más de precisión sobre las desheredaciones que incluyesen a personas futuras, que consideraba desde luego forzosamente injustas, y concluía que un testamento desheredatorio, aun injusto, podía valer y ser eficaz pero sólo en cuanto al tercio libre. Y relacionaba aquí el artículo 120-2° de la Compilación con esa posibilidad de excluir anticipadamente a cualquier prole esperada, pero sólo respecto del tercio de libre disposición. No, por tanto, respecto de sus futuras legítimas. Cfr. *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en ADC, 1968, pp. 513 y ss.; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2°, 1992, pg. 468.

mantiene un cierto grado de imperatividad residual es seguro porque en la imperatividad de las normas hay grados y porque el contenido esencial de la norma es el de ordenar, frente a la voluntad explicitada del disponente, una diversa reordenación de las cuotas de distribución de la legítima, reordenación diversa e impuesta a la voluntad contraria del disponente que sólo una norma legitimaria e imperativa podría hacer e imponer, y nunca una norma meramente reguladora de la sucesión legal o intestada, normas que son por esencia dispositivas y subsidiarias de la voluntad del disponente. De modo que es prudente y razonable poner unos límites a la eficacia de la salvedad de voluntad contraria del disponente que hace el artículo 193-1º en su parte inicial, y mucho más existiendo una norma como el artículo 189-3º de la LS.

En particular, creo que no sería aceptable tampoco con base en el artículo 193-1º que el disponente previera eficazmente para el preterido no intencional una cuota de legítima inferior a la cuota del legitimario menos favorecido por el disponente. Y si se introdujera en un pacto sucesorio o testamento una cláusula que se limitase a excluir directamente la preterición no intencional o las consecuencias del artículo 193-1º, creo que su efecto debería entenderse que fuera meramente el de excluir el aspecto de reclamación como mera "*pars valoris*" de la cuota legal del preterido no intencional, aspecto del precepto que no hay razones suficientes para considerar imperativo e insuprimible. En fin, si se pusieran en un pacto sucesorio o testamento cláusulas colectivas de exclusión de legitimarios preferentes tendentes a evitar una futura preterición no intencional, creo que habría que considerarlas inválidas y tenerlas por no puestas por aplicación, fundamentalmente, del artículo 189-3º, en relación con el artículo 109-1º y 3º de la LS. Acaso podría admitirse una excepción a esta interpretación, con todo, en los casos, casi sólo teóricos, en los que una fórmula de exclusión colectiva de todos los restantes colegitimarios se hubiera puesto al servicio de la unidad de la sucesión en una típica casa aragonesa para asegurar desde el principio que iba a haber un solo heredero de la misma (arg. art. 146 de la LS).

Por otra parte, lo que sí que parece claro, a la vista de la propia letra del artículo 193-1º de la LS, y de los argumentos aquí aducidos, es que en los supuestos en los que se hayan dado motivos expresados o causas de desheredación afectados por error determinante (art. 199) el disponente ni habrá previsto normalmente consecuencias específicas diversas de las legales sobre la preterición no intencional, ni parece que hubiera podido hacerlo, siendo genéricamente imperativas las normas sobre la legítima aragonesa (arts. 3 y 149-2º). Ya se ha explicado también que, pese al contenido del artículo 199, las personas mencionadas en este precepto no son ni remotamente preteridos no intencionalmente, que son aquéllos respecto de los cuales el artículo 193-1º parece querer permitir escapar al disponente de las consecuencias normales de la preterición no intencional.

### III) Limitación al "*caudal relicto*" de la acción del artículo 193-1º.

Otro golpe duro a la preterición no intencional lo ha propinado el legislador al referir la cuota legal de legítima no al caudal base de la legítima, sino al caudal relicto. En el Apéndice de 1925 se relacionó acertadamente la preterición con la legítima y la reclamación del preterido o del injustamente desheredado iba referida correctamente al caudal base de la legítima o caudal computable (art. 32, párrafos 4º y 5º). En el artículo 123 de la Compilación el precepto aludía al "*caudal*", sin adjetivar, y era discutido si se debía entender ese término referido al caudal computable y base de la legítima o si referido al caudal relicto. El profesor Lacruz defendió que el artículo 123 de la Compilación se refería al caudal relicto, pero reconocía también las posibles injusticias de esa solución y pro-

ponía algunas interpretaciones forzadas para atenuar esas consecuencias injustas<sup>269</sup>. Personalmente en mi trabajo de 1997, invocando la noción misma de legítima y consideraciones sistemáticas, propuse referir la expresión “caudal” del artículo 123 al caudal base de la legítima o caudal computable<sup>270</sup>. La misma interpretación, aunque sin detenerse en argumentarla, habían sostenido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993 y de 11 de noviembre de 1998. Es una pena que el legislador de 1999 se apartara en esto también del certero criterio de la jurisprudencia.

He presentado en la introducción histórica de este trabajo como una gran logro del legislador, tanto de 1925 como de 1967, el haber ideado una fórmula legal como la del artículo 123 de la Compilación, que, aparte de ofrecer seguridad jurídica y una ingeniosa fórmula sintética de la tradición aragonesa y de la noción de preterición, noción creo que de ineludible introducción al transitar el histórico sistema legitimario a un sistema codificado y de mayor nivel técnico que el de los Fueros y Observancias del Antiguo Régimen, conseguía además desplazar la noción de preterición del ámbito de la sucesión intestada, ámbito en el que se había originado históricamente y en el que la mantuvo el antiguo artículo 814 del Código civil hasta el año 1981, al diverso ámbito de la regulación de la legítima. En Aragón, desde 1925, preterir a algún legitimario inmediato no era ya dejarlo fuera de la sucesión intestada, como era entonces todavía en el artículo 814 del Código civil y no se sabe muy bien si también en el tosco y oscuro régimen legal de los Fueros y Observancias, sino dejarlo fuera de la legítima. La legítima simbólica que había acuñado la inteligente práctica de los notarios aragoneses desde hacía siglos, para proteger los negocios dispositivos por causa de muerte de impugnaciones basadas en la laberíntica regulación aragonesa tradicional, adquiriría un significado perfectamente preciso y unos efectos jurídicos también perfectamente precisos y razonables. A quien se le negara la legítima simbólica se le excluía de la legítima global (no sólo ya de la sucesión intestada) y ello, en tanto que acto ilícito del disponente, acarrea el derecho del preterido a recibir una cuota de legítima igual a la del legitimario menos favorecido por el testador. Esto no era ni un “derecho formal”, como se ha escrito, ni principalmente un “derecho honorífico”. Sólo falló un detalle en el artículo 123 de la Compilación para culminar esta admirable evolución. Faltó aludir en dicho precepto al caudal computable para la legítima o al caudal base de la legítima. El precepto aludió sólo a “caudal”, a secas, y por el peso de las inercias de los viejos conceptos, resurgió la duda (en el artículo 32, párrafos 4º y 5º, del Apéndice la cuestión era clara en el sentido de referirse al caudal base de la legítima) sobre el alcance del término a la que ya he aludido y duda, por lo demás, que ya había sido zanjada por la jurisprudencia en el sentido, en mi opinión, más acertado y coherente con la evolución histórica y con la clara naturaleza legitimaria que había alcanzado la preterición en el Derecho aragonés codificado.

Los autores de la Ley de 1999 o no conocieron o no fueron conscientes de esta evolución histórica del Derecho aragonés, o fueron conscientes de la misma, pero considerando que la tradicional legítima simbólica era un rito sin contenido u opresiva para la libertad del disponente, y les pareció mucho más importante y conveniente imitar al Código civil en su distinción, hoy ya bastante desacreditada entre los civilistas español-

269 Cfr. del maestro *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en ADC de 1968, pp. 513 y ss.; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp 477 y ss; y 482-483. Otros autores siguieron a LACRUZ. Por ejemplo, MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, en su comentario a los artículos 122 y 123 de la Compilación en los *Comentarios...* de EDERSA, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo 34, Volumen 2º, 1988, pp. 48 y 42, ésta última respecto de la expresión “caudal” del artículo 122 de la Compilación.

270 Cfr. mi trabajo de 1997, en el comentario del artículo 123 de la Compilación, pg. 32.

les, entre preterición intencional y no intencional. Por estas razones, hay que suponer, decidieron resolver la duda doctrinal existente sobre el artículo 123 en el sentido de aludir expresamente a “*caudal relicto*”, que es expresión jurídica de significado muy preciso y hace ya indefendible, en mi opinión, pese a los argumentos que muestran todavía hoy residuos importantes de la concepción de la preterición como técnica esencialmente legitimaria, defender ya que la cuota legal del preterido no intencional pueda ser, como probablemente era bajo el artículo 123 de la Compilación (y seguro en el artículo 32 del Apéndice), una cuota legal relativa al conjunto del caudal base de la legítima, incluido, en su caso, el *donatum* atribuido a legitimarios<sup>271</sup>. El legislador de 1999 parece que ha querido volver a relacionar la preterición más bien con la sucesión legal o intestada y con un problema de defectos en la formación de la voluntad del disponente (testador) y, en términos históricos, podría decirse que ha querido retroceder a la situación anterior a 1925 al prescindir de la ingeniosa regulación aragonesa de la preterición digamos que intencional y legitimaria y al esforzarse en construir una preterición sólo no intencional y tendencialmente no legitimaria o limitada a regular sólo la distribución entre legitimarios del *relictum*.

Naturalmente, el legislador es soberano y puede elegir las opciones de política legislativa que prefiera y en eso consiste, fundamentalmente, legislar. Ahora bien, si antes he reconocido que la evolución histórico dogmática de la legítima aragonesa en 1925 a 1967 no culminó por muy poco en una fórmula perfecta de las ideas en las que había sustancialmente desembocado (la mencionada omisión en el artículo 123 de la Compilación de a qué “*caudal*” se refería exactamente), lo mismo, y en mucho mayor medida, vuelve a sucederle al legislador aragonés de 1999, que aunque tiende a una regulación inspirada esencialmente por las ideas de posibles defectos en la formación de la voluntad del disponente en negocios jurídicos por causa de muerte y con incidencia sólo en el *relictum* y pretendiendo desentenderse por completo del *donatum*, y contemplando al parecer como telón de fondo más la sucesión legal que la legítima, en realidad, ha producido un extraño híbrido entre las dos concepciones o técnicas jurídicas aquí contrapuestas, al arrastrar consigo el artículo 193-1º de la LS, y sus relaciones con otros preceptos y su misma ubicación, un conjunto de connotaciones legitimarias, que, como afirmaba, da un extraño carácter híbrido al precepto legal y le permite amparar soluciones que son, al menos desde el punto de vista de la protección de la legítima, bastante discutibles, si no francamente arbitrarias.

En efecto, obsérvese que el precepto no se dirige desde luego a un nuevo reparto de toda la herencia o de todo el *relictum*, como debería ocurrir si estuviéramos ante supuestos típicos de vicios de la voluntad del testador o disponente, sino sólo a la parte de *relictum* que sea legítima, parte que puede ser muy pequeña o inexistente, siempre que por vía de *donatum* se haya atribuido a otros legitimarios la mayor parte o, respectivamente, toda la legítima<sup>272</sup>. El antes señalado carácter híbrido de la solución legal proviene de que hay una síntesis entre la idea de hacer relevante un defecto de la voluntad del disponente y la idea, heredada del artículo 123 de la Compilación, de forzar con una norma

271 No me convence, por tanto, por mucho que el resultado al que conduce me guste, como explico en el texto, la opinión contraria de SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, quien señala con buena intuición lo desafortunado de la referencia legal al “caudal relicto” en el artículo 193-1º de la LS, pero realiza una interpretación prácticamente correctora de la norma, al entender que el preterido no intencional podría ejercer también su acción contra los legitimarios donatarios. Cfr. *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 585.

272 Esto lo ha visto bien BELLOD FERNÁNDEZ de PALENCIA, Elena, quien observa que atribuyendo toda la legítima global con donaciones, instituyendo heredero a un extraño y preteriendo no intencionalmente (o intencionalmente, podríamos añadir) al único restante legitimario preferente quedaría excluida la cuota legal del artículo 193-1º de la

que mantiene un carácter imperativo residual un reajuste de la distribución de una posible parte de la legítima global. La “porción” o “parte” que el precepto atribuye al preterido no intencionalmente ni es sólo una parte del caudal relicto ni es sólo una parte de la legítima global, sino que puede ser una mezcla de ambas. Puede tratarse de círculos secantes o también de círculos que no se tocan entre sí. Y que el artículo 193-1º mantiene un carácter imperativo residual se ve en que mantiene la fuerza, como el antiguo artículo 123 de la Compilación, frente a la voluntad del disponente, de forzar un reajuste de cuotas distintas de las ordenadas por él, lo que nunca sería posible con meras normas de la sucesión intestada, por definición dispositivas y subsidiarias. Este precepto híbrido probablemente no satisfaría todavía al profesor Miquel González, que ha escrito en la última década unos cuantos jugosos artículos sosteniendo, entre otras cosas, que la preterición no intencional responde a una lógica distinta de la de la legítima y que la ley debería separar los más posible la regulación de ambas.

Todo lo explicado significa que a estos legitimarios de grado preferente olvidados por el disponente o sobrevenidos se les trata como legitimarios por la ley sólo si a la apertura de la sucesión queda todavía algo de la legítima por atribuir. Incluso a ellos, que acaso *a priori* podría pensarse que merecen una protección más fuerte que otros legitimarios al no ser conocida por el disponente ni su existencia ni su condición de legitimarios (art. 191), se les puede dejar fuera de la legítima, no aquí por mero silencio o “ninguneo”, sino simplemente haciendo donaciones a otros legitimarios por el total de la legítima. Lo que, ciertamente, puede verse como un propósito buscado por este legislador entusiasta de la facultad libérrima de desigualar del disponente y, en general, de un liberalismo exacerbado. Obsérvese incluso que lo que, con cierto esfuerzo interpretativo, hemos llegado a defender que impide el artículo 189-3º de la LS, o sea, sacar de la legítima con muchos años acaso de antelación a futuros legitimarios sobrevenidos pero todavía por hoy (entiéndase por la fecha del otorgamiento del negocio dispositivo por causa de muerte) inexistentes, puede hacerse por esta nueva vía de las donaciones a legitimarios que agoten ya al otorgarse el conjunto de la legítima global. Y desde luego que este precepto del artículo 193-1º se podrá usar conscientemente por el disponente para dejar fuera de la legítima global a eventuales legitimarios futuros, aunque ciertamente sólo al alto precio de tener que transmitir en vida el disponente una parte sustancial de su patrimonio (la mitad del que haya de ser su patrimonio definitivo).

Pero es que, además, si bien se mira, en la discutible solución legal del artículo 193-1º tampoco puede verse rigurosamente, como se ha indicado, una manifestación del principio tradicional aragonés de la desigualación por el disponente entre los legitimarios y sobre la legítima, porque cuando el *donatum* atribuido a legitimarios sea muy superior a la legítima por haber o resultar al final un *relictum* muy pequeño o insignificante, resultará que parte de lo atribuido por el disponente a título de donación serán atribuciones en la mitad de libre disposición y sin embargo, también ésas las dejará el legislador fuera del alcance de la acción del preterido no intencional, quien se quedaría además necesariamente sin cuota legal alguna de legítima en dicho supuesto. En un supuesto así el legitimario preferente preterido no intencional no sólo quedaría exclui-

LS. Cfr. *Significado jurídico de la preterición desde la perspectiva del Derecho tradicional histórico y contemporáneo aragonés. La preterición y la institución recíproca de herederos*, en las *Actas de los Décimo Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000*, 2001, pp. 49-50. La autora afirma que no sería aplicable a semejante caso el artículo 193-1º, lo que es cierto en el sentido de que hay que concluir que no se produciría su consecuencia jurídica más característica. Podría afirmarse también, no obstante, con un concepto no tan restringido de “aplicación” de la norma, que por aplicación del mencionado precepto el preterido no intencional quedaría sin cuota legal de legítima. Al fin y al cabo, es éste el precepto que pone los requisitos del supuesto de hecho de la norma.

do o expulsado de la legítima, sino que la solución legal del artículo 193-1º rebasa el estricto alcance de la libertad de desigualar del disponente a la hora de distribuir su legítima (artículo 171-2º de la LS). Sería más fuerte la irreversibilidad o inatacabilidad de las donaciones hechas por el disponente a legitimarios, que no parece estar requerida por norma imperativa alguna, que la necesidad jurídica de cumplir la legítima del legitimario preterido, que sí está amparada por una norma imperativa. Otro punto de la regulación legal de la legítima, con cierta incoherencia dogmática, y en el que se percibe un cierto desafecto por el instituto.

La solución adoptada por la LS se entiende en su sentido general, con las dudas interpretativas que comento a continuación, pero me parece discutible. Limitar la referencia legal al caudal relicto puede tener la supuesta ventaja de que se hacen inaccesibles a la reclamación del preterido no intencional las donaciones del causante a los otros legitimarios, hechas acaso muchos años antes de la delación de la sucesión del disponente, pero tiene el inconveniente, como he explicado, de que hace depender, acaso injustamente, la cuantía, o hasta la existencia misma de la cuota legal del legitimario preferente preterido no intencionalmente, del dato más bien aleatorio o arbitrario de que la legítima se haya distribuido por vía de *donatum* o que se haya distribuido por vía de *relictum*. Y también se hace depender de dicho aleatorio dato sobre qué concretos legitimarios recae la carga de rellenar la cuota o porción del preterido no intencionalmente. Cuando todos los legitimarios menos uno hayan sido donatarios y uno solo heredero o legatario, sobre éste íntegramente recaerá la carga de proveer a llenar la cuota del preterido no intencional, teniendo en principio que entregarle, además, la mitad de lo que él había recibido del disponente. Si es heredero este único legitimario partícipe del *relictum* habrá tenido que soportar, además, las deudas de la herencia.

Si no injusto, al menos parece poco coherente con la lógica profunda de la legítima, despojar de su cuota de legítima al preterido no intencional por el simple hecho de que el disponente haya preferido hacer donaciones mejor que no atribuciones *mortis causa*. Incluso podría añadirse, en la misma línea, que el "*caudal relicto*", que sí es accesible a la acción del preterido no intencional en los pactos sucesorios con institución de presente, hay que considerar que es, según quedó explicado en el epígrafe tercero de este trabajo, el conjunto de bienes adquiridos inicialmente por el instituido en ejecución del pacto sucesorio y, por tanto, al igual que las donaciones a legitimarios del "*donatum*", bienes transmitidos válidamente con posible anterioridad de muchos años a la delación de la sucesión del instituyente. Lo que mostraría que la solución adoptada por el legislador aragonés de 1999 de limitar el efecto de la preterición no intencional al "*caudal relicto*" es todavía más incoherente con un sistema sucesorio de testamentos y pactos sucesorios que con un sistema, como el del Código civil, en el que sólo existen testamentos.

Por lo demás, recuérdese de nuevo que por efecto de los artículos 646, párrafo 2º, y 644 del Código civil, que presentan considerable paralelismo con la regulación de la preterición no intencional y cuya aplicabilidad supletoria en Aragón no ha sido impedida por el artículo 193 de la LS, resulta que cabe que legitimarios preferentes sobrevenidos y definitivos del donante fallecido reclamen la revocación y restitución plena de una donación incluso más allá de los límites cuantitativos de la legítima colectiva y aunque la misma no sea inoficiosa, y sin tener que respetar el orden de prelación de liberalidades establecido en el artículo 180 de la LS, y en cambio, en un caso que podría ser similar, literalmente, no podrían dichos legitimarios preferentes preteridos no intencionalmente dirigirse para llenar su cuota legal de legítima como preteridos no intencionales (art. 193-1º) contra donaciones de su causante a otros legitimarios. Parece que puede



verse en ello una cierta falta de lógica y de coherencia del total sistema legal de legítima aplicable en Aragón.

La solución del artículo 193-1º de la LS, al diferenciar radicalmente legitimarios con atribución por vía de liberalidad entre vivos y legitimarios con liberalidad por causa de muerte, es un tanto incoherente con la razonable idea de la LS de tratar tendencialmente por igual a todos los legitimarios de grado preferente (art. 171-2º, inciso 2º) y, sobre todo con las varias y decisivas normas que tienden a agrupar esencialmente en el régimen de la legítima el *donatum* y el *relictum* (arts. 171-1º; 174; 179-1º y 2º; 188-1º...). No acabo de ver razonable que el legitimario preterido no intencionalmente pueda atacar las donaciones inoficiosas de extraños porque no ha recibido nada como legítima (art. 193-3º) y que no pueda impugnar, en cambio, las donaciones hechas a sus hermanos que igualmente le terminan dejando sin percibir nada de la legítima. Esto es llevar la libertad del disponente de desigualar entre sus legitimarios de grado preferente hasta un extremo excesivo que supone, además de dar discutible relevancia a una voluntad proyectada sobre un futuro acaso excesivamente lejano o desconocido forzando la propia doctrina del negocio jurídico que admite la modificación de su eficacia por modificación sobrevenida de las circunstancias originarias, tratar a uno de los hijos o de los legitimarios de grado preferente del disponente como si fuera un extraño a la familia.

En la solución legal del artículo 193-1º de la LS asoma una vez más la malquerencia encubierta contra la legítima. El legislador de 1999 no sólo ha introducido en el Derecho aragonés, forzadamente y con escaso sentido histórico, la distinción entre preterición intencional y no intencional, y ha suprimido innecesariamente la primera, la más característica y tradicional de nuestro sistema histórico, sino que realiza una regulación cícatera de la preterición no intencional, la única que reconoce, y a la que da una conformación híbrida y retorcida para hacer lo más difícil posible su operatividad en la práctica. Hubiera podido introducirse la distinción entre clases de preterición, e incluso suprimirse la intencional (lo que ya hemos visto, por lo demás, que no era tan fácil como al legislador de 1999 le pareció), pero podía haberse dejado al menos una regulación de la preterición no intencional como la de los artículos 32 del Apéndice ó 123 de la Compilación (según lo había entendido acertadamente el TSJA), que eran mucho más coherentes con la naturaleza y estructura de la legítima y planteaban, por ello, menos problemas interpretativos. Veamos a continuación algunos de estos problemas interpretativos.

Entre las "*participaciones de los restantes legitimarios*" que hay que reducir según el artículo 193-1º, ya se ha indicado que hay que entender que se incluirán las participaciones no de todos los legitimarios, sino sólo de los partícipes o incluidos en el caudal relicto y en la parte del caudal relicto que sea también legítima global. Entrarán allí las atribuciones hechas a legitimarios a título de heredero voluntario o a título de heredero legal o a título de legado. Cuando la sucesión sea mixta y si la legítima se satisfizo ya casi toda mediante donaciones a legitimarios, no hay que descartar que, cuando la institución de heredero no cubra todo el caudal relicto (por ejemplo, institución de heredero en cosa cierta de no excesivo valor a un legitimario) pueda haber una parte del caudal relicto que se defiera acaso a varios hijos por vía de sucesión legal ordinaria y no a título legitimario, mera sucesión legal ordinaria que, dado el carácter dispositivo y subsidiario de las normas de la sucesión legal, parece que, como ha explicado para supuestos un tanto parecidos en el Código civil el profesor Espejo Lerdo de Tejada, debería pensarse acaso que, en buena teoría, debiera ser atacada preferentemente por el preterido no intencionalmente (artículo 193-1º), antes que no la pequeña parte de institución de heredero o el pequeño legado hechos a legitimarios.

Sin embargo, la cuestión resulta compleja porque, al no establecer la ley esta posible prelación o jerarquización, que hubiera sido completamente razonable, la solución sugerida me parece sumamente dudosa y más bien tiendo a pensar que, conforme a la letra de la ley, debería hacerse en esos posibles casos de sucesión mixta con mera sucesión legal que no cubriera totalmente la legítima, y por poco razonable que sea y poco respetuoso de la voluntad del testador, una rigurosa distribución de la reducción proporcional necesaria entre las atribuciones *mortis causa* a legitimarios tales como la institución de heredero parcial o el legado de modesto valor y, sólo en su caso, y si parte de la institución de heredero por sucesión legal se superponía todavía a la legítima global, habría que incluir también esa parte de sucesión legal atribuida en concepto de legítima en los cálculos de la reducción proporcional de las “participaciones de los restantes legitimarios” que impone el artículo 193-1º de la LS. O sea, por poco razonable que sea, equiparación a efectos de la reducción proporcional necesaria de lo recibido por vía de sucesión legal y de legítima a lo recibido por algún legitimario en concepto de atribuciones voluntarias *mortis causa*.

Sin duda que el legislador no ha considerado un supuesto de sucesión mixta como el explicado y parecería pensar, entonces, en principio, como se ha indicado, aparte de las atribuciones voluntarias imputables en el *relictum*, en participaciones de los legitimarios sólo en la parte de legítima que coincida con la sucesión legal. Pero el caso es que resulta que las proporciones resultantes serían distintas, en beneficio en principio de la eventual atribución voluntaria de mayor cuantía de las varias que pudieran existir y hechas a legitimarios, si las “participaciones” se pensasen como participaciones de cada legitimario en el conjunto del caudal relictivo, ya incluidas para cada uno sólo su parte de legítima en la sucesión legal ya incluida también su parte de mera sucesión legal no legitimaria. Ambas soluciones caben gramaticalmente en la letra del artículo 193-1º de la LS. La segunda de las dos soluciones es la que, aunque no contenida al parecer en el espíritu de la norma, parece acaso más equilibrada y defendible, teniendo también en cuenta que el preterido o los preteridos no intencionalmente habrán de participar, en principio igualitariamente, en el reparto de la sucesión legal residual. O sea que, sin llegar a una anteposición total de la sucesión legal no legitimaria frente a las atribuciones voluntarias del disponente (Espejo Lerdo de Tejada), que *de lege ferenda* parecería acaso la solución preferible si se acertara con la fórmula legal correspondiente, incluso si no nos referimos sólo, como parece que hace este autor, a reducción de atribuciones no legitimarias o a atribuciones íntegramente realizadas a extraños o a meros sucesores intestados, al menos parece que se debe hacer contar dicha parte de sucesión legal no legitimaria en el cálculo de las “participaciones” y de las detracciones de los “restantes legitimarios”.

Al fin y al cabo, tener en cuenta esta última parte de la sucesión legal es cierto que es rebasar un mero reajuste de las cuotas internas de legítima, pero el propio artículo 193-1º parece autorizarnos a ello en cuanto que ha optado por fijar una cuota legal de legítima no referida al caudal base de la legítima. Las “participaciones de los restantes legitimarios” perfectamente puede entenderse ahora que sean, no en la legítima como había acertadamente entendido la jurisprudencia que lo eran en el artículo 123 de la Compilación, sino en la porción en el caudal relictivo de cada legitimario que participe del mismo. El legislador aragonés de 1999, que no parece haber entendido bien que en el sistema legal aragonés de 1925 y 1967 la preterición había hecho tránsito, con gran acierto, de un instituto referido esencialmente a la sucesión intestada a un instituto relacionado esencialmente con la legítima, ha creado una fórmula que supone un retroceso histórico

dogmático y de oscura significación, pero cuya interpretación menos mala creo que es la que se acaba de explicar<sup>273</sup>.

El siguiente problema interpretativo es el de si entre las atribuciones o cantidades reducibles conforme al artículo 193-1º de la LS e incluíbles entre las “participaciones de los restantes legitimarios” se deberían incluir o no las porciones de bienes o de cuota de legítima global recuperables o recuperadas conforme a los artículos 179 y siguientes, por legitimarios que sí participaran simultáneamente de atribuciones de cualquier clase del caudal relicto y de la legítima global, cuando se hubiera dado lesión a la legítima global. Obsérvese que aquí, entonces, contestando afirmativamente a la pregunta, por un lado el conjunto de bienes objeto de reducción proporcional rebasaría el *relictum*, pero que, por otro lado, lo que el preterido no intencional atacaría, aunque indirectamente, serían donaciones o liberalidades inoficiosas a no descendientes, lo que parece que hace preferible esta solución porque esos bienes recuperados o recuperables de no descendientes sí que se integrarían conceptualmente con toda facilidad dentro de las que denomina la

273 Pensemos en el siguiente ejemplo. El disponente y causante se llama Próspero y su fortuna total acumulada a lo largo de su vida asciende a 10 millones de euros. Tiene 6 hijos: Miguel, Daniel, Gabriel, Serafín, Benjamín, y Olvido. Esta última era desconocida por su padre al testar, pero en un momento posterior, y en vida de Próspero pero cuando éste ya tenía demencia senil, Olvido logró imponerle judicialmente la declaración de su paternidad. En vida, Próspero había donado a Miguel 2 millones de euros; a Daniel le había donado 0,9 millones de euros; y a Gabriel le había donado 0,1 millón de euros (100.000 euros). En su testamento, Próspero dejó a Serafín heredero en cosa cierta en una finca de valor 750.000 euros y dejó un legado a Benjamín de 250.000 euros. Tenemos, por tanto, un *donatum* de 3 millones de euros; un *relictum* de 7 millones de euros, y un testamento que sólo deja a dos de los hijos 1 millón de euros. Los otros 6 millones de euros del *relictum* se tienen que distribuir por sucesión legal residual entre los 6 hijos, incluida Olvido, y por partes iguales (art. 204-2º de la LS). Antes de aplicar el artículo 193-1º de la LS, según esto, las partes de los cinco hermanos de Olvido serían, en millones de euros, las siguientes. Miguel (3); Daniel (1,9); Gabriel (1,1); Serafín (1,75) y Benjamín (1,25). A partir de aquí hay que sentar varias afirmaciones y un interrogante importante. Primera afirmación: los tres millones de euros que, entre los tres, han recibido, al igual que la misma Olvido, Miguel, Daniel y Gabriel, no son “participaciones” en el “caudal relicto” a los efectos del artículo 193-1º. Segunda afirmación, que se razona en el texto: la atribución que sirve de modelo comparativo para aplicar la reducción impuesta por el artículo 193-1º es la de Benjamín (1,25 millones de euros) y no la de Gabriel (1,1 millones de euros), aunque este último haya recibido menos cantidad de bienes del disponente. Finalmente, el interrogante sobre el que se discurre en el texto. Para proporcionar a Olvido su cuota legal de legítima conforme al artículo 193-1º, ¿se deben reducir proporcionalmente sólo las atribuciones voluntarias y legitimarias a Serafín (0,75 millones de euros) y a Benjamín (0,25 millones de euros) o se deben reducir proporcionalmente sus participaciones completas en el caudal relicto (1,75 y 1,25 millones de euros, respectivamente)?

Hagamos los números pertinentes. Aplicando la ecuación reductora correspondiente  $(3x/4+x/4+x/4=1)$  y despejando la  $x$ , tenemos que ésta sale 0,8 como coeficiente reductor a aplicar a las partes de Serafín (0,75) y Benjamín (0,25), con lo que obtenemos que Olvido recibiría un total de 200.000 euros como cuota legal de legítima. Serafín le daría 150.000 euros y se quedaría él mismo con 600.000 euros, y Benjamín le daría 50.000 euros y se quedaría él mismo con 200.000 euros. Todos ellos, además, como se ha explicado, habrían recibido otro millón de euros por vía de sucesión legal. Benjamín y Olvido quedarían igualados en 200.000 euros.

Veamos ahora la segunda fórmula que se considera más probable o preferible. Aplicando la ecuación reductora correspondiente  $(7x/4+5x/4+5x/4=4)$  y despejando la  $x$ , tenemos que ésta sale ahora 16/17, o bien, 0,94117647, como índice corrector de las participaciones amplias de Serafín (1,75) y Benjamín (1,25) en el caudal relicto. La cuota legal de legítima de Olvido sería ahora de 176.470,59 euros, cantidad que sería también la que le quedaría a Benjamín. Serafín le daría a Olvido 102.941,18 euros (menos ahora de los 150.000 euros de antes) y se quedaría para él 647.058,82 euros de los 750.000 euros que le atribuyó el disponente. Benjamín le daría a Olvido 73.529,41 euros (algo más ahora de los 50.000 euros de antes) y se quedaría para él, equiparándose a Olvido, 176.470,59 euros, de los 250.000 euros que inicialmente le había atribuido el disponente. Entre Serafín, Benjamín y Olvido se reparten un millón de euros, aunque cada uno de ellos ha recibido otro millón de euros por sucesión legal. Con esta fórmula, la carga de llenar la cuota legal de legítima del preterido no intencional se distribuye algo más igualitariamente, que con la primera fórmula, entre Serafín y Benjamín.

Las diferencias con la solución del antiguo artículo 123 de la Compilación son muy considerables. Creo que para un caso así, de ese artículo se hubiera desprendido que la legítima de Olvido hubiera habido que calcularla a partir de la cuota legitimaria de Gabriel y no de la de Benjamín (mayor libertad de desigualar en la regulación de la Compilación, que la LS ha venido a limitar indirectamente) y hubieran tenido que contribuir a la cuota legal de legítima, con la que considero mejor interpretación del artículo 123 y que había avalado la jurisprudencia, los cinco hermanos de Olvido y no sólo dos de ellos y que no eran los que habían percibido mayores atribuciones en pago de sus legítimas. Vuelvo a afirmar una vez más la clara superioridad técnica, en mi opinión, de la solución legal de la Compilación, respecto de la solución legal del artículo 193-1º de la LS, incluso en este ámbito concreto de la preterición no intencional.

ley “participaciones de los restantes legitimarios”. De modo que tiendo a pensar que, al menos los bienes que hubieran recuperado *motu proprio* o por propia iniciativa los legitimarios demandados por el preterido no intencional sí deberían sin duda integrarse en la masa objeto de la reducción proporcional que impone el artículo 193-1º de la LS. La frase o expresión del precepto “después de la reducción”, acaso pueda invocarse, aunque probablemente contra la mente del legislador, a favor de esta solución propuesta.

Ahora bien, ¿podría el preterido no intencional, caso de existencia de lesión a la legítima, y aparte de su propia acción en el asunto (art. 193-3º), obligar en su propio interés a los legitimarios que tuvieran atribuciones legitimarias en el caudal relicto a ejercer esas acciones de lesión de la legítima de los artículos 179 y siguientes de la LS?. Recuérdese que, conforme al artículo 179-3º, “La renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás”. El precepto excluye el acrecimiento automático entre legitimarios preferentes y parece autorizar, lógicamente, a renunciar o a no ejercer la acción de lesión de legítima. Pero el problema es, entonces, ¿puede el legitimario de grado preferente que además tiene participación en la legítima y a la vez en el caudal relicto renunciar o no ejercer su acción de lesión de legítima en perjuicio directo del derecho subjetivo que da a otro legitimario el artículo 193-1º de la LS?. Tiendo a pensar que no, al menos claramente en el caso de la renuncia, que la ley prohíbe que se haga en perjuicio de tercero (artículo 6-2º del Código civil). Pero probablemente debemos llegar a la misma solución, acaso argumentando *a fortiori* con el supuesto de la renuncia a la acción, para el caso de falta de ejercicio de la acción de lesión de la legítima por parte de un legitimario contra el que tenga acción a su vez el preterido no intencional. Aceptado todo ello, todavía habría que discurrir sobre si le reconocíamos al preterido no intencional sólo la acción subrogatoria (artículo 1111 del Código civil)<sup>274</sup> para ejercitar él la acción del artículo 179 de la LS de los legitimarios pasivos o renunciantes o si, acaso mejor, le autorizáramos interpretativamente a reclamar a esos legitimarios pasivos o renunciantes de modo directo el valor económico de lo que, a causa de su pasividad, hubieran dejado de ingresar en sus patrimonios en perjuicio del preterido no intencional.

Al ser el artículo 193-1º de la LS más complejo que el antiguo artículo 123 de la Compilación también pone más difícil saber quién sea exactamente el que denomina legitimario “menos favorecido” por el disponente. Como literalmente el precepto alude a las participaciones de los “restantes legitimarios” sin mayores distinciones, podría parecer que no resulta del todo indefendible que entre esos restantes legitimarios, y a los concretos efectos de buscar la medida del “menos favorecido”, se incluyese también a los legitimarios que hubieran recibido su legítima exclusivamente por vía de donación. Recuérdese que el artículo 123 de la Compilación se refería al “menos favorecido por el testador”, lo que excluía claramente la interpretación que acabo de sugerir, a diferencia de la alusión de la LS al menos favorecido por el “disponente”, concepto que puede englobar en teoría lo mismo al ascendiente donante que al ascendiente testador. Sin embargo, a la vista de la *ratio* y estructura de esta rebuscada norma, creo que es preferible entender que el “menos favorecido por el disponente” es el que haya recibido una atribución voluntaria menor, aunque no insignificante, de entre los varios legitimarios que, según

<sup>274</sup> La idea de la subrogatoria la manejó, con dudas, también el profesor LACRUZ, al referirse bastante detenidamente al presente problema, aunque respecto de la regulación muy diferente del artículo 123 de la Compilación y en relación con el artículo 124 de la misma. Cfr. *La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa*, en el Libro Homenaje al profesor CASTÁN TOBEÑAS, José, Volumen 2º, 1969, pp. 277 y ss. y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 664-665-

se ha explicado, participen a la vez de atribuciones "*mortis causa*" ubicadas en el caudal relicto y en la legítima global. Y como explico, teniendo en cuenta sólo las atribuciones voluntarias *mortis causa* y no las atribuciones a legitimarios por vía de sucesión legal o intestada ni las recibidas por ejercicio de la acción de lesión de la legítima del artículo 179 de la LS. Estas últimas, aunque relevantes en el cálculo de la cuota de legítima del preterido, no deben contar al hacer la estricta comparación correspondiente entre las participaciones en la legítima de los legitimarios perseguibles por la acción del artículo 193-1º, porque las mismas no representan un favorecimiento directo por el "*disponente*".

Los "*restantes legitimarios*" a los que alude el artículo 193-1º de la LS debe entenderse que lo son todos lo que haya y que participen de la legítima global y del caudal relicto<sup>275</sup>, sin que la medida del "*menos favorecido por el disponente*" deba buscarse sólo, como propusiera el profesor Lacruz<sup>276</sup>, creo que con fundamento endeble, respecto del artículo 123 de la Compilación, entre los del mismo grado; entre los de cada grado. Esta solución que propongo creo que ya era la correcta bajo la vigencia de dicho precepto de la Compilación.

Otra posible duda interpretativa plantea la redacción del artículo 193-1º de la LS cuando afirma reconocer al preterido no intencional "*una porción...igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por el disponente*". Se ha modificado la redacción del artículo 123 de la Compilación, con arreglo al cual "*esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios*". Este último precepto, al usar la expresión "*se formará*" ...la porción, es evidente que daba implícitamente a entender que habría dos momentos en el proceso de cálculo de cuotas para realizar el reajuste ordenado por el legislador: el momento inicial o de partida, y el momento final tras el reajuste, momento en el que se daba por sentado que la cuota inicial del menos favorecido por el testador, como las cuotas iniciales de todos los demás legitimarios implicados en el reajuste de cuotas, sería algo menor que la inicial, al haber tenido que padecer una detracción para, junto a las detracciones procedentes de las demás cuotas reducidas, poder integrar o formar la nueva cuota del preterido o las nuevas cuotas de los preteridos, en su caso. Es evidente, con un precepto como el que consideramos, que al repartir lo mismo entre más personas, al final, los que inicialmente participaron en el reparto del que faltaba alguno o algunos, tendrán que ver reducidas sus cuotas iniciales. Creo que esta idea tan simple, que se deducía con meridiana claridad del artículo 123 de la Compilación, es la que ha querido explicitar y dejar más clara todavía el artículo 193-1º de la LS, cuando añade a la frase comentada las palabras "*la que después de la reducción corresponda*".

El problema es que, una vez que estas palabras se han añadido, ahora puede surgir la duda de si lo que se reconoce legalmente al preterido no intencional es acaso sólo lo que efectivamente haya conseguido obtenerse de los restantes legitimarios ("*después de la reducción...*") pero prescindiendo de lo que efectivamente no se hubiera podido alcanzar en el intento por diversas causas circunstanciales (insolvencia de alguno; o imposibilidad de localización; etc). De entenderse así el precepto, creo que lo que muy proba-

<sup>275</sup> Cfr., en tal sentido, RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, quien recuerda que el artículo 54-3º de la Compilación del País Vasco sí que ha recogido la mencionada idea del profesor LACRUZ, en *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés de 2000, 2001*, pp. 36-37.

<sup>276</sup> El profesor LACRUZ se basaba sobre todo en una antigua enmienda alterada luego por la Comisión General de Codificación, lo que me parece fundamento insuficiente para su tesis, y entraba en varias distinciones, que creo no tenían apoyo en la letra del artículo 123 de la Compilación, que además, en sus propios términos, tenía ya por sí perfecta racionalidad, en mi opinión. Cfr. del autor *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en ADC, de 1968, pp.513 y ss., y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pg. 481.

blemente fue un innecesario esfuerzo gramatical por dejar más claro algo que ya lo estaba suficientemente, se habría convertido en un cambio de criterio normativo sustancial, porque en el artículo 123 de la Compilación, creo que, más razonablemente, se aludía sólo a la determinación de la cuantía teórica de un derecho que se reconocía, a partir de los datos genéricos del cálculo de la legítima y de las cuotas teóricas de todos los legitimarios (en el artículo 193-1º ya hemos visto que podrían ser sólo algunos de ellos, pero esto es irrelevante a nuestros efectos), pero sin limitación o condicionamiento fáctico de ninguna especie del derecho que legalmente se reconocía. Creo que, pese a la modificación de la mencionada frase, a estos efectos, el artículo 193-1º de la LS debe seguir entendiéndose en el sentido de lo que afirmaba más concisa y sobriamente el artículo 123 de la Compilación aragonesa.

El artículo 193-1º de la LS establece también que los restantes legitimarios que han recibido legítima y que participan en el caudal relicto tienen derecho a pagar al preterido su parte en metálico y también que a esa necesaria reducción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 181 de la LS. Relacionando esta afirmación con el artículo 182, parece que hay que concluir que al preterido no intencional se le obliga a reclamar su cuota de legítima en bienes relictos, pudiendo acaso señalar uno o unos cualesquiera de los recibidos por el demandado, y que los restantes legitimarios legitimados pasivamente para la reclamación, pueden elegir si pagar su detracción o en dinero o en bienes relictos y, en este segundo caso, con qué concretos bienes relictos de entre los que a cada uno se le hayan atribuido (art. 181-2º de la LS). Probablemente, aunque el preterido no intencional prefiera dinero y lo reclame así, los restantes legitimarios pueden pagarle su parte de reducción en bienes relictos. Reclamando el preterido no intencional una cuota en el consorcio sobre un inmueble indiviso heredado por otros legitimarios, tiendo a pensar que el artículo 59-1º de la LS no impediría que al preterido se le pagase por sus hermanos consortes su cuota de reducción como a un “consorte” más; y que, correlativamente, no debería reconocerse al preterido no intencional la condición de “extraño” que embarga una cuota del consorcio y permanece luego como tal “extraño” al consorcio, conforme al artículo 59-2º de la LS.

Sólo excepcionalmente cabrá que, por aplicación del artículo 181-3º, el preterido no intencional pueda tener derecho a algún bien relicto concreto, cuando la detracción que pueda reclamar a alguno de los posibles varios legitimarios reclamados absorba o supere la mitad del valor de un bien que no admita cómoda división y que se hubiera atribuido al reclamado. La hipótesis, aspirando el preterido reclamante sólo a un importe total y máximo de cuota de legítima igual a la del “*menos favorecido*” por el disponente será ciertamente rara, pero no imposible. Cuando opere, resultará aplicada una excepción a la regla del derecho de los restantes legitimarios a pagar al preterido su cuota de reducción en metálico. El artículo 181-1º de la LS, relativo a reclamaciones de los legitimarios preferentes al cónyuge viudo, no puede resultar aplicable en ningún caso en los supuestos del artículo 193-1º de la LS.

El artículo 193-1º convierte, frente a la regla general de la nueva regulación del artículo 182-1º, en una “*pars valoris*” la cuota legal de legítima del preterido no intencional. Como soy partidario de que la legítima se regule como una “*pars valoris*” no veo personalmente mayor crítica en esta norma excepcional, aunque, dado el gran rigor con que el legislador aragonés ha impuesto su concepción de la legítima como “*pars bonorum*”, esta pequeña regla excepcional no deja de mostrar una vez más una especie de desafecto encubierto contra la legítima. Por lo demás, me parece claro que la regla de aplicar aquí el criterio de la “*pars valoris*” se aplicará también a los supuestos del artículo 199,

puesto que este precepto se remite al conjunto de las “consecuencias” de la preterición no intencional. Y dígame lo mismo de los varios supuestos estudiados en el presente trabajo en los que el artículo 199 ó el 193-1º de la LS resultan aplicables por analogía.

Un último problema interpretativo concreto que veo en el artículo 193 de la LS, es el de su necesaria conexión con una compleja duda interpretativa sobre el artículo 175-1º, inciso 2º, de la LS que dejé ya explicada en su momento. Recuérdese que planteé la duda de si el mencionado precepto podía entenderse aplicable en sus propios términos, o sea, entendiendo que las liberalidades recibidas del causante por cualquiera de sus descendientes premuertos, incapaces de suceder, desheredados con causa o renunciantes a la legítima serán siempre imputables a la legítima global, o si, por el contrario, ello sólo podrá suceder cuando dichas liberalidades no resulten inoficiosas. Defendí como preferible esta segunda opinión. En consecuencia, si dichas liberalidades del causante fueran inoficiosas sí que podrían ser impugnadas por el preterido no intencionalmente, aunque sólo por la vía del artículo 193-3º y 179 de la LS, y no, conforme a lo explicado en este trabajo, por la vía del artículo 193-1º de la LS.

En otro sentido, la acción del artículo 193-1º podemos acaso todavía pensar, como se había defendido para la del artículo 123 de la Compilación, aunque más dificultosamente por el carácter híbrido de esta acción, que es un acción rescisoria y creo, como Lacruz respecto de la acción del artículo 814 del Código civil, que no es una acción personalísima (contra Vallet de Goytisolo). Ya he citado y explicado el artículo 178 de la LS, y su contraposición con los artículos 111 y siguientes de la LS, como posible argumento concreto a favor de la idea del carácter rescisorio de la acción del legitimario preterido, aunque el argumento no es definitivo, porque si la acción se calificase como de anulabilidad por error, acaso no le sería aplicable el artículo 178-1º de la LS. También sugerirían el carácter rescisorio de la acción los rasgos legitimarios que todavía conserva en su nueva versión de la LS; la articulación de una reducción de otras atribuciones legitimarias en cierto modo “perjudiciales” para el preterido no intencional; el que los demandados puedan eludir la reipersecutoriedad de bienes concretos pagando siempre su detracción de cuota en metálico<sup>277</sup>; y la remisión al artículo 181 de la LS, que es una de las reglas que da el legislador para reducir liberalidades inoficiosas, aplicables incluso a la reducción de donaciones inoficiosas, que es acción típicamente rescisoria. El legitimario preterido o sus herederos podrán demandar a todos los demás legitimarios partícipes del caudal relicto, para forzar un nuevo reparto con reajustes en las atribuciones de cuotas de la parte de legítima incluida en el caudal relicto, y si además se dio lesión a la legítima, podrán demandar a ciertos no descendientes tributarios de liberalidades inoficiosas, conforme a los criterios de los artículos 179 a 181 de la LS.

<sup>277</sup> Lo que parece excluir en principio incluso la limitada reipersecutoriedad o carácter limitadamente “real” que pueden tener genéricamente las acciones rescisorias. Parece desacertada, por ello, la afirmación de RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, aunque no se pronuncia el autor sobre la naturaleza de estas acciones, de que estarán legitimados pasivamente en las acciones que reconoce el artículo 193-1º de la LS, además de los legitimarios que deban soportar la reducción, “sus causahabientes”. En relación al artículo 193-2º también afirma demasiado genéricamente que estarán legitimados pasivamente, cuando proceda la delación abintestato de todo el caudal, los “causahabientes” de los herederos “instituidos”. Cfr. *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pg. 41. En relación a la segunda afirmación del autor, al explicar brevemente en el presente trabajo el régimen jurídico de las acciones de protección de la legítima, comenté que la concreta reipersecutoriedad de ciertos bienes, incluso cuando juegan inicialmente acciones de nulidad de actos dispositivos, depende de una serie de variables y circunstancias que hace muy compleja la casuística e impiden afirmar en general y sin más distinciones el alcance real de las acciones de protección de la legítima. Parece haber seguido a RODRÍGUEZ BOIX en esta simplista explicación sobre la legitimación pasiva en la acción de preterición de los “causahabientes” de los legitimarios que deban soportar la reducción LASIERRA GÓMEZ, Ignacio, *La legítima en el Derecho aragonés*, en los “Cuadernos LACRUZ BERDEJO”, nº 1, 2004, epígrafe 9º.

#### IV) *La preterición no intencional total y la dualidad de acciones.*

En otro sentido, hay que recordar que la posibilidad del disponente de prever o modular las consecuencias de su propia preterición no intencional está restringida a la preterición no intencional singular, porque si los preteridos no intencionalmente son el único legitimario preferente o todos los legitimarios preferentes, y no se ha atribuido tampoco la legítima a los legitimarios no preferentes, las consecuencias son, en su caso y con los requisitos que se especifican, la delación abintestato de todo el caudal relicto, conforme al artículo 193-2º, según quedó anteriormente explicado. Parece que se aplica, entonces, la idea de que el pacto sucesorio o el testamento, existiendo error sobre la existencia o condición de legitimarios de todos los legitimarios de grado preferente, será anulable por error sustancial (art. 109-2º y art. 199, inciso segundo, de la LS), y que por eso se producirá la delación abintestato de todo el caudal relicto<sup>278</sup>. Y ello, según expliqué, incluyendo esa delación incluso los bienes atribuidos al instituido muchos años antes del fallecimiento del instituyente, o entregados a los descendientes del instituido si él premurió al instituyente, en casos de pactos sucesorios con institución de presente. Habría podido haber, en tal caso, además, un pacto sucesorio inoficioso que habría que dejar ineficaz según el artículo 179, lo que genéricamente se recuerda en el artículo 193-3º de la LS. Hay una cierta superposición de acciones de anulabilidad del testamento y de inoficiosidad por vulneración o lesión de la legítima, que se hacen algo difíciles de deslindar. La idea de la anulabilidad y apertura de la sucesión intestada o legal reintroduce un tanto la lógica romanista tradicional que caracterizaba al artículo 814 del Código civil antes de la reforma de 1981.

El artículo 193-2º exige para que la preterición no intencional del único o de todos los legitimarios preferentes dé lugar a la delación abintestato de todo el caudal relicto que “no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente” (o sea, ningún otro legitimario no preferente)<sup>279</sup>. De modo que para la aplicabilidad de la acción de anulabilidad por error del testamento o pacto sucesorio es éste también un requisito legalmente exigible, y parece que ineludiblemente. Así, si existen, aparte de los legitimarios preferentes y preteridos todos no intencionalmente, varios legitimarios no preferentes y uno solo de ellos ha sido nombrado heredero en una pequeña cuota de la herencia (la décima parte, por ejemplo) o ha recibido un legado de pequeño valor (la vigésima parte de la herencia, por ejemplo), considera la LS que ello es suficiente para excluir la anulabilidad por error del testamento o del pacto sucesorio. Me parece un criterio discutible aunque de no gran trascendencia. De no gran trascendencia porque cuando la preterición no intencional y total de todos los legitimarios preferentes cause lesión a la legítima colectiva, ello ya está cubierto suficientemente por el artículo 193-3º, que además no hace sino reiterar aquí la existencia de la acción de lesión de la legítima del artículo 179, que se reconoce al preterido no intencional como legitimario preferente que es. Luego,

278 RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, en explicación escasamente argumentada, explica la preterición no intencional total únicamente en clave de nulidad de las disposiciones patrimoniales del testamento, apertura de la sucesión intestada y percepción por los legitimarios preteridos de su legítima embebida en dicha sucesión intestada. Cfr. *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp. 39 y 40.

279 Obsérvese el cambio respecto del artículo 122 de la Compilación en el que se afirmaba, en coherencia con el sentido profundo del sistema legal de la legítima, que la preterición necesitaba referirse a “*todos los legitimarios*”, y no sólo a los legitimarios inmediatos o preferentes. Esto daba lugar a que algunos autores hubieran pretendido detectar una “contradicción” entre el artículo 122 y el artículo 120, lo que era claramente erróneo y mostraba una falta de comprensión suficiente del sistema legal. Cfr. mi trabajo de 1997, pp. 45-46. Entre los autores que señalan esa pretendida contradicción entre el antiguo artículo 120 y el 122 de la Compilación, aunque acierta al menos en línea de principio al dar preferencia al artículo 120, pero creo que sin medir bien las consecuencias de lo que afirma, está CALATAYUD SIERRA, Adolfo, *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pp. 66-67.



la acción de anulabilidad del testamento, con requisitos y plazo distintos a la acción del artículo 179, no sería en realidad imprescindible para la protección de la legítima, aunque el legislador soberano es muy dueño de ofrecer esta nueva acción para defender también la legítima por una vía digamos que más indirecta.

Y explicaba que el criterio legal del artículo 193-2º me parece también discutible porque no es sino una cristalización rígida en el caso concreto mediante criterio legal imperativamente impuesto de cuándo se debe considerar que el error en los motivos del disponente que desconocía la existencia o condición de legitimarios de todos los legitimarios preferentes es error jurídicamente relevante a los efectos invalidatorios del pacto sucesorio o testamento del artículo 109-2º. Parece que se ha querido conservar el artículo 122-2º de la Compilación, pero mejorándolo, puesto que en éste el más pequeño error sobre la existencia o condición de legitimario de cualquiera de los varios o muchos legitimarios existentes producía irrazonablemente la delación abintestato de todo el caudal (incluso parece que alcanzaba a todo el caudal computable de la legítima, según defendí en 1997)<sup>280</sup>. Pero el nuevo criterio del artículo 193-2º de la LS, en cuanto a precisar legalmente cuándo haya error en los motivos relevante, sigue siendo bastante arbitrario, porque no alude a la concreta cuantía de la sucesión que significa la atribución hereditaria o el legado recibido por algún legitimario no preferente, ni distingue según que los mismos los haya recibido sólo uno de los legitimarios no preferentes existentes o según los hayan recibido el conjunto de los legitimarios no preferentes existentes acaso en forma más o menos, o poco, igualitaria.

Piénsese que si uno o varios de los legitimarios no preferentes existentes han recibido como herencia o legado (¿no como donación?) más de la mitad del caudal computable de la legítima o simplemente esa mitad, la legítima estaría ya satisfecha y no habría ya entonces lesión a la legítima. Cierto que el supuesto será rarísimo, porque si el disponente ignoraba la condición de legitimarios de los que eran preferentes también necesariamente ignoraría la condición de legitimarios no preferentes de los que encabezaran las estirpes de los anteriores y será sumamente raro, entonces, que les haya querido atribuir una parte mayoritaria de sus bienes. Pero cabe que les atribuyera bienes sin conciencia de su carácter o condición de legitimarios, por otros conceptos o motivos, lo que, aunque inverosímil, no se puede afirmar ya que sea imposible. Ahora bien esta atribución, cuando así se produjera, cumpliría la legítima digamos que por casualidad, pero no obstaría en realidad a la posible existencia de error relevante en los motivos del disponente, que ya se ve que tiene otra lógica y otro planteamiento completamente distinto del de la acción de lesión de la legítima del artículo 179. Recuérdese todo lo que se ha explicado al comentar el Código civil sobre las indicaciones de Miquel González en el sentido de que la lógica de la preterición no intencional se sitúa sobre todo en el ámbito de la teoría del negocio jurídico y del error, y la lógica de la protección a la legítima tiende a ser bastante diferente de esa lógica del error que vicia el consentimiento del disponente.

En definitiva, lo que exige el artículo 193-2º para que se considere anulable por error el pacto sucesorio o testamento en el que se haya producido una preterición no intencional del único o de todos los legitimarios preferentes es que ni ellos, por hipótesis, ni ningún otro legitimario no preferente posiblemente existente hayan recibido ninguna atribución en concepto de legítima, con lo que se habrá producido una lesión total de la legítima.

280 Cfr. mi trabajo de 1997, pp. 28 y ss. y 31-32, en cuando a la falta de racionalidad señalada de dicho precepto del artículo 122 de la Compilación.

tima colectiva, que precisamente es una de las hipótesis de la posible aplicabilidad del artículo 193-3º o de la acción de lesión de legítima del artículo 179. La regulación muestra una vez más la falta de ideas claras en el legislador y viene a establecer que cuando la lesión a la legítima sea total, por no haber recibido nada ni los legitimarios preferentes preteridos no intencionalmente ni los no preferentes, habrá dos vías para defender la legítima: la vía de la anulabilidad por error relevante en el título con delación de todo el caudal relicto, o la vía de la acción de lesión de la legítima colectiva del artículo 179, más probablemente de carácter rescisorio. Por ambas vías desembocamos en el difícil problema antes planteado de si la herencia habrá de distribuirse, entonces, por estirpes o por cabezas (art. 171-2º, inciso segundo). Para defender la primera y preferible solución habría que recurrir a la explicación en su momento aportada en este trabajo sobre dicho precepto, en el sentido de que habitualmente debe verse el mismo sólo como una norma interpretativa de los títulos sucesorios voluntarios.

Acaso la consecuencia más útil o menos obvia que quepa extraer, en sentido negativo, de estos dos últimos párrafos del artículo 193 de la LS sea la de que el error del disponente sobre la existencia o condición de legitimarios de todos menos uno de los legitimarios preferentes y preteridos no intencionalmente ya no es suficiente para que haya error relevante de los del artículo 109-2º de la LS. O incluso más todavía: que el error en los motivos *ex art.* 109-2º del disponente en casos de preterición no intencional de todos los legitimarios preferentes, existiendo también error sobre todos los legitimarios no preferentes y su condición de tales, queda excluido en su relevancia invalidante del título por un precepto legal específico como el artículo 193-2º, siempre que de forma más o menos casual alguno de los legitimarios no preferentes hubiera recibido una atribución legitimaria sin intención por el disponente de atribuirle dicho carácter de atribución legitimaria.

En este punto, creo que tocamos fondo y podemos comprender cómo esta interferencia o condicionamiento que hace la LS con requisitos propios de la acción de lesión de legítima, del régimen jurídico de la acción de anulabilidad por error relevante del título, y con fundamentación por tanto de lógica inevitablemente cuestionable, resulta poco convincente e incluso criticable. Mejor que anteponer la acción de anulabilidad por error relevante del título en el artículo 193-2º, y además con ese extraño régimen jurídico un tanto mixto, como ha hecho la LS, hubiera sido mantener separadas ambas acciones<sup>281</sup>, o incluso atribuir un carácter subsidiario a la acción de anulabilidad por error pero regulada sin condicionamientos extrínsecos a su propia lógica, o incluso considerar o declarar expresamente excluida dicha acción de anulabilidad por error, como desplazada por la norma más especial del artículo 179 de la LS, que ya parece cubrir suficientemente las necesidades de protección de la legítima contra todas las liberalidades inoficiosas. El legislador aragonés de 1999 tiene como atenuante, con todo, en este mezclar técnicas jurídicas que responden a lógicas claramente diferentes, el que el conectar inadecuadamente la acción de anulabilidad por error con las normas de protección a la legítima sea un defecto de técnica jurídica que lo arrastra del artículo 122-2º de la Compilación, precepto, por cierto, que yo había criticado en mi trabajo de 1997 sólo en el sentido de la excesiva aplicación que hacía de la idea de la anulabilidad por error, exigiendo ilógicamente para ella sólo como requisito un error acaso mínimo o insignificante, pero que no

281 Una crítica parecida ha hecho ESPEJO LERDO de TEJADA, Manuel, en relación con el Código civil, respecto de la indebida mezcla de las ideas de preterición como lesión material a la legítima y la utilización de la misma figura de la preterición para la defensa de la correcta formación de la voluntad testamentaria, mezcla que sostiene que produce disfunciones. Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, 1996, pp. 295 a 302.

había criticado en este otro sentido aquí y ahora explicado de mezcla inadecuada y probablemente nociva para la seguridad jurídica de acciones judiciales distintas.

Habiendo llegado hasta aquí, cabría plantear también, todavía, en los mismos dudosos términos en los que la dejé planteada en el ámbito de la preterición intencional total, si podría entenderse o no que, en caso de no ejercer su derecho de reclamación de la acción de lesión de la legítima (cfr. art. 179-3º de la LS) todos los legitimarios preferentes preteridos no intencionalmente, ni tampoco en su caso la acción de anulabilidad por error del título sucesorio recogida en el artículo 193-2º, estarían subsidiariamente legitimados para reclamar su legítima, o su sucesión legal, alguno o todos los legitimarios no preferentes al efecto de que se cumpliera lo previsto en el artículo 171. Como antes expliqué, la cuestión me parece dudosa, aunque en cuanto a la aquí planteada habría que razonarlo distinto según se tratase de un ejercicio subsidiario por alguno o todos los legitimarios no preferentes de la acción de lesión de legítima, o de un ejercicio subsidiario por los mismos de la acción de anulabilidad del título sucesorio por error relevante del disponente.

La institución recíproca de herederos en testamento mancomunado o en pacto sucesorio tanto en general (artículo 104), como si se pacta el llamado pacto al más viviente (arts. 80 y 81) lo entiende la LS, como ya había hecho la Compilación (arts. 95 y 108), condicionado en su eficacia a que no venga impedido por las legítimas de hijos del instituyente premuerto o por las legítimas de posibles descendientes comunes sobrevivientes, en su caso. Frente a la institución recíproca también operan, por tanto, las normas de las legítimas, incluidas las de la preterición que se acaban de explicar, aunque para cuando no hayan hecho los instituyentes previsiones específicas sobre sus posibles descendientes sobrevivientes, siempre con respeto de las legítimas, el artículo 80-2º de la LS contiene unas previsiones concretas que modifican o modalizan los efectos que se derivarían genéricamente de una mera aplicación de las reglas de las legítimas, o de las reglas de la preterición, pero con modificaciones que no pueden considerarse formal ni materialmente mermas de la legítima protegida en el régimen general del instituto<sup>282</sup>.

#### V) *El artículo 188-2º de la LS.*

Copiando aproximadamente la fórmula, discutidísima en la doctrina sobre el Código civil, de su artículo 814, párrafo 5º, procedente de la reforma de éste de 1981<sup>283</sup>, estable-

282 BELLOD FERNÁNDEZ de PALENCIA, Elena, ha hecho una correcta descripción de esos efectos modalizados o modificados en casos de pacto al más viviente, pero presentándola bajo la afirmación un tanto excesiva y acaso desorientadora de que los artículos 188 a 193 de la LS “no son de aplicación” en supuestos de pacto al más viviente realizados en testamentos mancomunados o en pactos sucesorios. Cfr. su intervención como Coponente en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp. 50 y 51.

283 En el ámbito del Código civil se había discutido, antes de la reforma de 1981, el supuesto de la posible preterición de descendientes de un legitimario instituido en el testamento (no preterido, por tanto) y premuerto, caso sobre el que no existía norma expresa, a diferencia de los supuestos de indignidad y desheredación (arts. 761 y 857 del Código civil). Una primera teoría consideraba que era un caso de representación a favor de los descendientes del legitimario instituido y premuerto, aunque sólo en relación con la porción legítima, por lo que no cabría hablar propiamente de preterición. Una segunda teoría consideraba que era un caso de preterición de los descendientes del legitimario instituido en el testamento y premuerto, por lo que se debía aplicar el artículo 814 en su anterior versión y debería caer la institución de heredero y abrirse la sucesión intestada, salvo en lo referente a mandas y mejoras. De modo que, conforme a esta segunda teoría, la mención en el testamento del padre premuerto no excluía la preterición de su estirpe si ésta no había sido llamada en sustitución vulgar de aquél o mencionada en cualquier forma que no diera lugar a la preterición. La reforma del artículo 814 de 1981 adoptó para el Código la primera de las teorías, pero, como ha advertido MARTÍNEZ de AGUIRRE, Carlos, en realidad, por cómo se redactó el nuevo y discutidísimo precepto (por su afirmación: “*y no se consideran preteridos*”), en realidad vino a reconocer que en la discusión doctrinal anterior era la segunda teoría la acertada, y que por eso se hacía necesaria una nueva norma especial que estableciera expresamente la no preterición. Cfr. del autor *Preterición y derecho de representación en el artículo 814-3º del Código civil*, 1991, pp. 61 a 65, y 66 a 70. En la Compilación aragonesa de 1967, en cambio, como explico en el texto, la solución era homogénea para la indignidad, la

ce el artículo 188-2º de la LS, en contexto normativo muy diferente, que “*No se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido*”.

El origen del precepto parece que puede situarse con bastante seguridad en una opinión o interpretación surgida en la doctrina aragonesa acaso por falta de comprensión suficiente de la distinción entre legitimarios mediatos y legitimarios inmediatos sobre la que se aposentaba toda la magnífica regulación de la legítima aragonesa de la Compilación de 1967. En efecto, bajo la vigencia de ésta, algunos autores<sup>284</sup> llegaron a sostener que el disponente, al declarar su voluntad por causa de muerte, no necesitaba,

desheredación y la premoriencia del ascendiente, solución inspirada en la idea de la representación o sustitución legal en la legítima, y solución legal embebida en la distinción entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos, por lo que no tenía sentido una discusión como la que hubo en el ámbito del Código civil antes de la reforma de 1981. Para la discutidísima significación actual del vigente artículo 814, párrafo 5º, del Código civil, aparte del citado libro de MARTÍNEZ de AGUIRRE, puede verse también, por ejemplo, RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en el Derecho común español*, 1994, pp. 321 a 369. También un buen resumen de las siete teorías existentes al respecto (al menos hasta ese momento) en VALLET de GOYTISOLO, Juan, en el *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, Tomo 1º, 1993, pp. 2018-2019. Las razones profundas de la complejidad del artículo 814, párrafo 5º, del Código civil las ha explicado muy bien el profesor MARTÍNEZ de AGUIRRE en la Introducción de su citado libro, pp. 25 a 29.

284 La idea, con un cierto precedente parcial en una opinión del profesor LACRUZ de 1968 que he comentado al estudiar el artículo 175-1º, la encuentro por primera vez en el profesor GARCÍA AMIGO, Manuel, en 1988, y vuelve a aparecer con mayores desarrollos y conectada a reflexiones complejas sobre el antiguo y defectuoso artículo 141 de la Compilación, en su versión de 1985, en CALATAYUD SIERRA, Adolfo, en trabajos suyos de 1991, 1993 y 1996. Cfr. del primer autor su comentario a los artículos 119 a 121 de la Compilación en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de EDERSA, tomo 34, volumen 2º, pp.20-21. Cfr. del segundo autor *La sustitución legal en Aragón*, en Boletín del Colegio de Abogados de Aragón, nº 120, 1 de enero de 1991, pg. 13; *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pp. 64-65 y nota 44; y *La sustitución legal en Aragón (El artículo 141 de la Compilación)*, en las *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1995, 1996*, pp.189-190.

Esta explicación de ambos autores me parece que más bien creó un falso problema. En efecto, en mi opinión, el artículo 123 de la Compilación, norma especial aplicable a nuestro asunto, entroncando con una gestación histórica muy determinada (y ya explicada) que cristaliza en el Apéndice de 1925, afirmaba rotundamente que la cuota legal de legítima del preterido correspondía sólo a los legitimarios “sin mediación de persona capaz de heredar” y ello había que entenderlo, por la remisión implícita que tanto en 1925 como en 1967 había hecho el legislador a la regulación del Código civil sobre la representación en la sucesión intestada, como referido al momento de la apertura de la sucesión. Sin la referencia a dicho preciso momento la inseguridad jurídica hubiera sido enorme. Esto incluso lo reconoció CALATAYUD SIERRA en la pg. 64 de su trabajo de 1993-1994, pero sacando a continuación unas consecuencias incoherentes y creo que equivocadas de su afirmación. En caso de premoriencia, indignidad para suceder, desheredación o renuncia a la legítima del hijo del disponente o provisional o expectante legitimario inmediato, sencillamente, lo que sucedía era que, a la apertura de la sucesión, los siguientes descendientes de su stirpe serían quienes aparecerían como nuevos legitimarios inmediatos, a los que aplicar la regla especial y directa del artículo 123 de la Compilación. Y no otra cosa afirmaba o podía afirmar la regla mucho más general sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación, en su (defectuosa, a otros varios efectos) versión de 1985. No podía existir una “representación” en el nombramiento o mención anterior a la apertura de la sucesión y tal que, nombrado o mencionado el hijo en el testamento, pudiera valer ello como si se hubiera nombrado o mencionado también a los nietos a efectos de privarles luego de la cuota legal de preterición que clarísimamente, y creo que sin escapatoria posible a ello, les otorgaba el artículo 123 de la Compilación, aunque su ascendiente premuerto al causante hubiera sido mencionado para su exclusión. La “representación” es siempre en la sucesión de un causante, ya fallecido por hipótesis, y además no estaba legalmente previsto en la Compilación que cupiera representación en la mención para excluir, ni habría “representación”, por supuesto, aparte su innecesariedad en el caso, en la hipótesis más bien académica de que alguien se molestara en mencionar para excluir a dos o tres generaciones de sus descendientes, lo que, ya concebidos o nacidos los mismos, tampoco estaba ciertamente prohibido. Naturalmente, la existencia de los mencionados eventos (premoriencia, indignidad, desheredación, renuncia) aumentaba en los supuestos reales las posibilidades de que se diera preterición no intencional, o incluso intencional, si el disponente no hacía nuevo testamento, lo que era perfectamente lógico y coherente con el sistema legal. Recuérdese también aquí la crítica que he hecho a la opinión del profesor LACRUZ al comentar el artículo 175-1º de la LS. Sobre la distinción entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos, crucial para comprender la regulación de la legítima de 1967, véase la explicación en mi trabajo de 1997, pp. 15 a 23.

En cuanto a la opinión del profesor LACRUZ sobre esta cuestión encuentro dos afirmaciones más bien contradictorias, según mi entender. Por una parte la opinión de 1968 que he recogido y criticado al comentar el artículo 175-1º y opinión que va en el mismo sentido que las otras opiniones criticadas en esta nota; y por otra parte, me parece entender que el profesor LACRUZ vino a afirmar más bien lo contrario sobre similar problema (o sea, lo que aquí estoy defendiendo) en su trabajo en el ADC de 1968 titulado *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 456 y 466.

para excluir la preterición de ciertos descendientes, nombrarlos o mencionarlos si ya había nombrado o mencionado en su testamento a otro descendiente suyo que fuera ascendiente de aquellos descendientes que se consideraban y que podrían entenderse como "*representados*" en el nombramiento o mención del otro descendiente del disponente que era ascendiente suyo.

El precepto legal del artículo 188-2º es defectuoso o poco preciso en su redacción, al arrastrar como un vicio de origen la incoherencia que engloba la interpretación a la que me he referido. Y es defectuoso puesto que con arreglo al mismo concepto de preterición del artículo 188-1º, parece que, como ocurría también bajo la Compilación, sólo cabe haber sido preterido o no una vez llegado el momento de la delación de la herencia, o mejor todavía una vez llegado el momento de la apertura de la sucesión, y que la distinción entre legitimarios de grado preferente y de grado no preferente del artículo 173 necesariamente está presuponiendo implícitamente, según oportunamente se explicó, a los que reúnan las condiciones que el precepto expresa en dicho preciso momento. No cabe rigurosamente preterición de los legitimarios de grado preferente anterior a la apertura de la sucesión, puesto que sólo son aquellos, de momento, titulares de una expectativa de hacerse legitimarios inmediatos o preferentes. Por eso, la referencia del artículo 188-2º a ese supuesto "*ascendiente*" luego legalmente sustituido que no había sido "*preterido*", parece que debe reducirse no a verdadera falta de preterición en sentido estricto, sino a casos de descendientes del causante que sean a la vez ascendientes del definitivo legitimario preferente y que, antes de la "*delación*" (apertura de la sucesión, mejor) de la sucesión, hubieran recibido donaciones imputadas en la legítima (cfr. art. 175-1º) o incluso atribuciones *mortis causa* en pacto sucesorio con modalidad de institución de presente o que hubiesen sido mencionados acaso en una dispensa expresa de colación en alguna donación o en un pacto sucesorio de cualquier clase realizado por el disponente.

Estos hechos mencionados no constituirían una verdadera falta de preterición en sentido técnico antes de la "*delación*" (apertura de la sucesión, mejor) de la sucesión, pero serían suficientes para excluirla al llegar ese momento, según la tajante declaración del artículo 188-2º de la LS, al haberse producido antes de la "*delación*" (apertura de la sucesión, mejor) de la sucesión el evento que dio origen a la sucesión legal del aludido "*ascendiente*" según el precepto (premorienza; indignidad; desheredación con justa causa; incluso exclusión absoluta hecha en pacto sucesorio, algo más extrañamente). Ya acabo de apuntar a que el precepto del art. 188-2º puede encontrar un cierto paralelismo o apoyo en el también problemático precepto del artículo 175-1º de la LS, cuyo contenido he valorado y criticado anteriormente. Ambos novedosos preceptos, ninguno de los cuales estaba en la Compilación de 1967, parecen reflejar una concepción en mi opinión errónea, aunque cuente con el respaldo de varios prestigiosos juristas, de la distinción entre legitimarios inmediatos o de grado preferente y legitimarios mediatos o de grado no preferente.

De modo que, con esta explicación y precisión, y puesto que la preterición intencional carece genéricamente de efectos (artículo 192 de la LS), lo que parece que realmente impone el artículo 188-2º es la imposibilidad de los legitimarios preferentes desconocidos por el disponente, y sobrevenidos en sentido amplio, de acceder al estatus y cuota de legítima del preterido no intencional (art. 193-1º) cuando algún ascendiente suyo o ex-legitimario provisional haya recibido atribución o mención en las condiciones explicadas. Lo que el precepto del artículo 188-2º realiza, entonces, es una nueva y discutible reducción del alcance lógico y normal de la preterición no intencional, a base de ampliar

excepcionalmente a estos efectos, y exclusivamente para dichos efectos, el ámbito habitual del concepto legal de legitimarios de grado preferente dentro del que se viene a incluir forzosamente, con dicho fin empequeñecedor de la preterición no intencional, incluso a los ascendientes o ex-legitimarios provisionales sustituidos legalmente y que hubieran recibido atribución, sobre todo, o mención, incluso, más difícilmente, en los excepcionalísimos supuestos en que menciones “casuales” pueden arbitraria e involuntariamente, según se explicó, evitar la preterición no intencional.

Y por cierto que en este supuesto del artículo 188-2º, parece que estas menciones casuales y arbitrarias que podrían excluir la preterición no intencional, y que dan algún ámbito residual de aplicación efectiva al artículo 189 de la LS, acaso serán aquí algo menos infrecuentes o inverosímiles que en los otros contextos genéricos explicados en su momento. Para estos supuestos, cabría concebir que una mera mención (sin existencia de atribución) para excluir, o una legítima simbólica, pensada en el testamento para el hijo, e irrelevante como tal con base en el artículo 192 de la LS, funcionara en cambio finalmente y fuera relevante como verdadera “mención” arbitraria y excluyente de la preterición no intencional, por obra del artículo 188-2º, en perjuicio del nieto sustituto. Acaso ha construido aquí el legislador aragonés, absurdamente, una especie de “representación” en la mención (que no en la sucesión de alguien, según siempre se había entendido) como la que me he empeñado en demostrar (véase la extensa nota inmediatamente anterior), contra la opinión de algunos, que no existió en la Compilación. Y en todo caso, el injusto resultado es que menciones para excluir, pensadas para el descendiente de primer grado como propias de pretericiones intencionales, que respecto de él hubieran sido irrelevantes (art. 192), pueden pasar ahora a ser relevantes respecto de descendientes de segundo grado ahora como típicas menciones cualesquiera y arbitrarias de las que excluyen injustamente la cuota legal de los que, de no existir la regla especial del artículo 188-2º de la LS, hubieran podido ser preteridos no intencionales. El resultado sería tan injusto como he explicado que es en todos los demás casos de “menciones” arbitrarias y excluyentes de la preterición no intencional, y tan demostrativo como en ellas de que el legislador de 1999, huyendo de un pretendido (aunque falso, en mi opinión) exceso de ritualismo de la regulación de la preterición de la Compilación (art. 123), ha acabado incurriendo en un nuevo y, éste sí, verdadero, ritualismo al dar a estas menciones arbitrarias, y que no están respaldadas por voluntad tácita ni presumible ninguna, la virtualidad de excluir la cuota de legítima del preterido no intencional<sup>285</sup>.

Especialmente sangrante resultará la injusticia de la exclusión de la cuota legal de legítima de los hijos que hubieran sido, de no existir el artículo 188-2º, preteridos no intencionales, cuando sea su padre el premuerto al disponente y la mención se deba a una desheredación injusta de ese hijo del disponente premuerto hecha por su padre, ya que esa mención para desheredarle cabe literalmente con toda claridad dentro del concepto de mención “cualquiera” del artículo 189-1º de la LS<sup>286</sup>. Habría que buscar algún tipo de interpretación forzada o incluso correctora, acaso afirmando que la deshereda-

285 Por todo lo explicado, no estoy en absoluto de acuerdo con GIL NOGUERAS, Luis Alberto, quien afirma sobre el artículo 188-2º, recordando la vigencia de los artículos 24, 171 y 173 de la LS, que este precepto legal es “cuestionable” (en esto de acuerdo) y “superfluo” (en esto reside mi total desacuerdo). Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, Zaragoza, 2006, pg. 598.

286 Por supuesto, bajo el régimen de la Compilación, como explicaba LACRUZ, si el desheredado injustamente fallecía antes que el ascendiente, el hecho de nombrarlo en el acto *mortis causa* no valía como mención y sus descendientes estaban preteridos. Cfr. *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en el ADC, de 1968; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pg. 488.

ción injusta es figura especial y que, pese al artículo 189-1º, no representa “mención”, para evitar a toda costa resultado tan injusto como el explicado<sup>287</sup>.

Refiriéndose el artículo 193-1º exclusivamente a legitimarios preferentes por hipótesis desconocidos del disponente, resulta que la regla del artículo 188-2º no podría nunca invocar una presumible voluntad del disponente de excluirlos de la legítima, por lo que el fundamento dogmático del precepto, nacido de la anterior y discutible interpretación doctrinal ya explicada, resulta bastante oscuro y discutible. Si el fundamento de la regla intenta buscarse en el artículo 175-1º y en la idea de que los que denomino ex-legitimarios provisionales sean verdaderos legitimarios, la explicación tropezaría con las importantes objeciones que he opuesto anteriormente a una interpretación puramente literal de este precepto del artículo 175-1º de la LS. De ambos preceptos, artículos 175-1º y 188-2º de la LS, cabe afirmar que erosionan el instituto de la legítima aragonesa y que bajan el nivel de la técnica legislativa con la que el legislador de 1967 lo había regulado. Son, en mi opinión, cristalizaciones legislativas de interpretaciones doctrinales poco acertadas. Y ni que decir tiene que bajo la vigencia de la Compilación de 1967 es seguro que su artículo 123 excluía la aplicabilidad supletoria en Aragón del párrafo 5º del artículo 814 del Código civil, en su versión reformada en 1981. También he argumentado, al comentar el artículo 175-1º de la LS, contra la aplicabilidad supletoria del artículo 1038, párrafo 1º, del Código civil, referido además, bajo la vigencia de la Compilación y según una autorizada opinión, a la imputación de donaciones en la legítima.

En otro sentido, el artículo 188-2º, para no producir la extinción de la legítima y violentar frontalmente el artículo 171, hay que entender que presupone que existen otros legitimarios a los que ha ido a parar la legítima. Cuando no haya sido así, ni en legitimarios preferentes ni en no preferentes, debe entenderse necesariamente que el artículo 188-2º no puede operar y que, contra su tenor literal, incluso existiendo un ascendiente no “preterido” en el impropio sentido del precepto, su descendiente legitimario preferente preterido o todos sus descendientes legitimarios preteridos si todos lo han sido, sí que habrán sido preteridos no intencionalmente, y ello producirá la delación de todo el “caudal relicto”, conforme al artículo 193-2º de la LS. O sea que, cuando menos a estos efectos, hay que hacer una reducción teleológica al artículo 188-2º, por exigencias del artículo 171.

Como los supuestos del artículo 199 no son en absoluto casos de preterición, según se ha explicado, sino supuestos muy forzosamente asimilados a ella, no parece que la discutible limitación del artículo 188-2º al ámbito de la preterición no intencional debiera aplicarse tampoco a dichos supuestos si en algún caso podía coincidir en los mismos la existencia de un ex-legitimario provisional o “ascendiente” de los legitimarios preferentes con motivo expresado y con error determinante de exclusión o de desheredación, que hubiera recibido atribución o hubiera sido mencionado antes de la “delación” (apertura, mejor) de la sucesión.

<sup>287</sup> CALATAYUD SIERRA, Adolfo, que ya he explicado que es a quien principalmente debemos, al parecer, la existencia de esta desafortunada norma del artículo 188-2º de la LS, proponía para este supuesto bajo la vigencia de la Compilación de 1967, y desde su peculiar visión de la preterición, que los derechos legitimarios genéricamente destinados al premuerto desheredado injustamente y mencionado como tal pasaran a sus descendientes por vía de sustitución, aplicando por analogía el artículo 141 de la Compilación. Reconocía el autor que para LACRUZ, en cambio, en un caso así no podía entenderse que hubiera mención y que, por tanto, había preterición de los descendientes del desheredado injustamente. Cfr. *Las legítimas en Aragón*, en las *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1993, 1994*, pg. 65. Obsérvese que hoy, resolver el supuesto razonablemente desde las normas de la sustitución legal resulta todavía más difícil que bajo la vigencia de la Compilación, puesto que la ley no recoge en absoluto dicho supuesto entre los de sustitución legal (no, en particular, en el artículo 24-1º) y además restringe el ámbito de la sustitución a los “casos previstos en esta Ley” (art. 19 de la LS).

## 15º) DESHEREDACIÓN CON Y SIN CAUSA LEGAL.

Tanto en el Apéndice (art. 32, párrafos 2º y 3º) como en la Compilación (art. 123) la desheredación injusta o sin causa producía, como lógica reacción del ordenamiento, el derecho a la cuota legal de legítima del legitimario inmediato injustamente desheredado de cuantía igual a la cuota de legítima del legitimario menos favorecido por el testador o disponente. Según el artículo 122, que debía haber ordenado sólo la delación abintestato de los dos tercios del caudal base de la legítima en caso de desheredación injusta de todos los legitimarios, ordenó la delación de los dos tercios del “caudal” si el testador conocía al testar a todos los legitimarios (esto correcto, o al menos defendible como solución legal) o la delación de todo el “caudal” cuando el testador no conocía al testar la existencia de todos los legitimarios (esto excesivo e incorrecto).

En la LS la desheredación justa o con causa singular está regulada en los artículos 194 a 196, que va referida a los legitimarios sin distinción de los de grado preferente o no preferente, y establece como efecto normal la privación de la condición de legitimario y de las atribuciones sucesorias que “*le correspondan*” por cualquier título (parece, en principio, que todos los títulos “*lucrativos*” que según el artículo 172 permiten el pago de la legítima con liberalidades tanto entre vivos como por causa de muerte), “*excepto de las voluntarias posteriores a la desheredación*”. La Compilación no regulaba la desheredación justa, con lo que eran aplicables los artículos 848 y siguientes del Código civil que, aunque son poco expresivos, significan según la doctrina, la privación de la legítima para el desheredado y también de sus posibles derechos en la sucesión intestada, o incluso la privación de las disposiciones testamentarias anteriores que se pudieran entender subsistentes, aunque parece que no la revocación de las donaciones imputadas en la legítima, salvo que la causa de desheredación lo fuera también de revocación de la donación según la regulación de las donaciones del propio Código civil<sup>288</sup>.

La privación de los derechos legitimarios que correspondían al legitimario en Aragón bajo la Compilación era, para los legitimarios inmediatos, la privación de las cuotas legales “vacías” de legítima de los artículos 124, 123, y acaso 121, y la privación también de la condición de legitimario, con lo que quedaba limitado lo que voluntariamente le podría atribuir el disponente en el futuro al tercio de libre disposición; y para los legitimarios mediatos sólo la privación de la condición de legitimario, puesto que no tenían éstos cuotas legales “vacías” o derechos legales o necesarios a la legítima. Estos mismos efectos hay que pensar que se derivan hoy, en principio, del artículo 196-1º de la LS, que presupone, aunque no explicita, la distinción mencionada entre, ahora, legitimarios de grado preferente y legitimarios de grado no preferente. La LS ha tenido el mérito de entender que la desheredación justa singular también tenía sentido en Aragón, pese a que parte de la doctrina, obsesionada con que el legitimario aragonés no tiene cuota legal de legítima “material”, había tenido muchas dificultades para reflexionar sobre esta figura jurídica. En el Preámbulo de la LS hay todavía un cierto eco de esas dificultades de comprensión.

Las atribuciones que “*le correspondan*” por “*cualquier título*” incluyen también desde luego, aparte de las cuotas legales vacías de legítima, el supuesto, más bien raro habiendo por hipótesis testamento; de posibles derechos en una sucesión parcialmente deferida abintestato. Bajo la Compilación era discutible si eran alcanzadas por el efecto de la desheredación justa incluso las donaciones imputadas en la legítima, y creo que sigue

288 Cfr. en tal sentido, por ejemplo, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pp. 195-196.



siendo discutible también bajo el artículo 196-1º, cuando la causa de desheredación no sea a la vez causa de revocación de las donaciones con arreglo a la regulación del Código civil sobre las donaciones, coincidencia de regulaciones que no ocurrirá en la mayor parte de las ocasiones.

Las causas de desheredación las enumera el artículo 195 de la LS, pudiendo ser también las mismas causa de revocación unilateral del pacto sucesorio (art. 86, 1º, letra c, de la LS), o causa de pérdida de la condición de fiduciario (art. 147, letra f, de la LS), y el artículo 93-1º de la Ley aragonesa 2/2003 las considera también causas, cuando la ofensa es entre los cónyuges, por las que cada cónyuge puede privar al otro en testamento del derecho de viudedad.

En cuanto a las atribuciones voluntarias posteriores a la desheredación cuya validez salva expresamente el legislador, cabe dudar sobre si se refiere exclusivamente a las que quepan en la mitad de libre disposición, dado que no se formula ese límite por la Ley a pesar de haberse impuesto la pérdida de la condición de legitimario al desheredado con causa, o si, por el contrario, podrían incluso dichas liberalidades llegar a penetrar en la legítima, con lo que acaso debería ya presumirse el perdón por el disponente de la concreta causa de desheredación. En todo caso, tal como está redactado el artículo 196-1º, deja claro que la mera atribución por el disponente de liberalidades posteriores al desheredado no implica necesariamente el correspondiente perdón, regulado en otro párrafo del artículo y que, junto a la reconciliación entre disponente y legitimario ofensor, *“deja sin efecto la desheredación ya hecha”* (art. 196-3º).

Que la desheredación con causa de todos los legitimarios extingue la legítima colectiva lo afirma el artículo 196-2º y también el Preámbulo de la LS de 1999. Lo mismo había que entender, por aplicación supletoria del Código civil, bajo el Apéndice y bajo la Compilación aragonesa de 1967. El error ya explicado del artículo 122-2º de la Compilación ha sido en parte aunque oscuramente rectificado por este artículo 196 y por el artículo 193-2º, ya explicado anteriormente dentro del tema de la preterición no intencional. En el Código civil, las causas de desheredación también hacen cesar el derecho a los alimentos (art. 152-4º).

Veamos ahora el régimen jurídico de la desheredación sin causa. Tanto el Apéndice (art. 32, 2º y 3º) como la Compilación (art. 123) daban al injustamente desheredado la cuota legal del legitimario menos favorecido por el testador desde la razonable consideración de que el disponente había intentado excluir de la legítima al legitimario inmediato de un modo ilícito; que había querido quitarle su cuota legal *“vacía”* de legítima; y que, además, de forma deliberada o no, le había excluido de una forma que objetivamente era ofensiva y significativa de menosprecio. La existencia de este objetivo menosprecio hacía irrelevante la existencia o no del error subjetivo del disponente al imputar al legitimario inmediato la supuesta causa de desheredación. En todo caso el legitimario quedaba cubierto contra una actitud o actuación ilícita del disponente.

La LS de 1999 da en esto un cambio espectacular, y permite al disponente, por remisión a la exclusión absoluta (art. 198-1º), imputar impunemente al legitimario preferente o no preferente de forma deliberada una causa de desheredación que sabe inexistente y falsa, sin imponer aparentemente ninguna reacción del ordenamiento, y dando a ese hecho el pleno efecto de privar de todo derecho en la sucesión al legitimario injusta y absolutamente desheredado. Lo mismo ocurrirá si el injustamente desheredado lo es por error del disponente pero error no expresado en el acto dispositivo o por error no determinante. Si la imputación por el disponente al legitimario de una causa falsa de

desheredación se hace por error, que haya sido además expresado y que sea determinante, ya hemos explicado que el artículo 199 otorga al singular e injustamente desheredado la cuota legal del menos favorecido por el disponente, por asimilación al caso de la preterición no intencional<sup>289</sup>.

La regulación de la LS tiene, ante todo, el acierto de partida de haber creído inicialmente, puesto que las ha regulado, en la existencia de la desheredación justa e injusta singular. El profesor Lacruz<sup>290</sup>, seguido en esto por casi todos (Vallet de Goytisolo; Merino Hernández; etc), y creo que acaso desorientado por la algo simplista idea de que el legitimario aragonés no tiene cuota legal de legítima “material”, había reconducido innecesaria y forzosamente la existencia de la desheredación injusta singular a un error en los motivos. Creía que falta de causa justa tenía que significar en nuestro Derecho falsa causa entendida como error en los motivos. Personalmente había criticado cuidadosamente esa teoría en mi trabajo de 1997<sup>291</sup>, teoría que pensaba yo que podía ocultar las claves profundas de nuestro sistema legitimario. Finalmente, la regulación recordada de la LS de 1999 (arts. 198-1º y 199) parece que ha pagado un lamentable tributo a esa que considero errónea teoría del maestro y ha desembocado en una regulación bastante irrazonable, en mi opinión.

En efecto, que nuestro legislador dé plena eficacia jurídica sin reacción ninguna del ordenamiento a la imputación por el disponente de una causa de desheredación que sabe perfectamente que es falsa, no sólo es demostrativo de un criterio de liberalismo exacerbado que hace prevalecer la real voluntad de excluir soslayando la ética y la necesidad de un comportamiento correcto, sobre todo con los propios hijos y descendientes, sino que tiene algo de monstruoso, y es contrario a la directriz que el propio legislador ha impartido en el artículo 156, donde no sólo atribuye valor impediendo de la eficacia de la disposición por causa de muerte a los motivos expresados “falsos” si el motivo ha sido determinante, sino también atribuye con toda razón ese mismo valor de impedir la eficacia de las disposiciones por causa de muerte a los motivos expresados y determinantes “ilícitos”, como sin duda lo sería la calumnia o incluso injuria realizadas por el padre o madre y nada menos que en un pacto sucesorio o testamento contra su hijo o descendiente legitimario. En la misma línea que el artículo 156 véase también la regulación de las condiciones válidas del artículo 161. Quizás podría argumentarse también desde el artículo 109-1º de la LS, que establece que es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Pero, acaso este precepto no sea suficiente para poder solucionar la cuestión, porque, aparte de estar limitado sólo al testamento, resulta difícil de afirmar, existiendo la posibilidad del disponente completamente libre de excluir a un colegitima-

289 Esta regulación, que como voy a explicar a continuación es injusta e insólita, es aceptada curiosamente, o resignadamente, por GIL NOGUERAS, Luis Alberto, quien explica que si la desheredación es injusta (por ejemplo, causa que no fuese legal), ello no supondría que el causante tuviese derecho concreto a bien alguno, sino que su situación sería similar a la exclusión absoluta (piensa, parece, sin citarlo, en el artículo 198-1º, que lleva en efecto a una consecuencia como la exclusión absoluta, muy distinta de la del antiguo artículo 123 de la Compilación), y por tanto quedaría privado de los bienes de la herencia, a salvo que hubiere en el motivo del causante un error determinante (art. 199). Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 613 y 615-616.

290 Cfr. de LACRUZ su trabajo *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, en ADC, 1968, pp. 513 y ss.; y también en sus *Estudios de Derecho privado común y foral*, Tomo 2º, 1992, pp. 467-468 y 486-487.

291 Entre otros varios argumentos, aduje el de que esa teoría de mi maestro que critiqué tenía poco en cuenta los antecedentes históricos muy significativos del precepto legal; forzaba extraordinariamente la letra de la ley y además obligando a entender el término “desheredación injusta” unas veces en su sentido tradicional y otras veces como error en los motivos; y que si de verdad se hubiera tratado de un error en los motivos no hubiera tenido sentido alguno sancionarlo sólo para los legitimarios inmediatos, como habría que haber entendido, según dicha teoría, que hacía la ley en el artículo 123 de la Compilación. Cfr. mi trabajo de 1997, pp. 42-43.

rio individual preferente, que el motivo ilícito o inmoral haya “*determinado esencialmente*” la disposición voluntaria de desheredación calumniosa. Lo esencial parece la voluntad de desheredar y el motivo parece presentar un cierto carácter extrínseco a dicha voluntad, por muy condenable que pueda resultar moralmente.

Obsérvese, que paradójicamente, la injuria grave del desheredado al disponente o a su cónyuge que sea también ascendiente del desheredado es una de las causas de desheredación (art. 195, letra c.). Así que hoy la letra de la legislación aragonesa sanciona civilmente las injurias graves de los descendientes a sus ascendientes, pero en cambio parecería admitir expresamente sin reacción jurídica ninguna rectificatoria de la eficacia las calumnias o hasta injurias solemnizadas en acto dispositivo por causa de muerte de los ascendientes hacia los descendientes. No sé si por influencia de la que considero errónea teoría de Lacruz sobre la desheredación injusta, o por otra razón, pero parece evidente que nuestro legislador olvidó incluir el término “*ilícitos*” junto al de “*erróneos*” en el artículo 199. Y siendo el artículo 199 norma más especial respecto del más razonable artículo 156, la corrección interpretativa del primero es formalmente difícilísima de hacer (seguramente sería correctora), aunque parece a la vez una interpretación ineludible. No serviría de excusa la alegación de que estos supuestos de desheredación calumniosa de hijos o descendientes serán presumiblemente raros en la práctica. Podrían hacerse, todo lo infrecuentemente que se quiera, en testamento ológrafo o podría el notario ignorar la falsedad de hechos acaso rotundamente afirmados por el disponente que acaso el notario no tendría medios para contrastar. Parece que no hay más remedio que, o aplicar forzosamente el mencionado artículo 109-1º de la LS a nuestro supuesto, o añadir a la ya muy heterogénea lista de casos en los que nuestra Ley atribuye la cuota legal del preterido no intencionalmente (art. 199) el caso de los legitimarios, al menos preferentes, calumniosamente desheredados<sup>292</sup>.

Un supuesto posible de desheredación injusta que será menos frecuente, y que podría ser también doloso o calumnioso o no, sería el de la revocación unilateral de un pacto sucesorio por un instituyente alegando causas de desheredación o de indignidad (art. 86-1º, letra c) y excluyendo a alguno de los legitimarios de grado preferente, si luego éste conseguía probar la inexistencia de esa causa que por error o con dolo se le imputó. Si en el pacto este legitimario preferente había recibido ya una determinada parte de la herencia, podría recuperarla al demostrar, en juicio en su caso, la injusticia de su expulsión. Pero si en el pacto sucesorio no se había llegado todavía a fijarle una concreta parte o porción de la herencia, parece claro que por aplicación del artículo 199 de la LS, que alude a “*título sucesorio*” y no sólo a testamento, debería tener derecho a la cuota del legitimario incluido por atribuciones en el “*caudal relicto*” del pacto sucesorio y que fuera el “*menos favorecido*” por el disponente (artículo 193-1º de la LS).

Como ha sido notado<sup>293</sup>, el desheredado con causa perdonada tendrá derecho, salvo previsión en contra del causante, a una porción igual del caudal relicto que, tras la

292 Puede citarse además un razonamiento paralelo al que formulo en el texto en un problema parecido discurrido por el profesor LACRUZ respecto de la desheredación en el Código civil. Explicaba el autor que no cabe admitir, aunque algunos lo hagan, que la imputación calumniosa de una causa de desheredación, si mencionada en el testamento, debiera interpretarse como voluntad tácita del testador que pudiera mejorar, injustamente, a los otros legitimarios. Consideraba el maestro muy dudoso que una voluntad injusta expresada tenga efectos dispositivos implícitos, cuando no los tendría igual voluntad sin expresar (la falta de mención del legitimario en el testamento), que sería menos injusta que la similar voluntad expresada. La teoría contraria le parecía a LACRUZ un modo excesivamente lato de entender la protección a la voluntad en el testamento; desde luego, protección no mencionada en la ley (el Código civil, evidentemente). Cfr. su *Derecho de sucesiones*, Volumen 2º, 1973, pg. 198.

293 Cfr. GIL NOGUERAS, Luis Alberto, en *De la legítima*, en la obra colectiva *Manual de Derecho de sucesiones*, Zaragoza, 2006, pg. 614.

reducción, corresponda al legitimario preferente partícipe del caudal relicto menos favorecido por el disponente, por aplicación analógica de los efectos de la preterición no intencional en relación al artículo 199 de la LS, relativo a la exclusión simple o absoluta. El perdón o la reconciliación parece que deberán conducir también a obtener la cuota de la legítima del preterido no intencional al indigno que en base a su condición de tal hubiera quedado inicialmente excluido de la legítima global (arts. 17, 199 y 193-1º de la LS). Para estos casos de perdón se ha defendido<sup>294</sup>, razonablemente en principio, que el mencionado perdón tendrá que ser específico respecto de la concreta causa de desheredación, pero no veo razón para no enfrentar como un problema de interpretación de voluntades, que pueden ser incluso tácitas, la duda de si en un perdón formulado genéricamente y sobre todas las ofensas recibidas de una persona legitimaria pueda o no entenderse incluida, si la concreta ofensa era conocida por el disponente y fue tenida en cuenta por él, también el perdón sobre esa concreta ofensa de la que se derivó la desheredación o la indignidad.

Otro supuesto de posible aplicabilidad del artículo 193-1º de la LS parece que podría ser, con ciertos requisitos, el de la aplicabilidad supletoria en Aragón del artículo 900 del Código civil. Según este precepto, "*el albacea que no acepte el cargo, o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima*". Aquí no es la voluntad del disponente la que priva de la legítima o de la herencia por una justa causa al legitimario, sino que la propia ley, por una causa que considera suficiente como la falta de una actitud colaboradora por parte del designado albacea, le priva al legitimario de los beneficios de las liberalidades voluntarias *mortis causa* que el disponente le había atribuido. Tratándose de un legitimario hijo único la aplicabilidad supletoria en Aragón del artículo 900 parece clara y fácil. Si el supuesto es de varios legitimarios preferentes y el que de ellos rechaza el cargo de albacea había recibido herencia o legado a título de legítima, también me parece que puede sostenerse que mantenga esas atribuciones aunque no otras que hubiera podido recibir a cargo de la mitad libre. Si el legitimario era uno de los preferentes pero nada se le atribuyó en el título sucesorio, o era legitimario no preferente y sí que se le atribuyó algo por el disponente, en ambos casos debe el legitimario quedarse sin nada. Si el legitimario es preferente y el disponente le había excluido en vida pensando erróneamente que no aceptaba el cargo de albacea (le habían engañado interesadamente otros), y expresando en el título sucesorio este error determinante, acaso cuando demostrase el legitimario que se le excluyó sin una causa justificada podría reclamar la cuota del menos favorecido por el disponente (artículo 199 de la LS).

El artículo 198-1º de la LS no deja del todo claro si la equiparación que realiza del régimen de la desheredación sin causa legal y expresada a los efectos de la exclusión absoluta se debe entender extendida a la solución que da el artículo 198-3º para la exclusión absoluta que afecte a todos o al único legitimario, caso para el que el legislador establece que los legitimarios así excluidos conservarán el derecho a suceder abintestato y el derecho a reclamar a los no descendientes contra la lesión a la legítima. Al menos esto hay que pensar en efecto, por razones sistemáticas, que tendrán los desheredados sin causa expresada cuando sean el único o todos los legitimarios, preferentes o no, los que padezcan esta forma de exclusión a través de una desheredación irregular.

Conviene advertir, no obstante, que aunque el legislador de 1999 haya traído, como en este artículo 198-3º, la regulación sobre exclusiones de sucesión intestada a sede de la

294 Cfr. GIL NOGUERAS, Luis Alberto, en *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pg. 618.

regulación de la legítima<sup>295</sup>, ello no confiere desde luego naturaleza imperativa a esa parte de la norma que se refiere a la sucesión intestada. Además, es seguro que en su muy tajante afirmación sobre la sucesión abintestato, en que afirma el artículo 198-3º de la LS que el excluido o los excluidos absolutamente “*conservarán*” su derecho, la ley afirma literalmente más de lo que quiere y puede afirmar. Aunque la ley se refiera literalmente a la sucesión intestada sin más matices, parece claro que sólo puede referirse a la sucesión intestada residual. Expliquémoslo con un ejemplo. Si un hombre casado y sin hijos que cree que le va a heredar legalmente su mujer (sus padres han muerto) se entera de que había tenido un hijo extramatrimonial, que le reclama la paternidad, y hace un testamento ológrafo declarando simplemente que no deja nada a ese descendiente ni de su legítima ni ningún otro derecho sobre la herencia, al morir, resultaría en principio, y desde luego que por aplicación de las reglas ordinarias de la sucesión legal, que la mitad libre de la herencia de este hombre la heredaría el hijo extramatrimonial y no el cónyuge. Los artículos 198-3º ni 202-1º parece que no dejarían en principio margen a la interpretación de ese testamento con declaración sólo negativa (art. 101 de la LS), por evidente que pudiera adivinarse que fue su voluntad última. Pero si nuestro protagonista, en su testamento ológrafo, aparte de la exclusión absoluta del hijo extramatrimonial dejaba heredera a su mujer con algún tipo de declaración de voluntad suficiente, es claro que ésta le heredaría en la mitad de sus bienes y que la otra mitad quedaría para el hijo extramatrimonial, en concepto de legítima.

Por otra parte, si se admite la interpretación correctora sobre el artículo 199 que he defendido, y se incluyen en dicho precepto como motivos “*ilícitos*” la exclusión deliberada y dolosa del único o de todos los legitimarios existentes, o incluso de todos los legitimarios preferentes, cuando no haya sido designado heredero o legatario ningún descendiente legitimario no preferente, la solución para dicho caso parece que debería poder llegar más lejos, y desembocar, *a fortiori* con la solución aportada por el artículo 193-2º para el caso de preterición no intencional de todos o el único legitimario, en la delación abintestato de todo el caudal relicto, cuando esta vía de reclamación dé a los legitimarios calumniosamente desheredados mayor participación en la herencia que la del artículo 198-3º. Porque, en efecto, no debe de ser nunca menor la reacción de las normas imperativas sobre la legítima frente a la dolosa y calumniosa desheredación injusta de todos o del único legitimario existente, que frente a la preterición no intencional de esos mismos legitimarios. Si, no obstante, por la existencia de un cuantioso *donatum* en la sucesión, les interesa más a los legitimarios calumniosamente desheredados la vía de reclamación del artículo 198-3º que la del artículo 193-2º, deben poder elegir la primera vía de reclamación. Si no queremos entender que la Ley aragonesa de 1999 ha prescindido a la vez de la lógica y de la ética, parece que hay que reconocerles la mencionada opción a los legitimarios calumniosamente desheredados.

El artículo 198-1º de la LS no deja tampoco del todo claro si la equiparación que realiza del régimen de la desheredación sin causa legal y expresada a los efectos de la exclusión absoluta se debe entender extendida, en su caso, a la solución que da el artículo 198-2º, donde se establece que la estirpe de los excluidos absolutamente sustituye legalmente a éstos en el derecho de que los mismos se ven privados a suceder abintestato y en el derecho a ejercer la acción de lesión de la legítima por liberalidades inoficiosas. Ya sabemos que ni cabe plantear esa posibilidad en los casos en los que las normas de la legítima

<sup>295</sup> SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, Alfredo, ha considerado que la exclusión simple que no tenga carácter de desheredación hubiera sido más adecuado regularla en el marco de la sucesión legal en la que pretende interferir. Cfr. *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006, pg. 587.

ma otorgan derechos (art. 199) a los legitimarios desheredados sin causa, como en el de la desheredación con motivo o causa expresada y errónea con error determinante o, probablemente, también en el de los legitimarios calumniosamente desheredados. Pero todavía quedan los casos de los desheredados alegando y expresando el disponente una causa que él creía existente y que luego resulta inexistente (errónea) pero en el que el error no sea determinante; o el de que formule el disponente su exclusión como desheredación pero sin invocar ninguna de las causas legales del artículo 195. Para estos “desheredados” sin causa, que sin duda se verían privados de sus derechos en la sucesión abintestato y en la acción de lesión de la legítima (arts. 198-1º y 2º, y 199, *a contrario*), ¿entraría en juego la sustitución legal automática de sus estirpes en dichos derechos como ordena para la exclusión absoluta el artículo 198-2º?. La respuesta negativa parece derivarse taxativamente de los artículos 23 y 24 de la LS, donde reconociendo reiteradamente que hay sustitución legal en el caso de la exclusión absoluta, se afirma rotunda y reiteradamente que sólo la hay, en cambio, en la desheredación con causa legal. Luego parece claro que la remisión genérica del artículo 198-1º, inciso 2º, al régimen de la exclusión absoluta como aplicable a la desheredación sin causa no es admisible en cuanto a la cuestión de la sustitución legal (art. 198-2º).

Esta me parece la clara solución legal de *lege lata*. De *lege ferenda*, creo que, como explico en el epígrafe siguiente, la solución buena es la negativa de la sustitución legal de la estirpe en los derechos del legitimario preferente excluido absolutamente, y ello en beneficio de los otros colegitimarios de grado preferente del excluido, como precisamente se regulaba el tema (aunque sin aludir todavía a exclusión “absoluta”) en la Compilación de 1967. Ahora bien, si se admite que deba haber sustitución legal automática por la estirpe en los derechos de que se ha visto privado el excluido “absolutamente”, carece de sentido no reconocer lo mismo a los desheredados sin causa no amparados por el artículo 199, y que se vean privados de los mismos derechos que los excluidos absolutamente y que, además y a diferencia de ellos, han recibido un trato más ofensivo por parte del disponente. Argumento, por cierto, que sería especialmente cierto y necesario, si no se admitiera la interpretación correctora que he propuesto en este trabajo de aplicar el artículo 199, sin base en la letra de la Ley, a los legitimarios calumniosamente desheredados por el disponente. Lo que nos muestra desde un nuevo punto de vista cómo el legislador aragonés de 1999 no ha conseguido construir para la legítima un sistema legal coherente.

## 16º) EXCLUSIÓN SIMPLE Y EXCLUSIÓN ABSOLUTA.

Los artículos 197 y 198 de la LS han modificado bastante profundamente el régimen jurídico de la exclusión de legitimarios inmediatos de los artículos 120 y 124 de la Compilación. Según estos últimos artículos, siempre que no hubiera un legitimario designado heredero o donatario universal, cualquier legitimario inmediato excluido tenía derecho a la acción de lesión de la legítima colectiva o cuota al resto de legítima no distribuida a los legitimarios del artículo 124 y, por supuesto, para los raros supuestos en los que, pese a existir pacto sucesorio o testamento, hubiera un resto de la sucesión que deferir abintestato, conservaba también sus derechos en la sucesión intestada. Esta regulación obedecía al designio muy medido del legislador de 1967 de anteponer al legitimario inmediato excluido frente a los legitimarios mediatos, que nunca podían tener derechos legales o cuotas legales “vacías” a la legítima, sino que sólo se les podían atribuir bienes, en concepto de legitimarios (por los dos tercios del caudal computable e

incluso anteponiéndolos a los legitimarios inmediatos que pudieran existir), y además con plena libertad dentro del tercio libre de disposición, a través de negocios jurídicos de cualquier clase (donaciones, liberalidades en pacto sucesorio; herencia; legado; etc.)<sup>296</sup>.

Para la exclusión que podríamos llamar simple, el legislador sí que mantiene sustancialmente el esquema explicado y característico de la Compilación de 1967, puesto que el artículo 197-2º le atribuye al simplemente excluido también la acción de lesión de la legítima contra liberalidades inoficiosas y el mantenimiento de los derechos que le correspondan en la sucesión legal residual del causante. En el artículo 189-1º, como antes en el artículo 106 de la Compilación, se sugiere que la exclusión de la legítima no tendría por qué coincidir con la de la sucesión intestada, y el artículo 197-2º confirma esta diferencia tajantemente.

Y ya ha sido advertido también cómo esta regulación muestra escasa lógica comparada con la del preterido intencional, a quien el legislador da menos derechos que al excluido. Sin embargo, movido una vez más por un liberalismo en mi opinión exacerbado, el legislador ha introducido ahora, en los artículos 23, 24 y 198 de la LS, una que denomina "*exclusión absoluta*", que se produciría cuando el disponente exprese su voluntad de privar al excluido de "*todo derecho*", y que realmente tendrá la consecuencia, cuando se trate de exclusión absoluta singular, de privar al excluido o excluidos de este modo de la acción de lesión de la legítima y de los derechos en la sucesión legal, en sus casos, y produciendo además esa privación la sustitución legal de las estirpes de descendientes del excluido o excluidos absolutamente. El artículo 24-2º de la LS sólo deja a los excluidos absolutamente el derecho a los alimentos del artículo 200 de la LS.

La nueva figura de la exclusión absoluta distorsiona profundamente los racionales esquemas del Apéndice y de la Compilación, y aunque el legislador elude cuidadosamente calificar como "*legitimarios de grado preferente*" a los descendientes del excluido absolutamente (cfr. arts. 24 y 173-1º), en realidad sí que los trata legalmente como tales, puesto que les reconoce cuotas legales "*vacías*" de legítima o derechos legales y desplaza el juego de la sustitución legal en la legítima del ámbito tradicional de que existiera o no voluntad o capacidad para heredar del eventual llamado en el instante de la apertura de la sucesión, o de la delación, al ámbito muy distinto de las decisiones de voluntad del disponente. La sustitución legal ya no juega sólo para los repudiantes o para los que no eran capaces de heredar por premoriencia, indignidad o desheredación, sino que se deja entrar en la misma por el legislador la voluntad del disponente como fuerza suficiente para desencadenarla. Y ello, aparte de que, como vimos, también la voluntad del legitimario preferente renunciante se permite muy discutiblemente que excluya la operatividad de la sustitución legal en la legítima. A la inversa, conforme al artículo 173-1º el excluido absolutamente sigue siendo legalmente calificado como legitimario de grado preferente, sea "*hijo*" o nieto, aunque no enumerado entre los que entran en el concepto por sustitución legal, pero esa calificación platónica se convierte casi en un sarcasmo, siendo que no va a tener ninguna participación en la legítima ni en la herencia. Y por supuesto que también nos aleja esta regulación de los esquemas, en esto razonables, de la representación en la sucesión intestada en el Código civil (arts. 929, 761 y 857), que son coincidentes en ello con los que hasta 1999 había mantenido el Derecho aragonés. En el Código civil, el disponente puede privar al colegitimario individual de su cuota

<sup>296</sup> Todo ello lo expliqué cuidadosamente en mi trabajo de 1997, pp. 15 y ss.; 23 y ss.; y 44 y ss.

residual de sucesión intestada, pero nunca puede privarle de su cuota material de legítima.

Personalmente no me gusta esta forma indirecta de atribuir derechos a legitimarios que hasta la nueva Ley podíamos denominar mediatos, a las estirpes del excluido, a través de la negación de una persona intermedia, que además es por hipótesis ascendiente (padre o madre, por ejemplo) de los beneficiarios de la atribución legitimaria<sup>297</sup>. Acaso sería exagerado afirmar que el legislador aragonés vuelve en este punto a fomentar o posibilitar o a tolerar los malos modales del disponente, en aras a una libertad suya un tanto sacralizada, pero al menos sí que parece que se puede afirmar que esta regulación va contra la proverbial franqueza aragonesa. Si el disponente quiere dejar bienes a los descendientes de un legitimario que está vivo, es capaz y además es quien legalmente sigue siendo todavía calificado como legitimario preferente (art. 173-1º: “hijo”), que lo diga directamente y les atribuya a esos descendientes los bienes que tenga a bien, a lo que ni la Compilación antes, ni la Ley de 1999 ahora, le han puesto límite concreto alguno. Pero insisto en que es una forma tortuosa de atribuir bienes de la legítima esta mera negación de los derechos ordinarios del ascendiente. Se trata de una atribución de bienes a los que encabezan la estirpe “puenteando” y menospreciando al descendiente antepuesto, quien, siendo menores los descendientes beneficiarios de las atribuciones, habría de ser además normalmente el representante legal de esos descendientes y el encargado de administrar esos mismos bienes de los que él se habría visto inelegantemente privado. El supuesto presenta cierta similitud con el contemplado por el artículo 164-2º del Código civil en el que se llega a privar a los padres de la administración de los bienes que heredaron sus hijos, gracias a que ellos mismos fueron indignos o injustamente desheredados. La similitud no es, con todo, tanta que quepa una aplicación supletoria y analógica del precepto.

La exclusión “absoluta” es un poco como lo contrario de la tradicional legítima simbólica del Derecho aragonés, que era y es una forma elegante de no dar, mientras que la exclusión “absoluta” es una forma inelegante de dar, puesto que los hermanos colegitimarios preferentes del legitimario “privado de todo”, y que hayan resultado preteridos, podrán mirar con legítima envidia, puesto que el legislador no les dejará nada a ellos ni a sus estirpes (art. 192), a ese hermano legitimario que se declara en teoría “privado de todo”, pero que en definitiva ve atribuir a su estirpe importantes derechos en la legítima y acaso en la sucesión intestada. Y recuérdese además que hemos necesitado una interpretación correctora del artículo 199 para evitar el resultado que se deriva de la letra de la ley de que también se pudieran atribuir bienes pertenecientes a la legítima a las estirpes de los desheredados a través de la que he denominado desheredación injusta por calumnia contra los legitimarios de grado preferente.

Si sabe el disponente, y ello será lo normal, sobre todo cuando en un testamento notarial tenga el asesoramiento debido, que el excluido absolutamente tiene estirpe, puede que la interpretación correcta de la voluntad del disponente (art. 101) lleve a reconocer en la privación absoluta más una atribución indirecta o puenteando al hijo que una verdadera voluntad de privación al mismo, lo que habría de tenerse en cuenta a efectos de posibles vicios de la voluntad; acaso a efectos fiscales, etc.

---

<sup>297</sup> Tiene bastante razón GIL NOGUERAS, Luis Alberto, cuando afirma que esta regulación por la LS de la exclusión debería haber sido más sencilla, y que la existente la ve prolija, esforzada y voluntarista, manifestando temor de que se convierta en una futura fuente de conflictos. Cfr. *De la legítima*, en la obra colectiva *Manual de Derecho de sucesiones*, Zaragoza, 2006, pg. 621.



Pero más grave que la falta de *elegantia iuris* de esta novedad legislativa que es la exclusión “absoluta” es, probablemente, que estos derechos legales otorgados rígidamente y automáticamente a quienes encabezan la estirpe del excluido absolutamente, nada menos que por tres artículos taxativos de la Ley (arts. 23, 24 y 198), no parece que representen una voluntad del disponente normalmente presumible, y hasta pueden representar en ciertos casos un resultado evidentemente contrario a la voluntad del disponente.

Piénsese en los siguientes ejemplos. Dejo las tres cuartas partes de todos los bienes de mi herencia a mi hermana Dolores, que me ha cuidado amorosamente en mi última enfermedad a pesar de su delicada salud; dejo el cuarto restante de mis bienes, por partes iguales, a mis hijos Daniel, Gabriel y Samuel, que están los tres en una situación económicamente apurada, pero no quiero dejar absolutamente nada de mis bienes a mi hijo Rafael, que se ha hecho riquísimo patentando invenciones. Si Rafael tiene hijos a su vez, parecería que podrían éstos reclamar *ex* artículo 198 de la LS, contra la evidente voluntad del testador, la cuarta parte de la parte inoficiosa de la liberalidad a título de heredera hecha a Dolores. El conjunto de los hijos de Rafael, en vida de su rico padre, podrían acceder, en concreto, a la dieciseisava parte de la herencia del causante, una parte igual de legítima que la que los hijos Daniel, Gabriel y Samuel podrían recuperar de su tía Dolores, aunque estos últimos tuvieran además ya atribuida desde el principio, y como legítima, otra doceava parte de la herencia del causante.

O bien, piénsese en el siguiente caso. Dejo toda mi herencia, que asciende a 500 millones de euros, a mi hermano Roberto, que es esquizofrénico y drogadicto; lego a mi hijo Rigoberto el piso en el que vive y no deseo dejar nada a mi hija Norberta, que, aunque está viuda, se gana bien la vida y la de sus hijos en su farmacia. Parecería derivarse del artículo 198-2º que los hijos de Norberta podrían reclamar *ex* artículo 179 una enorme cantidad de dinero a Roberto casi equivalente a la que le podría reclamar Rigoberto.

O también. Yo, Máximo Montesco, dejo toda mi herencia, que asciende a 500 millones de euros, a mi hermano Roberto, que es esquizofrénico y drogadicto; lego a mi hijo Rigoberto el piso en el que vive, y no deseo dejar nada a mi hija Norberta Montesco, por haberme desobedecido gravemente al casarse con Benigno Capuleto. En este caso serían los hijos de Norberta los que podrían reclamar una gran cantidad de dinero en concepto de reducción de una herencia parcialmente inoficiosa.

Intentar convertir el derecho de los que encabezan la estirpe del excluido absolutamente en una mera presunción interpretativa choca frontalmente con la letra de los artículos 23, 24 y 198 de la LS. Es cierto que según el artículo 19 de la LS la sustitución legal actúa sólo “*salvo previsión en contrario del disponente*”, pero dicha previsión en contrario parece estar pensando más bien en alguna previsión expresa del disponente relativa a un concreto destino de los derechos legitimarios de que se le priva al excluido absolutamente, y destino diverso del de la atribución a su estirpe, y destino que parecerá constituir casi siempre una voluntad retorcida y tortuosa del disponente, si es que tal caso llega a darse, que no estar pensando en una mera voluntad tácita a la que se llegue interpretando el testamento según los criterios del artículo 101-1º de la LS.

Otra vez necesitaríamos una interpretación casi correctora para poder afirmar que en supuestos como los propuestos existía “duda” interpretativa como la aludida en el artículo 101-1º de la LS, y para afirmar que siendo la voluntad del disponente excluir tanto al excluido absolutamente como a su estirpe, podía aceptarse, para intentar llevar a buen puerto esta vidriosa regulación, un acrecimiento de las cuotas de los demás legitimarios de grado preferente (arg. art. 171-2º, inciso segundo). Aquí sí que van a tener que

tener también cuidado, por tanto, los notarios aragoneses de excluir expresamente de la legítima también a la estirpe completa de los excluidos absolutamente, aunque ello pudiera acaso llegar a tropezar también con el vidrioso tema de las exclusiones mediante fórmulas colectivas y su dudosa admisibilidad. Con todo, el artículo 189-3º, inciso 1º, creo que no jugaría aquí ningún papel, ni siquiera por analogía, al ir referido sólo al problema de la existencia o no de preterición. Otra vía interpretativa para combatir cuando parezca oportuno los perniciosos ejemplos de esta peculiar sustitución legal derivada de la exclusión absoluta podrá ser una valoración del motivo expresado erróneo del artículo 199 más relajada o menos severa que en los casos de exclusión simple, al efecto de extender el efecto genéricamente más razonable del artículo 199 a costa de reducir el ámbito muy posiblemente injusto del artículo 198-2º.

El artículo 198-3º establece que si la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, *“cuando exista lesión de la misma”*. Esta última frase del precepto parece presuponer que el mismo está contemplando excluidos absolutamente que sean legitimarios de grado preferente, y por eso admite la hipótesis de que, a pesar de haberlos excluido a todos, puede no haber lesión a la legítima global si ésta se ha cumplido con atribuciones hechas a los legitimarios de grado no preferente. Sin una explicación así, el inciso final sería absurdo, porque estando excluidos absolutamente todos los legitimarios de cualquier grado, evidentemente tiene que haber necesariamente lesión, y total, a la legítima. En la misma línea, el artículo 197, al iniciar la regulación general de la exclusión (de ambos tipos de exclusión, parece) de legitimarios se refiere sólo a los de grado preferente. Es lógico que el legislador contemple preferentemente la exclusión de legitimarios de grado preferente, pero la exclusión por el disponente de un legitimario no preferente puede no carecer del todo de sentido, contemplada un tanto en sentido condicional, como si el disponente tiene grave enemistad con un nieto que cree que se ha portado mal con él y quiere asegurarse de que no llegará a heredarle nunca. Pese a la letra ambigua del artículo 198-2º, creo que se puede sostener, por las razones que se han dado en este mismo párrafo, que en este caso de exclusión de un legitimario no preferente, aunque fuera con exclusión absoluta, no habría entonces sustitución legal por los descendientes de este legitimario no preferente excluido absolutamente. Véase también la redacción bastante clara en dicho sentido del artículo 24-2º de la LS.

Por lo demás, que el artículo 198-3º de la LS cuando la exclusión sea absoluta, y de todos o del único legitimario preferente, no pueda privar de la acción de lesión de legítima es perfectamente lógico, por la naturaleza imperativa de la legítima, pero es contrario a la voluntad del disponente, y por tanto criticable como regulación o afirmación legal, que no pueda en cambio el disponente privar de la sucesión intestada residual, que, al igual que sucede en el Código civil y sucedía bajo la Compilación de 1967, no está amparada por normas imperativas, y que parece que es, entonces, preferible entender que sea dicha sucesión intestada residual excluible por la voluntad de un disponente que, al fin y al cabo, se pretende que ha declarado su voluntad de privar de *“todo derecho”* al legitimario correspondiente. Debería quedarle a éste, o al conjunto de los legitimarios excluidos absolutamente, por tanto, la legítima, pero nada más. Por eso he dejado explicado anteriormente, en el epígrafe relativo a la desheredación, que este artículo 198-3º de la LS afirma más de lo que puede y quiere afirmar y que no puede ser cierto que los excluidos absolutamente conserven imperativamente su sucesión intestada o legal, que además debe entenderse referida sólo a la residual.

No parece tampoco que quepa razonablemente pensar, como fundamento hipotético de una solución como la del artículo 198-3º, en una especie de sanción civil contra el disponente por haber intentado abusivamente privar de su legítima al único legitimario o al conjunto de los legitimarios existentes, ya que, primero, cabe que el disponente ignorara la existencia de la legítima y no fuera consciente de la posible ilicitud de su proceder al disponer por causa de muerte, y segundo, una pretendida sanción civil como la que se derivaría del artículo 198-3º recaería en la práctica, no en el disponente ya siempre por hipótesis fallecido, sino en otros posibles llamados a la sucesión intestada de grado ulterior al del excluido absolutamente, lo que resulta evidentemente injusto. De modo que la LS ha llamado a la estirpe del excluido absolutamente cuando no debió hacerlo y ha dejado de llamarla cuando sí que debió hacerlo.

Obsérvese también que el excluido absolutamente acaso tenía inicialmente en abstracto como legitimario preferente, y para el caso de no haber sido excluido absolutamente, la acción del preterido no intencional (recuérdese lo explicado sobre la relación entre el artículo 193-1º y 199), que él pierde por hipótesis al ser excluido, pero que podría pensarse acaso que hubiera debido haber pasado a su estirpe al funcionar la sustitución legal del artículo 198-2º en su favor. Este precepto, sin embargo, y parece que con razón, sólo menciona la sustitución en la acción de lesión de legítima y en la participación en la sucesión abintestato, pero no la sustitución en la preterición no intencional. La razón evidente de ello es que el propio artículo 198-2º proporciona a los que encabezan la estirpe del excluido absolutamente eventuales atribuciones legales por vía de legítima (art. 179) y por vía de sucesión intestada (201 y siguientes).

Aun así, la pregunta formulada podría no carecer por completo de fundamento, por la posibilidad de que hubiera un excluido absolutamente con estirpe, en casos, no especialmente raros, en los que no hubiera perjuicio o lesión de la legítima ni tampoco parte de la sucesión deferida abintestato. ¿Pasaría en tales supuestos a los que encabezan la estirpe el derecho del preterido no intencional no habiendo sido ellos ni mencionados ni habiendo recibido parte de la legítima por vía ninguna?. Por la afirmativa estarían los artículos 24-2º y 25-1º que afirman haber existido en este supuesto sustitución legal y que en la sustitución legal el sustituto "*ocupa el lugar*" del sustituido, que, como se ha indicado acaso tenía en abstracto el derecho del preterido no intencional. Por la negativa, que parece preferible, aparte del propio texto del artículo 198-2º, el que el artículo 188-1º limite los efectos de la preterición a los legitimarios de grado preferente, entre los que no quiere el legislador incluir clara y expresamente a los sustitutos del artículo 198 (art.173-1º); y también, acaso aplicado por analogía si estos sustitutos no han de ser plenamente legitimarios de grado preferente, el artículo 188-2º, cuya letra encajaría bastante ajustadamente a nuestro hipotético supuesto, por mucho que sea sumamente inverosímil que el legislador pudiera haber contemplado esta hipótesis.

Debe advertirse finalmente que el legislador aragonés de 1999 ha preferido regular en sede de legítima (arts. 194 y siguientes) la exclusión por el disponente de los derechos de los legitimarios en la sucesión intestada, sin aludir ya luego en sede de sucesión intestada a la exclusión por el disponente de los derechos en la sucesión intestada de cualesquiera parientes llamados a la misma por la ley, lo que hubiera resultado también legítimo y defendible y hasta, convenientemente regulado el tema, acaso hubiera hecho innecesarias menciones específicas como las efectivamente hechas por el legislador en sede de legítima. El legislador parece pensar que lo regulado en sede de legítima es suficiente y acaso generalizable a todos los demás supuestos, pero parece que esta carencia

de la regulación de la cuestión en general, y en su sede propia, mantiene todavía un tanto en penumbra esta cuestión o parte de ella en el sistema legal sucesorio de la LS.

### **17º) DERECHO SUBSIDIARIO DE ALIMENTOS DEL LEGITIMARIO PREFERENTE.**

La idea de los alimentos al legitimario de grado preferente excluido se basa en una típica idea de equidad y su origen está, probablemente, en la doctrina clásica aragonesa en las épocas y lugares en las que el sistema legitimario aragonés se aplicaba efectivamente a rajatabla, con transmisión del conjunto del patrimonio familiar a uno solo de los hijos. El Apéndice de 1925 (artículo 30, párrafo 2º) lo reguló con mucho acierto, en mi opinión, al poner esos alimentos a cargo de lo percibido por los legitimarios, y evidenciando la naturaleza sucesoria y legitimaria del precepto. En el proyecto aragonés elaborado por el Seminario se seguía esa misma idea, según explicaba Lacruz<sup>298</sup>, pero la misma fue finalmente abandonada por la Comisión General de Codificación, y desde entonces los alimentos del legitimario inmediato excluido quedaban a cargo de los “*sucesores*” (artículo 121 de la Compilación). De modo que el artículo 121 era un precepto preferente o antepuesto a los deberes de alimentos genéricos entre parientes del Código civil y con su naturaleza sucesoria o legitimaria algo más difusa, aunque subsistente todavía (Lacruz). En cuanto a su interpretación, en lo relativo a la orientación general, cabían dos alternativas. Primera, que es la que siguió el profesor Lacruz, atenerse a la letra del precepto y hacer alimentantes eventualmente a todos los “*sucesores*” del disponente, lo que es amplísimo y podía llegar a conducir incluso hasta los donatarios no legitimarios del disponente. Segunda, que es la que sugerí yo<sup>299</sup>, consciente de las dificultades que entrañaba a la vista de la letra del precepto, intentar poner a cargo de sólo los legitimarios sucesores, como había ocurrido con el Apéndice de 1925, el deber de alimentar al legitimario inmediato excluido y que quedase en la inopia tras la distribución de la herencia.

El nuevo artículo 200 de la LS, al anteponer extrañamente a los sucesores del disponente tanto al viudo usufructuario como a los parientes del alimentista conforme a la legislación general, difumina todavía más la naturaleza legitimaria y sucesoria del precepto, naturaleza legitimaria que prácticamente desaparece, y parece que lo condena a la inoperancia más absoluta. Si ya el artículo 121 de la Compilación se aplicaba poco, parece que el artículo 200 de la LS, que como objeto de estudio plantea al jurista problemas muy difíciles e interesantes, no se va a aplicar nada en absoluto. Supongo que los entusiasmos por el liberalismo (económico) exacerbado que asoman de vez en cuando en el articulado de la LS sobre la legítima explican un poco porqué este precepto tradicional de raíz ética y basado en la equidad ha interesado poco al legislador aragonés de 1999.

Por lo demás, debe advertirse que, como se verá en el penúltimo epígrafe de este trabajo, hay todavía argumentos sólidos para entender que el artículo 121 de la Compilación pueda seguir aplicándose en lo sucesivo a sucesiones que se vayan abriendo pero con testamentos o pactos sucesorios de fechas de otorgamiento anteriores al 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la LS.

298 Cfr. LACRUZ, *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, 1968, pp 525 a 532.

299 Cfr. mi trabajo de 1997, pp. 38 a 40.

## 18º) BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO INTERTEMPORAL EN LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA ARAGONESA.

### A) Sustancial irretroactividad de la regulación de la preterición.

La única norma intertemporal de la LS de 1999 que trata directamente sobre la legítima es la disposición transitoria 10ª de la LS, dirigida a establecer la retroactividad de lo dispuesto en el artículo 189-1º sobre "*mención cualquiera*" para excluir la preterición a las sucesiones abiertas antes del 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la LS. El ámbito directo y estricto del precepto parece muy limitado y casi sólo habrá alcanzado o podido alcanzar a posibles pleitos que estuvieran tramitándose cuando se elaboraba y tramitaba el anteproyecto de Ley de Sucesiones, como los que resolvieron las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993 y de 11 de noviembre de 1998. Con todo, ese ámbito del artículo 189-1º de la LS proyectado retroactivamente no es del todo despreciable porque puede haber servido así para, aunque en unos muy pocos supuestos, destruir retroactivamente la interpretación sobre los artículos 120 y 123 de la Compilación de la que considero que era la mejor doctrina, y acogida por la jurisprudencia, siendo que, como he indicado, en los supuestos de aplicación no retroactiva del artículo 189-1º, dada la irrelevancia jurídica de la preterición intencional, dicho precepto es perfectamente inútil. Paradójicamente, sólo en su minúsculo ámbito retroactivo presenta este precepto una cierta utilidad o relevancia jurídica. Y ello porque, como explico a continuación, la regla que establece la irrelevancia jurídica de la preterición intencional (art. 192 de la LS) y el conjunto de la regulación de la preterición de la LS tienen efectos irretroactivos<sup>300</sup>.

La amplia retroactividad que establece la disposición transitoria 7ª de la LS de 1999 respecto de los pactos sucesorios otorgados antes de la entrada en vigor de la LS no parece afectar a la acción de defensa de la preterición singular basada en el artículo 123 de la Compilación y para supuestos de tales pactos en los que se hubiera preterido, con preterición singular, a un legitimario inmediato. Obsérvese que la LS ni siquiera tiene una regulación específica de la nulidad del pacto sucesorio como la tiene para los testamentos, y que carecería de toda lógica pretender considerar nulo un pacto sucesorio por haberse hecho contraviniendo la "*legítima*", que sólo como expectativa existiría de momento. Tampoco parece aquella amplia retroactividad en este tema suprimir para dichos pactos sucesorios y cuando el disponente fallezca después del 23 de abril de 1999 la cuota legitimaria del artículo 109-1º de la Compilación "*al haber y poder de la casa*", en supuestos de hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de la misma.

Para las sucesiones abiertas después del 23 de abril de 1999 pero existiendo testamentos anteriores a esa fecha, que es el caso verdaderamente importante y el que se puede plantear todavía durante varias de las décadas futuras, el legislador parece haber pensado que el problema de testamentos dudosamente defectuosos por haberse pretendido en ellos excluir la preterición mediante "*menciones cualesquiera*" se lo resolvería la norma retroactiva de la disposición transitoria 2ª, apartado 2º, que establece la validez de testamentos y pactos sucesorios hechos antes de la entrada en vigor de la Ley de

300 No voy a entrar en este trabajo en cuestiones de Derecho interregional, también de muy considerable complejidad. Puede consultarse el trabajo de ZABALO ESCUDERO, Elena, *Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp. 105 a 132. O también DURÁN RIVACOBBA, Ramón, *Derecho interregional*, Ed. Dykinson, 1996, 413 pp.

1999, si dichos testamentos o pactos habrían de ser válidos con arreglo a la Ley nueva, aunque no lo hubieran sido con arreglo a la legislación anterior. Sin embargo, es muy dudoso que este precepto resuelva el problema que quería resolver el legislador de 1999 y que ofrezca la retroactividad que pretendía el legislador en cuanto a nuestro conocido problema. El apartado X del Preámbulo de la LS de 1999 afirma, muy optimistamente en mi opinión, haber despejado ya toda posible duda sobre la cuestión de la preterición singular en el Derecho aragonés.

En efecto, la acción de preterición del artículo 123 de la Compilación no era una norma dirigida contra la validez de los pactos sucesorios o testamentos, que en nuestro caso contaban en principio con los elementos esenciales del negocio jurídico y con perfecto cumplimiento de las formalidades legales, sino sólo, como la acción rescisoria que era (cfr. arts. 1075, 1076 y 1080 del Código civil)<sup>301</sup>, dirigida contra parte de la eficacia de dichos testamentos y pactos sucesorios, para mediante un mero reajuste de las cuotas legitimarias y manteniendo en todo lo demás la validez y eficacia del testamento o pacto sucesorio, satisfacer la cuota legal de legítima del singularmente preterido. Y siendo probablemente la legítima aragonesa de la Compilación una *pars valoris*, aunque otra fuera la opinión doctrinal más extendida, la acción del artículo 123 de la Compilación no era sino una reclamación de dinero a los otros legitimarios, o sea, a algunos (no necesariamente a todos, ni siquiera a la mayoría) de los beneficiarios de un testamento o pacto sucesorio cuya validez y eficacia genéricas en absoluto se cuestionaban. Y siendo válidos conforme a la Compilación de 1967 esos testamentos o pactos sucesorios anteriores a 1999, como con toda lógica reconoce hoy la disposición transitoria 2ª, apartado 1º, de la LS, en absoluto les puede afectar la convalidación por retroactividad que ofrece la disposición transitoria 2ª, apartado 2º, que debe entenderse lógicamente limitada a los testamentos o pactos que fueron originariamente nulos (nadie había defendido, ni cabía hacerlo, que bajo la Compilación lo fueran los testamentos que habían pretendido excluir de la legítima a legitimarios inmediatos mediante menciones cualesquiera o sin mención formal de exclusión) y que no resultará, por tanto, aplicable a nuestro supuesto. E incluso el artículo 109-3º de la LS de 1999 parte razonablemente hoy también, como ya había que entender bajo la Compilación, de que la ineficacia de una o varias cláusulas del testamento no implica en principio la ineficacia o invalidez de las demás cláusulas de ese testamento.

Y además, el derecho a la cuota legal “vacía” del preterido, como también a la cuota legal “vacía” de la acción por lesión de legítima, podía entenderse que habían nacido con cada aragonés al nacer éste y que duraban mientras fuera éste capaz de heredar y tuviera ascendientes sin anteposición de otro descendiente del disponente por delante de él. En mi trabajo de 1997 intenté demostrar cómo la Compilación se veía que trataba a ciertos efectos como verdaderos derechos subjetivos, no los de los legitimarios mediatos, pero sí los de los legitimarios inmediatos, en temas como la renuncia a la legítima, la preterición o la desheredación justa o injusta<sup>302</sup>. También de la disposición transitoria

---

301 He dedicado un subepígrafe entero de este trabajo a argumentar que las dos acciones del artículo 123 de la Compilación de 1967 eran de naturaleza rescisoria. Sobre todo, la acción de preterición. Y obsérvese que el artículo 109-3º de la LS contraponen la “ineficacia” de las disposiciones testamentarias a su nulidad, anulación o revocación, de modo que, incluso si no se aceptara que la acción de preterición del artículo 123 era rescisoria, al menos sí que habría que aceptar que era una acción de “ineficacia” de la disposición testamentaria correspondiente, pero nunca, como explico en el texto, acción de invalidez o de nulidad, con lo que no le alcanzaría la disposición transitoria 2ª, apartado 2º, de la LS.

302 El profesor LACRUZ sostuvo para el Código civil que el derecho del legítimo era un verdadero derecho subjetivo pleno desde el fallecimiento del testador y protegido sólo en grado de expectativa antes de dicho momento, pese

12ª del Código civil, que era aplicable en Aragón, se deducía claramente que los legitimarios puede entenderse que son verdaderos titulares de derechos subjetivos. Y esos derechos subjetivos parece reconocerlos, como derechos adquiridos, y en la extensión y condiciones en los que los reconociera la Compilación, la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS de 1999, precepto que con muy razonable criterio amplio alude, para imponer su subsistencia bajo la nueva legalidad, además de a los “deberes”, a los “derechos” y “acciones” nacidos antes de regir la nueva Ley pero no ejercitados o cumplidos todavía. De modo que los preceptos que parecerían directamente aplicables no resuelven el problema en el sentido en que sabemos que lo pretendía resolver el legislador de 1999.

Para llegar a donde el legislador quería llegar, habría acaso que recurrir a un interpretación “*a fortiori*” a nuestro supuesto de la disposición transitoria 10ª de la LS, que, pese a la clara voluntad del legislador, no me parecería suficiente ni convincente, si atendemos también a la directriz genérica que impone la disposición transitoria 12ª del Código civil, aplicable por la todavía no derogada remisión de la disposición transitoria 12ª de la Compilación de 1967, directriz o criterio de respetar al máximo las legítimas según las regulara la legislación antigua, aunque reduciendo en su caso las cuotas de “herencia” atribuidas conforme a los criterios de la ley nueva. Recuérdesse para mejor entender este precepto que en el Derecho castellano anterior al Código civil, la legítima era de cuantía superior a los dos tercios (cuatro quintos con mejora del tercio) desde el Derecho visigodo, legítima originaria luego restablecida por el Fuero Real y confirmada por las Leyes de Toro. Y recuérdesse que las normas excepcionales y las de ámbito temporal, como parece serlo la disposición transitoria 10ª de la LS, no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (art. 4-2º del Código civil). Y ello, aparte del ya señalado carácter perfectamente inocuo o inútil en sí mismo de este artículo 189-1º de la LS que se pretendería muy discutiblemente, con la interpretación que a la vez sugiero y critico, aplicar retroactiva y expansivamente. Aparte de que el principio general es el de irretroactividad de las leyes (art. 2-3º del Código civil), lo que obliga a un interpretación prudente de la disposición transitoria 1ª de la LS, que coincide sustancialmente, por lo demás, con el criterio básico de la disposición transitoria 12ª del Código civil.

El legislador ha sido poco preciso en esta cuestión de Derecho intertemporal y, aunque ha querido, no ha sabido cerrar eficazmente la posibilidad de discutir la aplicabilidad futura del artículo 123 de la Compilación en sucesiones reguladas por pactos sucesorios o testamentos de otorgamiento anterior al 23 de abril de 1999 en los que se haya pretendido excluir la preterición de dicho precepto sin mención formal para la exclusión y por simples “*menciones cualesquiera*”, siempre que se advierta que se podría tratar de impugnar ahora con la acción rescisoria de ese precepto del artículo 123 de la Compilación un pacto sucesorio o testamento para redistribuir una legítima que ahora debería ser, probablemente, sólo de la mitad del caudal computable y no de los dos tercios del caudal computable, según el criterio de la propia disposición transitoria 12ª del Código civil, que enfatiza en cuanto a las cuotas de reparto de la “herencia” o –creo que deberíamos entender, refiriendo la alusión a la “herencia” a una alusión al conjunto de la sucesión- de la legítima, la necesidad de atender a las nuevas cuotas determinadas en la

a que dicho derecho legitimario del Código civil, a diferencia del que tiene el legitimario inmediato o de grado preferente aragonés, no es renunciante antes de la apertura de la sucesión. Cfr. *Derecho de sucesiones*, con SANCHO REBULLIDA, Tomo 2º, 1973, pp. 29 a 31.

ley nueva<sup>303</sup>. De no aceptarse esta explicación, advirtiendo que el precepto de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS ha podido modificar parcialmente a la disposición transitoria 12ª del Código civil, y enfatizando que son de interpretación estricta las excepciones al principio general de irretroactividad de las leyes del artículo 2-3º del Código civil, incluso sería defendible, aunque veremos en el siguiente subepígrafe que no es preferible, tratándose de testamento o pacto sucesorio otorgado con anterioridad al 23 de abril de 1999, una pretensión del legitimario preterido con base en el artículo 123 de la Compilación y que reclamase la parte de legítima que le correspondiera respecto de los dos tercios del caudal computable.

Presupongo en esta interpretación, a lo que ayuda la ya señalada alusión de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS de 1999 tanto a “derechos” como a “acciones”, el que la disposición transitoria 12ª del Código civil, pese a su compleja y algo vidriosa expresión gramatical, ordena la subsistencia no sólo de concretas disposiciones o atribuciones testamentarias hechas ya por el disponente en cumplimiento de la legítima, sino la subsistencia del conjunto de los derechos y acciones legitimarios tal y como los ordenaba la ley anterior o, en nuestro caso, la Compilación aragonesa. Presupongo que se deriva del mencionado precepto del Código civil la pervivencia de derechos y acciones legitimarios nacidos bajo la ley anterior y posiblemente reducidos sólo en su cuantía conforme a los criterios de la ley nueva, y presupongo, además, que esta última parte de la norma del Código civil de la necesaria reducción de las cuotas legitimarias según criterios de la ley nueva, no ha llegado a ser desplazada o modificada por el distinto criterio de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS, que directamente propugna la subsistencia de los derechos nacidos de negocios “*mortis causa*” válidos y anteriores a la LS, y desde luego de los derechos legitimarios entre ellos, “*con la extensión y en los términos*” en que los hubiera reconocido la legislación precedente. Las razones de ello las amplío en el siguiente subepígrafe.

Ya se ha explicado también en otro sentido que, aunque Lacruz refería la expresión “caudal” del artículo 123 de la Compilación al caudal relicto, era preferible la interpretación de referirla al caudal base de la legítima y que así lo había hecho, en efecto, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Incluso parece prolongar la LS el plazo para realizar esta reclamación basada en el artículo 123 de la Compilación desde los anteriores 4 años desde, probablemente, que se realizara la partición (arts. 1076, 1080 y 1299 del Código civil) a los actuales 5 años incluso contados en caso de fiducia desde la posible delación acaso muy posterior al momento del fallecimiento del causante (art.178 LS y disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS). Y por cierto que la coherencia de toda la explicación que se acaba de ofrecer se percibe también cuando se observa que la propia LS de 1999 reconoce unos plazos de prescripción específicos y más breves para las acciones de protección de la legítima (art. 178), que los plazos que establece para los supuestos de nulidad del testamento (art. 111), y plazos específicos de la protección de la legítima que son, en cambio, un poco

303 Por todo lo explicado, no me convence la afirmación de GIL NOGUERAS, Luis Alberto, de que la Disposición Transitoria 10ª de la LS ha cerrado definitivamente el paso a la doctrina sostenida por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993 y de 11 de noviembre de 1998. Cfr. *De la legítima*, en *Manual de Derecho de sucesiones*, 2006, pp. 600-601. Y en el mismo sentido se ha manifestado RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, en su citado trabajo *La preterición*, 2001, pg. 22. Y véase también LASIERRA GÓMEZ, Ignacio, *La legítima en el Derecho aragonés*, en los “Cuadernos LACRUZ BERDEJO”, n° 1, 2004, epígrafe 6º.

Además, ambas sentencias podrían considerarse doctrina jurisprudencial que hiciera ya inadmisibles el recurso de casación contra la misma conforme a los artículos 483, apartado 2º, regla 3º, párrafo 2º, y art. 477, apartado 3º, párrafo 2º, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.



mayores que los fijados para los supuestos de anulabilidad de los testamentos (art. 112). La propia LS tiene claro que, al igual que sucedía bajo el sistema de la Compilación aragonesa de 1967, una cosa es la protección a la legítima y otra muy distinta la nulidad o anulabilidad del testamento o de concretas disposiciones testamentarias<sup>304</sup>.

Los razonamientos que se han realizado para sostener la perdurabilidad del régimen de la preterición singular de la Compilación bajo la vigencia de la LS de 1999 deberían servir también, en principio, para sostener la paralela perdurabilidad de la regulación en el artículo 122 de la Compilación sobre la preterición total de los legitimarios tanto inmediatos como mediatos, siempre que se tratase de testamentos o pactos sucesorios otorgados con anterioridad al 23 de abril de 1999. Respecto de las soluciones de los artículos 192 y 193-2º de la LS de 1999 la ventaja para los preteridos conjuntamente sería, entonces, en primer lugar, que existiendo preterición no intencional, su reclamación no se vería constreñida, como en el artículo 193-2º, a la delación abintestato del caudal relicto, sino que, conforme a la mejor interpretación del artículo 122 de la Compilación, podría extenderse en casos a un nuevo posible reparto de toda la sucesión que afectara al conjunto del caudal base de la legítima, eventualmente mucho mayor que el caudal relicto en los casos de existencia de un importante *donatum* previo a la apertura de la sucesión. Y en segundo lugar, y aunque ello fuera irrazonable e injusto, el mero error por parte del disponente sobre la existencia o condición de legitimario de uno cualquiera de los varios (acaso muchos) legitimarios inmediatos o mediatos existentes, permitiría a cualquiera de los legitimarios inmediatos así colectivamente preteridos el obtener, además de su cuota al resto de legítima (art. 124 de la Compilación), su cuota correspondiente del tercio de libre disposición recuperable de los no descendientes, o permitía al conjunto de los legitimarios inmediatos preteridos colectivamente, cuando todos ejercitaran la acción del artículo 122-2º de la Compilación, dejar por completo ineficaces el conjunto de las liberalidades por causa de muerte hechas por el disponente en testamento o pacto sucesorio a favor de no descendientes.

¿Resulta admisible tal régimen jurídico bajo la vigencia de la LS de 1999 y respecto de los testamentos o pactos sucesorios otorgados antes del 23 de abril de 1999?. Me resulta algo más difícil admitirlo que para el caso de la perdurabilidad bajo la nueva LS

304 No hay más remedio que criticar radicalmente, por todo lo explicado, los criterios de la Sentencia del Juzgado del Primera Instancia de Zaragoza nº 17 de fecha 13 de julio de 2004, que en un caso relativo a un testamento abierto de 14 de febrero de 1991 y habiéndose producido la apertura de la sucesión de la causante el 7 de abril de 2003, y siendo clarísima y reconocida por el propio demandado la preterición intencional singular producida a la demandante conforme al criterio del artículo 123 de la Compilación, que era claramente el aplicable, la Sentencia rechazó la aplicabilidad del artículo 123 de la Compilación (que ni mencionó); aplicó directamente el artículo 192 de la LS; mencionó sólo los artículos 120 y 122 de la Compilación y no el artículo 123 que es el que regulaba la preterición singular; declaró ya superada por la nueva Ley de 1999 la doctrina de las Sentencias de 30 de septiembre de 1993 y de 11 de noviembre de 1998; consideró que faltaba tanto la legitimación activa de la demandante como la pasiva de los demandados; y condenó en costas a la demandante. Tan simplista planteamiento sólo puede tener la disculpa de que la demanda también estaba mal planteada y no mencionaba tampoco las normas transitorias de la LS de 1999, e invocaba erróneamente los artículos 192 y siguientes de la nueva Ley de 1999. Sin embargo, la demandante probó los hechos, que eran muy claros, y solicitó que se declarase que había sido preterida en el testamento de su madre, lo que era rigurosamente cierto; y que se le reconociera "el derecho a la legítima colectiva que le corresponde". Como las disposiciones transitorias de una ley son tan Derecho vigente como el resto de su articulado; como el *petitum* de la demanda estaba muy claro, y como el juez debe conocer el Derecho (*iura novit curia*), me parece que el Juzgado debiera haber estimado la demanda; condenado a los dos demandados; haber declarado la preterición singular solicitada conforme al artículo 123 de la Compilación; y ordenado un reajuste de las cuotas de la legítima como el que ordena el mencionado precepto, que es precisamente lo que la demandante había solicitado al Juzgado con arreglo a Derecho. La cuestión más delicada es si la cuota de la legítima global de la nueva Ley de 1999 (mitad del caudal computable) era o no retroactiva en este supuesto, desplazando en su caso la antigua cuota legal de los dos tercios del caudal computable. El problema es arduo y hay razones de peso para sostener ambas posturas, aunque quizás sean más fuertes los argumentos a favor del carácter retroactivo en esto del artículo 171 de la LS.

del artículo 123 de la Compilación que acabo de defender, y algo más dudoso. Aun así, por los argumentos antes aportados y derivados sobre todo de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS de 1999, e incluso de la disposición transitoria 12ª del Código civil, tiendo a inclinarme por la pervivencia también del artículo 122 de la Compilación, aunque pueda afirmarse en algunos supuestos que, debido a dicha pervivencia, no siempre las cuotas de legítima alcanzables por los legitimarios preteridos colectivamente al ejercer la acción del artículo 122 de la Compilación se verán reducidas en su cuantía según los criterios de la LS de 1999, como parece reclamar la norma genérica, y todavía aplicable directamente por la remisión a ella de la Compilación, de la disposición transitoria 12ª del Código civil, sino que más bien, en casos, incluso resultarán aumentadas las cuotas de legítima alcanzadas por los reclamantes respecto de las que se hubieran derivado de la mera aplicación directa de la LS de 1999.

No reitero con detalle aquí la explicación ofrecida respecto del supuesto, que habrá de ser presumiblemente muy infrecuente ya, aunque todavía posible, de personas que hubieran hecho testamento o pacto sucesorio antes del 1 de mayo de 1967, fecha de entrada en vigor de la Compilación de 1967, y que fallezcan con posterioridad al 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la LS. Para esos posibles supuestos, habiendo preterición singular, entrarían en juego las disposiciones transitorias 2ª, 3ª y 10ª de la LS en el sentido ya explicado, así como la disposición transitoria 12ª del Código civil, y el artículo 32 del Apéndice de 1925, que contiene una norma bastante similar al artículo 123 de la Compilación. El reajuste de la legítima habría de reclamarse por el singularmente preterido, entonces, invocando ese artículo 32 del Apéndice, y cuando hubiere sido excluido de la legítima sin mención expresa suficiente, por aplicación en esto del concepto tradicional de preterición que suponía implícitamente el antiguo artículo 814 del Código civil y con éste el propio Apéndice. Para el caso casi sólo académico de testamentos o pactos sucesorios anteriores al 2 de enero de 1926, fecha de entrada en vigor del Apéndice, y si el fallecimiento del disponente hubiera sucedido o sucediera después del 23 de abril de 1999, habiendo preterición singular, entrarían en juego las disposiciones transitorias 2ª, 3ª y 10ª de la LS en el sentido ya explicado, así como la disposición transitoria 12ª del Código civil, a la que se remitía también la disposición transitoria única del Apéndice, y la oscura regulación sobre la preterición y el discutido "*suplemento de legítima*" de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón.

En un caso así, ya digo que casi sólo académico, creo que de ese conjunto de preceptos se podría deducir, a la vista sobre todo de la disposición transitoria 12ª del Código civil, cuya aplicabilidad convendría aquí muy especialmente anteponer a la pura aplicabilidad de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS de 1999, el resultado, entonces, de que la cuota legitimaria del legitimario menos favorecido por el testador regulada por primera vez en el artículo 32 del Apéndice, párrafo 3º, podría aplicarse retroactivamente y concretar en dicha medida cuantitativa el "*quantum placuerit*" del Fuero "*de testamentis nobilium*" de 1307, que tanta incertidumbre había producido en Aragón durante muchas décadas.

## **B) Retroactividad e irretroactividad de la restante regulación de la legítima.**

Hasta la vigente LS de 1999 el Derecho aragonés codificado siempre se había remitido expresamente, para cuestiones de Derecho intertemporal, a las disposiciones transitorias del Código civil y, en particular, por lo que toca a normas sucesorias, sobre todo, a la ya mencionada disposición transitoria 12ª del Código civil. Así lo había hecho la

única disposición transitoria del Apéndice de 1925; también la disposición transitoria duodécima de la Compilación de 1967; y también, mediante remisión directa a las disposiciones transitorias de esa Compilación de 1967, la disposición transitoria cuarta de la Ley aragonesa de 16 de mayo de 1985.

La LS de 1999 parece haber aspirado a crear un sistema legal propio de Derecho intertemporal al establecer diez disposiciones transitorias de las que algunas contienen un ámbito sumamente amplio (y parcialmente reiterativo de lo establecido en el Código civil) y al no recoger ya ninguna remisión expresa, directa ni indirecta, a las disposiciones transitorias del Código civil. Sin embargo, al no haber derogado en su disposición derogatoria las mencionadas disposiciones transitorias de la Compilación de 1967-1985, que se remiten expresamente a la disposición transitoria 12<sup>o</sup> del Código civil, el resultado es que esta importante y problemática norma parece que sigue integrando en principio como un telón de fondo, y como norma aplicable de forma directa y en rigor no sólo supletoria, el conjunto del sistema legal de Derecho intertemporal sucesorio aragonés.

Y tampoco deben considerarse las disposiciones transitorias de la LS de 1999 necesariamente como ley posterior respecto de la disposición transitoria 12<sup>a</sup> del Código civil o respecto de otras disposiciones transitorias, sobre todo las de contenido sucesorio, del propio Código civil (cfr. las disposiciones 2<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup>) o de la Compilación (cfr. las disposiciones 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup> y 12<sup>a</sup>, ésta última con la remisión a las disposiciones transitorias del Código civil), disposiciones transitorias todas que también integran el complejo sistema legal transitorio resultante. El resultado final, aunque la LS no contenga remisiones expresas ni al Código civil ni a la Compilación, es prácticamente equivalente al de la Compilación de 1967, y el sistema legal de Derecho intertemporal resultante presenta complejidad mayor todavía que el de la Compilación, al integrar ahora en un único sistema, y puestas en principio en pie de igualdad, normas transitorias y sucesorias de tres leyes diferentes. La derogación expresa por la disposición derogatoria de la LS de 1999 de los artículos de la Compilación relativos al Derecho sucesorio (arts. 89 a 142), ni siquiera junto a la existencia de un conjunto de disposiciones transitorias tendencialmente completo de la LS de 1999, no creo que llegue a implicar una plena derogación tácita de la remisión de la disposición transitoria 4<sup>a</sup> de la Compilación en versión de la Ley de 16 de mayo de 1985 a las disposiciones transitorias de la Compilación de 1967, norma que, a través de la disposición transitoria 12<sup>a</sup> de esa Compilación, suponía y supone una remisión a las disposiciones transitorias del Código civil. A lo sumo, y aunque la *voluntas legislatoris* acaso fuera prescindir y derogar en su conjunto las disposiciones transitorias de la Compilación de 1967 y del Código civil, lo más que puede llegar a admitirse, conforme al artículo 2-2<sup>o</sup> del Código civil, es que podrán entenderse derogadas tácitamente dichas normas transitorias anteriores cuando resulten incompatibles con alguna de las nuevas disposiciones transitorias de la LS de 1999. Lo que, por cierto, representaría sólo como una derogación parcial o, acaso mejor, una limitación parcial de la eficacia de las normas de remisión o reenvío que conducen finalmente a las disposiciones transitorias del Código civil.

Lo que ocurre, todavía, es que la pretendida derogación tácita (parcial) de estas normas de remisión o reenvío es tema bien vidrioso, porque podría considerarse que depende en definitiva del juicio de compatibilidad o incompatibilidad entre las normas de remisión y las normas que son objeto o destino de la remisión misma (en nuestro caso, de la compatibilidad o incompatibilidad entre las disposiciones transitorias de la LS y las de la Compilación o del Código civil). Pero podría considerarse también que, puesto que las normas de remisión no tienen en sí contenido propio es imposible que

sean por sí mismas incompatibles con otras normas posteriores y que, por tanto, son insusceptibles de derogación tácita, manteniendo con ello necesariamente las normas objeto de su remisión como todavía plenamente vigentes y necesitadas, por ello, de una mera interpretación sistemática o integradora, como bloque normativo único, con las normas posteriores que no habrían llegado a derogarlas en ninguna medida.

En otro sentido, cabe la posibilidad de que, abriéndose las sucesiones tras el 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la LS, se dé todavía existencia de testamentos o pactos sucesorios otorgados antes del 1 de mayo de 1967, fecha de la entrada en vigor de la Compilación de 1967, o incluso, mucho más raramente, antes del 2 de enero de 1926, fecha de la entrada en vigor del Apéndice de 1925. En el primer caso, según se ha argumentado en el subepígrafe anterior, cabría una cierta perdurabilidad todavía después de 1999 de normas sobre la legítima del Apéndice de 1925; y en el segundo caso, cabría una cierta perdurabilidad después de 1999 de normas sobre la legítima de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón. Con todo, en este subepígrafe voy a prescindir de esa posible pero improbable problemática y a centrarme exclusivamente, por razones de espacio y del mayor interés práctico de la cuestión, en los testamentos o pactos sucesorios anteriores al 23 de abril de 1999 y posteriores al 1 de mayo de 1967, para reflexionar sobre el grado de perdurabilidad después del 23 de abril de 1999 de los preceptos de la Compilación aragonesa sobre la legítima.

El precepto básico y casi único para solucionar las cuestiones de Derecho intertemporal en la legítima aragonesa había sido siempre en el Derecho aragonés codificado, hasta la vigente LS de 1999, como se ha explicado, la disposición transitoria 12ª del Código civil. De acuerdo con dicho precepto: *“Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código”*. Este precepto, situado tras otros más generales en cuanto a su ámbito y todos ellos de inspiración más fuertemente irretroactiva (disposiciones transitorias 1ª, 2ª y 4ª), creo que venía a representar un mayor grado de retroactividad que el de dichas reglas generales, para los testamentos válidos otorgados antes de la entrada en vigor del Código y para los derechos subjetivos nacidos de ellos, y que estaba pensado sobre todo para las exigencias imperativas de la nueva legítima frente a la voluntad testamentaria válida y eficaz, y pensando en el hecho concreto de que el Código había reducido la legítima, desde los cuatro quintos del caudal con tercio de mejora del Derecho castellano anterior, hasta los dos tercios del caudal con tercio de mejora.

Aunque la letra del precepto se refiere a reparto de la *“herencia”* y a necesidad de respetar lo que corresponda en la *“herencia”* según el Código, parece evidente, conocidos el marco general de irretroactividad en el que se sitúa el precepto y el problema central que históricamente tenía que enfrentar (la mencionada reducción de la cuantía de la legítima), así como que en esa época estaba muy extendida la idea de que la legítima se satisfacía o se debía satisfacer con atribuciones a título de heredero, que el precepto está dirigido al doble objetivo de, por una parte, hacer respetar los derechos subjetivos nacidos conforme a la legislación anterior de testamentos válidos según la misma y, por otra parte, a reducir las cuantías de esos derechos subjetivos de legitimarios o de no descendientes, siempre que lo hiciere preciso el respeto de las nuevas cuantías de la parte de legítima y de la parte de libre disposición que el Código quería imponer. En lo primero

el precepto se inspiraba en la irretroactividad de las leyes y en lo segundo se inspiraba en una limitada retroactividad, para imponer imperativamente un necesario reajuste de las cuotas de todos conforme a las exigencias cuantitativas de la cuota de la nueva legítima. Esta limitada retroactividad que imponía respecto de las nuevas cuantías de legítima de la ley nueva la disposición transitoria 12ª del Código civil la considero progresista para su tiempo y cargada de buen sentido.

La dificultad principal del nuevo y complejo sistema de Derecho intertemporal sobre la legítima aragonesa creado desde la vigente LS de 1999 es, en mi opinión, la de si, conforme a la disposición transitoria duodécima del Código civil, prevalece todavía esta razonable necesidad de ajustar todas las cuotas de los legitimarios o de los no descendientes a la nueva legítima instalada por la ley nueva (ahora la mitad del caudal computable), o si habrá que atenerse en la fase transitoria a lo que se desprenda de la disposición transitoria 2ª, apartado primero (validez de los testamentos anteriores por ser conformes a la legislación anterior de 1967, lo que viene a repetir el criterio de la disposición transitoria 2ª del Código civil), y sobre todo de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS, que al ordenar la subsistencia "*con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente*" de los derechos y acciones nacidos antes de regir la nueva LS pero no ejercitados o cumplidos a su entrada en vigor, parecen ambos preceptos excluir toda retroactividad de la nueva cuantía de la legítima de la LS. Y parecen ambos preceptos de la LS, por tanto, mantener sustancialmente, según un sistema clásico y decimonónico de radical irretroactividad, tanto los derechos de los legitimarios según los regulaba en sus requisitos y efectos la Compilación de 1967, como incluso la cuantía de la legítima en los dos tercios del caudal computable de la legítima.

A favor de la preferible aplicabilidad todavía en el sistema de la LS de 1999 de la disposición transitoria 12ª del Código civil se podría alegar el argumento de que las normas de remisión o reenvío hasta esta norma, al ser normas sin contenido sustantivo propio, no pueden ser parcial y tácitamente derogadas por leyes posteriores y que no han sido tampoco derogadas expresamente por la LS. También cabría alegar que, atendidos tanto el espíritu como la letra de la disposición transitoria 12ª del Código civil, esta norma es la más especial sobre nuestro tema y, en particular, más especial que la norma intensamente irretroactiva de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS, por lo que debe prevalecer aquélla. Además, cabría alegar todavía para justificar este carácter más especial de la regla de la disposición transitoria 12ª del Código civil que la regla de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS reproduce en términos casi literalmente idénticos la disposición transitoria 4ª del Código civil, lo que nos demuestra que para los autores del Código civil esta última regla, hoy recogida de nuevo por el legislador aragonés de 1999, era una regla más general que la de la disposición transitoria 12ª del Código, y que a esta última regla más especial con establecimiento de una mayor retroactividad en materia de legítima le reconocía el legislador estatal de 1889 una necesidad y una justificación objetivas. En fin, el error cometido por el legislador aragonés de 1999, y desvelado en el subepígrafe anterior, de creer que establecería una cierta retroactividad en materia de legítima mediante la norma retroactiva de la disposición transitoria 2ª, apartado 2º, dirigida a convalidar testamentos o pactos sucesorios anteriores y nulos según la Compilación pero que hubieran resultado válidos conforme a la propia LS, se convierte también, si no en un argumento jurídico formal a favor de la aplicabilidad de la disposición transitoria 12ª del Código civil, sí en una razón práctica que refuerza considerablemente la conveniencia de aplicar esta antigua norma de 1889, pero paradójica-

mente más moderna y progresiva que la de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS.

A favor de la prevalencia de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS y su fuerte irretroactividad, y con la consecuencia de la no aplicabilidad de la disposición transitoria 12ª del Código civil, cabe argumentar que el establecimiento por la LS de un sistema tendencialmente completo de disposiciones transitorias junto a la completa derogación expresa de la total regulación sucesoria de la Compilación de 1967-1985, permite afirmar la parcial derogación tácita de las normas de remisión o reenvío a la regla de la disposición transitoria 12ª del Código civil, y que, por tanto, no habiendo recogido el legislador aragonés de 1999 dicha regla, es porque ha querido prescindir de ella, derogándola tácitamente con su ley posterior (artículo 2-2º del Código civil), al resultar incompatible con la regla de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS. Podría quizás afirmarse también que cuando el legislador aragonés de 1999 ha querido optar por la retroactividad, lo ha hecho, como en la disposición transitoria 2ª, apartado 2º, y en las disposiciones transitorias 5ª a 10ª; de lo que cabría inducir que en los demás casos ha preferido optar (aunque sabemos que en lo relativo a la legítima se equivocó) por el criterio de la irretroactividad.

Con arreglo a esta interpretación, que considero apoyada por unas razones formales de peso muy considerable, casi todas las normas sobre la legítima de la Compilación de 1967-1985 presentarían una fuerte irretroactividad en muchas sucesiones (las correspondientes a testamentos o pactos sucesorios anteriores al 23 de abril de 1999) durante todavía varias décadas futuras, y deberían además referirse siempre a una legítima calculada según los dos tercios del caudal computable de la legítima. Podría resumirse la situación, entonces, explicando que en las próximas décadas muchas sucesiones, aunque en número progresivamente decreciente, se habrían de regular todavía muy mayoritariamente por la Compilación de 1967-1985 y que las restantes sucesiones, en número progresivamente creciente, se habrían de regular íntegramente por la nueva regulación de la LS de 1999.

A partir de aquí se formula un intento de describir cómo quedaría aproximadamente la situación futura de la aplicación de las normas sobre la legítima, si se parte de que, por las razones explicadas, sigue siendo aplicable en Aragón la disposición transitoria 12ª del Código civil, opción interpretativa que tiendo a considerar preferible. Por lo demás, de la interpretación sistemática de las disposiciones transitorias de la LS de 1999 junto con la mencionada disposición transitoria 12ª del Código civil, que según esto sería la norma básica o más específica en cuanto a posible retroactividad de normas relativas a la legítima aragonesa de la mencionada Ley de 1999, se desprendería una amplia retroactividad, frente a sucesiones abiertas después de la Ley de 1999 pero reguladas en pactos sucesorios o testamentos realizados antes, de las normas de la Ley nueva de 1999, aunque todavía con una estimable pervivencia también para las próximas décadas de algunos preceptos de la Compilación relativos a la legítima; y también con una ancha franja de normas en las que aparecería discutible el grado de retroactividad o irretroactividad posible de las normas de la LS de 1999.

En una primera consideración, me parecen retroactivas, presuponiendo la aplicabilidad de la disposición transitoria 12ª del Código civil y a la vista del contenido de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS, por ejemplo, las normas de la LS de 1999 que fijan la nueva cuantía de la legítima global en la mitad del caudal computable (art. 171-1º); las normas, por su estrecha conexión con lo anterior, sobre cálculo del caudal

computable o sobre imputación de liberalidades (art. 174 a 176); la norma sobre prescripción de acciones (art. 178); o las normas sobre acción de lesión de legítima (arts. 179 a 181); aparte de las normas sobre partición de herencia, que algo tienen también que ver con el cumplimiento de la legítima (cfr. disposición transitoria 5ª, ésta parece que coincide también con el criterio de la disposición transitoria 12ª del Código civil). El reconocimiento de la retroactividad del artículo 171-1º de la LS se basa, por las razones que han quedado explicadas con anterioridad, en la preferencia que se reconoce, como norma más especial y aplicable en plano de igualdad, a la disposición transitoria 12ª del Código civil respecto de la regla más general del apartado 1º de la disposición transitoria 3ª de la LS de 1999.

Respecto de estas afirmaciones del párrafo anterior quizás habría que exceptuar todavía la irretroactividad del artículo 179-2º de la LS, en la medida en la que legítima para la acción de lesión de la legítima colectiva a todos los legitimarios de grado preferente, prescindiendo de los diversos y más depurados criterios del artículo 124 de la Compilación. La cuestión parece discutible. Por el criterio de la retroactividad de ese artículo 179-2º parecería estar la disposición transitoria 12ª del Código civil, que parece entregar a la ley nueva el criterio para determinar la participación o cuota en la herencia o en la legítima de cada uno de los legitimarios o coherederos. Pero por la irretroactividad de dicho artículo 179-2º de la LS y consiguiente perdurabilidad hacia el futuro del artículo 124 de la Compilación, que parece solución preferible, está el apartado 1º de la disposición transitoria 3ª de la LS, siempre que se precise que el mantenimiento de las cuotas legales de legítima establecidas por el artículo 124 de la Compilación se proyecta hacia el futuro como subsistencia de la "extensión" y "términos" en los que la legislación precedente había reconocido la cuota al resto de legítima de cada legitimario, y no como una cuestión de ejercicio o de procedimiento para hacer valer ese derecho de cada legitimario. Pero ello, entiéndase que con las precisas reducciones de los derechos de los diversos legitimarios como para que se mantenga la retroactividad de la regla que fija la legítima en la mitad y no en los dos tercios del caudal computable (artículo 171-1º de la LS).

En el extremo opuesto, tiendo a considerar irretroactivas, por las razones expuestas en el subepígrafe anterior, las normas sobre cuota legal del preterido no intencional y otros casos asimilados (arts. 193-1º y 199), puesto que, con la limitadísima excepción de lo preceptuado en la disposición transitoria 10ª, la regulación de la preterición de la Compilación debe prevalecer en las sucesiones correspondientes a testamentos o pactos sucesorios otorgados antes del 23 de abril de 1999, y aunque refiriendo la legítima, según se explicó, probablemente, a la mitad y no a los dos tercios del caudal computable. Un efecto importante de esta interpretación será el de que, al menos para estas sucesiones ordenadas en negocios anteriores a abril de 1999, habrá que entender prohibidas por el artículo 120-2º de la Compilación las fórmulas de exclusión de legitimarios de la legítima colectivas o genéricas y dirigidas a evitar la preterición no intencional futura. Puede resultar útil advertirlo, aunque en el presente trabajo se haya argumentado a favor de entender prohibidas dichas formas de exclusión colectivas de legitimarios también en el conjunto de la nueva LS y hacia el futuro.

También parece que habría de considerarse irretroactiva la regla del artículo 200 de la LS sobre derecho de alimentos, lo que supondría cierta pervivencia del artículo 121 de la Compilación sobre alimentos de los legitimarios inmediatos excluidos, como precepto antepuesto o preferente a la regulación de los alimentos del Código civil, justo al revés que lo previsto en el artículo 200 de la LS.

Y tiendo a considerar también irretroactivas las reglas sobre la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima (arts. 182 a 187), lo que haría defendible todavía en el futuro, en su caso, o al menos discutible, sin que resulte aquí decisiva la retroactividad de las reglas de la partición hereditaria, el carácter de *pars valoris* de la legítima aragonesa, y teniendo ello al parecer muy verosímil influencia en la interpretación de la cuestión de los gravámenes a la legítima o incluso, a pesar de no tener sobre ello regulación la Compilación, también sobre las cautelas de opción compensatoria de la legítima. Por ejemplo, seguiría siendo exigible en su caso para los gravámenes a los derechos atribuidos en pago de legítima sólo la “justa causa” del artículo 125-3º de la Compilación, y no todavía la justa causa necesariamente expresada en el título sucesorio y necesariamente beneficiosa para alguno de los legitimarios de los artículos 186-3º y 187 de la LS.

También me parece defendible la irretroactividad de las reglas de la LS de 1999 sobre desheredación (arts. 194 a 196 y art. 198-1º). Aparte de la incidencia en ello de la disposición transitoria 12ª del Código civil, probablemente se puede también considerar ésta una regulación con una sanción civil en la que la legislación nueva es menos benigna con el que ha incurrido real o supuestamente en causa de desheredación, que la legislación de la Compilación, por lo que debe prevalecer ésta última (cfr. disposición transitoria 3ª, párrafo 2º, del Código civil). Aparte de que, en pro de una aplicabilidad hacia el futuro y en su caso del artículo 123 de la Compilación en cuanto a la desheredación injusta singular, cabría alegar también la interpretación “*a sensu contrario*” de la disposición transitoria 10ª de la LS de 1999.

De la disposición transitoria 4ª de la LS se deduce la limitada irretroactividad de las reglas de la LS sobre renuncia a la legítima, en el sentido de que las renunciaciones a la legítima hechas antes del 23 de abril de 1999 se tendrán que regir por el artículo 106 y concordantes de la Compilación, lo que, prolongando en su caso la aplicabilidad de dichos preceptos de la Compilación para después de 1999, tendrá además la ventaja de evitar para las sucesiones relativas a ciertos testamentos o pactos sucesorios los injustos efectos del artículo 173-2º de la LS, que, como ya se explicó, extiende los efectos de la renuncia a la legítima del legitimario de grado preferente a toda su estirpe. Pero la propia disposición transitoria 4ª-1º sí establece también, por tanto, una parcial retroactividad del artículo 173-2º de la LS a las renunciaciones a derechos legitimarios correspondientes a sucesiones con testamentos o pactos sucesorios anteriores al 23 de abril de 1999, siempre que las renunciaciones a la legítima se hagan con posterioridad a dicha fecha. Esta parcial retroactividad del artículo 173-2º de la LS creo que presenta un carácter un tanto excepcional frente a lo que, a falta de norma concreta sobre la cuestión, habría que deducir tanto de la disposición transitoria 12ª del Código civil como de la disposición transitoria 3ª, apartado 1º, de la LS. Y el apartado 2º de esa disposición transitoria 4ª de la LS añade un nuevo precepto inspirado en la idea de irretroactividad y pensado para una hipótesis harto improbable, incluso pensando en renunciaciones a la legítima transaccionales o de matiz oneroso, como es la de que en el testamento o pacto sucesorio anteriores a la entrada en vigor de la LS se hubiera previsto expresamente que la renuncia a la legítima de un legitimario inmediato no extendería sus efectos a la estirpe del renunciante, caso para el que el precepto ordena que se respete tal previsión negocial o testamentaria incluso tratándose de renunciaciones a la legítima posteriores a la entrada en vigor de la LS de 1999.

Me parece, en cambio, presupuesta siempre la aplicabilidad de la disposición transitoria 12ª del Código civil, defendible pero no segura, la retroactividad genérica de las innovaciones legales de la LS de 1999 en cuanto a la distinción entre legitimarios de grado preferente y los de grado no preferente (art. 173), porque, a través de su relación



con la renuncia a la legítima y con la exclusión absoluta, incide esta regulación en las cuotas de legítima y herencia finalmente distribuibles, pero, a la vez, esta cuestión parece de carácter estructural en el régimen jurídico de la legítima y por ello podría estar alcanzada por la fuerte exigencia legal (cfr. la disposición transitoria 12ª del Código civil) de respeto a las legítimas tal y como las regulaba (claramente mejor, por cierto, en esto) la ley anterior o, en nuestro caso, la Compilación. Esta segunda explicación presentaría además mayor coherencia con la explicación realizada sobre la disposición transitoria 4ª de la LS según la cual son, aunque limitadamente, irretroactivas también las normas de la LS sobre renuncia a la legítima, y en particular el desacertado artículo 173-2º de la LS.

### **19º) VALORACIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL VIGENTE DE LA LEGÍTIMA ARAGONESA.**

Podemos concluir ya con una valoración general de la nueva regulación legal de la legítima aragonesa de la LS de 1999, poniendo por delante el convencimiento personal del autor de que legislar es una tarea siempre difícilísima y en Derecho civil acaso más que en cualquier otra rama del Derecho.

Considero muy discutibles, y en algunos casos francamente erróneas, algunas de las decisiones de política legislativa adoptadas sobre la legítima por el legislador aragonés de 1999. El tratamiento que se ha hecho por la Ley de la distribución de la legítima y de la libertad del disponente me parece algo contradictorio en sí mismo, poniéndole trabas excesivas en materias como la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, donde el Derecho aragonés llega a quedar en puntos importantes y sin lógica defendible alguna ni histórica ni dogmática incluso menos liberal que el del Código civil, e inspirándose en otros aspectos en un liberalismo exacerbado que llega a ser excesivo y perjudicial para la misma técnica jurídica en esos otros concretos supuestos y a desdibujar y erosionar un tanto el instituto de la legítima aragonesa. Se llega a advertir en la regulación de algunos de esos concretos supuestos, en mi opinión, un verdadero desafecto o malquerencia por el instituto de la legítima, que en alguno de los juristas que intervinieron en la preparación del proyecto de ley es conocido y proclamado, y que puede haber contribuido a crear normas que parecen destinadas a causar una cierta erosión del instituto de la legítima, en perjuicio de lo que los legitimarios venían recibiendo tradicionalmente del mismo, y como a la espera de conseguir en el futuro la abolición o supresión plena del instituto. Naturalmente, no es que no considere legítimo ser radicalmente crítico con el tradicionalmente discutido instituto de la legítima, puesto que el pluralismo es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, pero parece haber resultado finalmente poco conveniente para la misma técnica jurídica de esta concreta regulación legislativa el haber tomado excesivamente en cuenta a la hora de regular en positivo la legítima opiniones probablemente provinientes de algunos de los miembros de la Comisión más radicalmente críticos con nuestro instituto. Especialmente malparada queda la legítima aragonesa en la vigente LS, según se ha razonado en el trabajo, en materia de las facultades del derecho legal del legitimario preferente.

En general, los cambios introducidos creo que han mermado la originalidad que la legítima aragonesa tenía en la Compilación. En las ideas profundas se ha producido un acercamiento al Código civil, a pesar de ser ésta de 1999 una Ley hecha en principio por juristas que se dicen todos o casi todos entusiastas del Derecho civil aragonés. Una cosa

es querer ser original y otra muy distinta poder llegar a serlo. En alguna ocasión, como se ha mostrado en el presente trabajo, el legislador de 1999 incluso ha incorporado a la nueva regulación aragonesa problemas debatidos en el Código civil pero que debieran haberse considerado ajenos al sistema legitimario aragonés. Incluso se ha señalado también en este trabajo algún caso de curioso seguimiento a solución concreta del Código civil que éste había ya abandonado y modificado al dictado del criterio de los mejores civilistas españoles y que la LS ha rescatado tardíamente para el Derecho aragonés a requerimiento de opinión aragonesa aislada y de no excesivo prestigio (al menos por comparación a ese mencionado criterio de los mejores civilistas españoles). Y la extraordinaria *elegantia iuris* que se desprende de los precisos y sobrios preceptos sobre la legítima de la Compilación de 1967 ha decaído sensiblemente en la nueva regulación de la legítima de la Ley de 1999. Bastantes de los preceptos de ésta, por ejemplo, nos explican lo que el “*causante*” puede o no puede hacer, lo que, desde luego, en sus propios términos, es bastante difícil de creer o aceptar.

En relación con lo anterior, creo que, pese a que el Preámbulo de la Ley afirme expresamente lo contrario, ha habido también un corte bastante profundo con la buena doctrina aragonesa y con el Derecho aragonés codificado y existente desde 1925, Derecho que ya podíamos calificar hasta cierto punto como histórico<sup>305</sup>. La despreocupación por el sentido histórico se nota también en el Preámbulo de la Ley, con un elogio genérico inicial a la Compilación, pero que luego se constata en la concreta regulación legal introducida que queda bastante retórico o platónico. El Preámbulo no destaca ninguno de los concretos e importantes aciertos de la Compilación en la regulación de la legítima, con lo que puede dejar la duda de si se ha reflexionado a fondo sobre la regulación que se derogaba. Tampoco señala ni explica el Preámbulo de la LS el fuerte entronque que tenía la regulación de la legítima de la Compilación en la regulación anterior del Apéndice de 1925, ni alude aquél a este importante cuerpo legal de 1925 de forma significativa ni una sola vez a todo lo largo de su considerable extensión (la única alusión, en el Apartado VII, es de pasada, y para aludir sólo a los anteproyectos anteriores al propio Apéndice).

Especialmente estridente, para un legislador que parece pretende inspirarse en las concepciones costistas, es la contradicción de la regulación de 1999 de la preterición, suprimiendo el derecho que desde hace siglos tenían (teníamos) los descendientes aragoneses a una parte de la legítima del ascendiente inmediato salvo que fueran (fuéramos) expresamente excluidos por el disponente, derecho que no era desde luego, o no sólo ni principalmente, “honorífico”, y que se sabía al hacer la Ley de 1999 que era un derecho arraigado en la práctica al menos desde el siglo XVI, como se había demostrado en la tesis doctoral de Bellod Fernández de Palencia de 1997. Joaquín Costa había afirmado que en el Derecho aragonés no sólo había que estar a la carta (*standum est chartae*), en la que se manifestaba, según él, la “soberanía” del individuo de forma expresa, sino que también había que estar a la costumbre (*standum ad consuetudine*), en la que se manifestaba la soberanía del individuo de forma tácita, dando la verdadera legitimidad a las leyes o normas<sup>306</sup>. Ya se ha explicado también que este radical cambio legislativo, además de haber desembocado en una regulación por la LS de la preterición bastante

305 No se ha seguido, por ello, el prudente consejo del profesor MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, quien había recomendado que en la futura reforma legal del Derecho de sucesiones aragonés las peculiaridades históricas jugaran un “papel fundamental”, previniendo de los riesgos de que si no se hacía una “reflexión en profundidad” podría sustituirse un sistema legal (el de la Compilación, en materia, por lo que se trató ese día, de sustitución legal) que parecía muy complicado por otro igualmente complicado o falsamente simplificado. Cfr. *Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa.*, en las *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 1995, 1996*, pp.212-213.

problemática y desafortunada, tiene su origen más remoto en una actuación o interpretación de algunos notarios aragoneses sumamente discutible, interpretación enfrentada a la de la mejor doctrina aragonesa y que censuró repetidamente el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, e interpretación plasmada poco prudentemente en los testamentos otorgados bajo asesoramiento de dichos notarios.

Se ha oscurecido mucho en bastantes normas de la Ley de 1999 la “*ratio*” de las mismas, que, como sabemos, es el criterio decisivo para la interpretación de las mismas, según el artículo 3 del Código civil. Ahora han quedado enturbiadas las líneas de fuerza del instituto de la legítima y bastante oscurecida su lógica profunda. La legítima es un sistema de inevitable complejidad puesto que tiene que abarcar el conjunto del fenómeno sucesorio, de especial complejidad en el Derecho aragonés, y la coherencia de la lógica profunda del instituto, que es importante para la seguridad jurídica, se ha desdibujado. Algunos de los nuevos preceptos legales incorporados por el legislador de 1999 son, como se ha mostrado en el presente trabajo, verdaderas cristalizaciones legales de muy discutibles interpretaciones doctrinales sobre la regulación anterior, arrastrando y trasladando esos nuevos preceptos legales inevitablemente sus inconvenientes y su carga de dificultad originarios al nuevo sistema legal de la legítima. He mostrado en este trabajo cómo el mismo Preámbulo de la Ley muestra desajustes considerables de lo allí explicado con lo realmente regulado en la misma y da idea de un cierto descontrol por los autores de la Ley sobre esa lógica profunda del instituto.

En conclusión, creo que la nueva regulación de la legítima aragonesa es sensiblemente peor que la de la Compilación de 1967. Lamentablemente, se ha cumplido mi pronóstico de 1997 lleno de escepticismo sobre que una regulación más minuciosa y extensa de la legítima aragonesa pudiera mejorar de verdad lo que entonces teníamos<sup>307</sup>. Afirmé en aquel trabajo que demasiadas veces se ha comprobado que nuevas leyes extensas y pretendidamente clarificadoras de las otras leyes precedentes a las que sustituían habían oscurecido realmente al final lo que supuestamente iban a clarificar. Eso es cabalmente lo que ha sucedido con la nueva regulación, muy reglamentista y pretendidamente pedagógica, de la legítima en la Ley aragonesa de sucesiones de 1999.

La regulación de la legítima de la Compilación era técnicamente muy buena y no había sido suficientemente estudiada. Se notaba en ella la mano y la gran sabiduría del profesor Lacruz y seguramente también la de algunos de los otros destacados juristas que trabajaron durante siete años bajo su dirección. Recibió críticas apresuradas e injustas desde estudios no suficientemente profundos para la gran complejidad que tiene este tema. A título de ejemplo, Adolfo Calatayud Sierra terminaba un trabajo suyo de 1993, que ha tenido acaso más influencia de la que merecía en la reforma legal de 1999, afirmando que existía bajo aquella regulación de la legítima de la Compilación una “*avalancha de problemas*”. Y al inicio de su trabajo denunciaba la “*complejidad excesiva*” del tema que se ponía de manifiesto, en su opinión, en los trabajos de Lacruz. Y Navarro Viñuales incluía en los Encuentros del Foro de 1993 a la legítima aragonesa entre las instituciones civiles aragonesas necesitadas de “*urgente reforma*”. Y Rodríguez Boix calificaba en los Encuentros del Foro de 2000 de “*absurda*” la solución del artículo 123 de la

306 Cfr. COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1883), pg. 125. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 11 de noviembre de 1998 ha negado, muy discutiblemente, que existiera la costumbre de dejar a los hijos como legítima cinco sueldos. La importancia del *Standum est consuetudini* en el pensamiento de COSTA la ha destacado VALLET de GOYTISOLO. Véase su *Metodología jurídica*, Ed. Civitas, 1988, pp. 277 y ss.

307 Cfr. ese pronóstico mío escéptico casi al final de mi trabajo de 1997, pg. 64.

Compilación de dar al preterido singularmente la cuota de legítima del legitimario “menos favorecido por el testador”, y de “deplorable” la redacción del artículo 124 de la Compilación, afirmando también que esa regulación de la legítima de la Compilación planteaba muchas dudas y que era una de las materias más necesitadas de reforma legal. Y Lasierra Gómez también califica de “absurda” la solución legal del artículo 123 de la Compilación y supone muy optimistamente que la nueva regulación de la LS ha supuesto una “simplificación”<sup>308</sup>.

Discrepo. Considero la mencionada idea del artículo 123 de la Compilación una idea aragonesa brillante y que, como se explica en la breve introducción histórica del presente trabajo, prestó a Aragón servicios impagables a partir de 1925 hasta hoy mismo, 125 años después de que apareciera la idea en el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1880-1881 (cfr. hoy el artículo 193-1º de la LS). La técnica del artículo 124 no me parece “deplorable” sino magnífica y a la postre empeorada por la de los actuales artículos 179 y 180 de la LS. La supuesta “avalancha de problemas” que producía la regulación de la legítima en la Compilación creo que no era para tanto, como demuestra además la escasez de jurisprudencia habida sobre el tema mientras duró aquella regulación. Algunos de los problemas señalados en la doctrina eran falsos problemas, fruto de la incomprensión por algunos del sistema legitimario aragonés, y los que había, en una materia como ésta que tiene inevitable complejidad y sobre la que hay escritas (en el ámbito del Código civil o de Derechos extranjeros) voluminosas monografías, podían enfrentarse desde unas líneas de inspiración profunda del instituto muy claras y muy razonables. Para quien lograra entenderla, la regulación de la legítima de la Compilación ofrecía una dogmática transparente. Y además no había apenas soluciones legales claras en su significado pero desacertadas (acaso sólo el artículo 122-2º, de incidencia insignificante en la práctica).

En la regulación de 1999 hay muchas soluciones legales claras en la letra de la ley pero bastante desacertadas o contradictorias con las propias líneas de inspiración del actual instituto según lo ha plasmado la nueva Ley. Ha aumentado mucho la lista de problemas interpretativos reales, a los que hay que sumar los muy complejos de Derecho intertemporal que toda reforma legislativa conlleva, y hoy tenemos que enfrentarlos todos desde unas líneas de inspiración del instituto sumamente enturbiadas y con perturbadoras contradicciones valorativas. Se ha empeorado también, y se ha oscurecido muy considerablemente, como se ha explicado, la regulación del Derecho intertemporal de la regulación de la legítima, cuestión que presenta bastante importancia práctica. Ha aumentado considerablemente, con la nueva regulación, la inseguridad jurídica. Se podrá decir que muchos de los problemas interpretativos detectados en este trabajo va a ser improbable que se planteen verdaderamente en la práctica, pero ello, aparte de que está por ver, no empece, según mi opinión, a la consistencia y validez de las críticas aquí realizadas (o de muchas de ellas), ni podrá servir de consuelo a los concretos ciudadanos, por pocos que puedan ser, que sí se vean atrapados en dudas y oscuridades legales que hubieran sido fácil y perfectamente evitables. Creo que los autores del proyecto de ley no han aprovechado suficientemente la magnífica doctrina que tenían disponible en los trabajos, sobre todo, del profesor Lacruz<sup>309</sup>, ciertamente de difícil lectura

308 Cfr. de RODRÍGUEZ BOIX su trabajo *La preterición*, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2000, 2001*, pp.13, 14 y 33. Y de LASIERRA GÓMEZ, Ignacio, *La legítima en el Derecho aragonés*, en los “Cuadernos LACRUZ BERDEJO”, nº 1, 2004, epígrafes 2 y 6.

309 La regulación de la legítima de la Compilación aragonesa de 1967 no sólo gozaba del respaldo de la autoridad del profesor LACRUZ, que siempre se refirió a dicho texto legal con gran respeto y conciencia clara de su gran nivel técnico, sino también del respaldo de la autoridad de VALLET de GOYTISOLO, que en sus libros *Limitaciones del Derecho*

por su misma profundidad y concisión en la expresión, pero de los que yo había hecho una especie de resumen creo que más asequible y pedagógico, y con muy escasas propuestas de modificación, en mi trabajo de 1997.

La perspectiva histórica nos muestra ahora con nitidez, y por contraste con esta Ley de 1999, el enorme mérito que tuvo el Seminario dirigido por el profesor Lacruz, que, sin contar con doctrina previa sobre la legítima aragonesa digna de consideración, fue capaz de alumbrar una regulación de la legítima aragonesa entroncada en la historia real de nuestro Derecho, respetuosa del Apéndice de 1925, muy original y de extraordinaria elegancia y técnica jurídica. El que el legislador aragonés de 1999 no haya sabido comprender cabalmente la grandeza de la obra legislativa que derogó, ni la gran calidad de su técnica legislativa, da un concreto argumento de peso (uno más entre otros innumerables) a los muchos juristas de prestigio que consideran que el actual momento español es un momento de declive general en cuanto al nivel de la técnica jurídica de las leyes. Resulta curioso que un texto legal como la Compilación aragonesa de 1967, elogiado y tratado siempre con gran respeto por juristas como Castán Tobeñas, Lacruz Berdejo ó Vallet de Goytisolo haya recibido críticas radicales y hasta despectivas de jóvenes profesionales aragoneses de autoridad y experiencia mucho menores que las de los citados maestros. La dura afirmación del inicio del Preámbulo de la LS de 1999 de que la Compilación, pese a su altura técnica y al acierto de haber conservado las instituciones aragonesas, *“resulta hoy insuficiente y parcialmente inadecuada para las necesidades y expectativas de los aragoneses”*, puesta en relación con la reforma bastante radical de la legítima que se ha realizado, sin duda recoge algo del aliento de esas temerarias críticas a lo que no se había estudiado bien.

También le falta a la reforma legislativa de la legítima aragonesa hecha en la Ley de 1999 información relevante para el sistema de ésta que proporcionaba parte de la última doctrina más valiosa elaborada sobre la legítima del Código civil, y doctrina valiosa que no ha sido tenida en cuenta, según se ha puesto también de manifiesto en el presente trabajo. A los preceptos digamos que de la parte general del Derecho de sucesiones introducidos por el legislador aragonés de 1999 les ha faltado también doctrina y, al menos, comprensión profunda del funcionamiento de la legítima, en mi opinión, según he intentado poner de relieve en el presente trabajo. Las nuevas normas de la parte general del Derecho de sucesiones de la LS de 1999 creo en efecto que han nacido viejas respecto la que considero mejor doctrina actual sobre el Código civil. Según el Preámbulo de la LS, en su apartado II, esas normas introductorias generales buscan procurar a las más esenciales o tradicionales el *“entorno normativo adecuado”*, además de *“facilitar el engarce”* con el Derecho supletorio. Pero en lo poco que añaden respecto de lo que ya explicaba el Código civil, es posible que dichas normas se conviertan más en una dificultad que en una facilitación de la interpretación de normas legales importantes, como las de la legítima, en particular. Ha perjudicado también la regulación de la legítima de 1999, y hasta creo que la del conjunto de la Ley aragonesa de sucesiones de 1999, el que no hayamos hecho todavía en Aragón un debate riguroso y a la altura de los tiempos sobre los fundamentos ideológicos del Derecho aragonés y también, en mi opinión, una

*sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, en dos tomos, 1974; y *Panorama del Derecho civil*, en dos tomos de 1982 y 1984, recogió las explicaciones de LACRUZ sobre esa regulación de la legítima aragonesa con enorme fidelidad y de forma tendencialmente completa, apartándose del pensamiento de LACRUZ sólo en contadísimas ocasiones y en puntos más bien de escaso relieve. Así que el legislador aragonés de 1999 se ha aplicado a modificar en gran medida y con exceso de desenvoltura una regulación legal que gozaba del respaldo doctrinal de quienes muchos consideramos los dos principales expositores del Derecho sucesorio español durante el siglo XX.

cierta falta de consciencia por parte de los autores del Anteproyecto de Ley del modesto carácter de la doctrina disponible de Derecho sucesorio aragonés (incluyendo la muy buena de que disponíamos y que aquí se ha manejado y recordado) comparada con la mucho más antigua, extensa y profunda doctrina existente sobre el Derecho sucesorio del Código civil.

Quizás el mejor elogio que pueda hacerse de la regulación de la legítima de la LS de 1999 es, precisamente, que ha tenido a pesar de todo el acierto de mantener, aunque bastante enturbiadas, las más profundas líneas de fondo de inspiración de la regulación de 1925 y 1967. Sobre todo, cuando se comprueba que en los dos primeros borradores que elaboró la Subcomisión sobre legítimas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre la regulación de la legítima había predominado, en uno de esos borradores pero que era el mayoritario, un rumbo que considero completamente errático y que, sencillamente, arrojaba por la borda toda la sabia estructura normativa elaborada por el legislador en 1925 y mejorada en 1967<sup>310</sup>.

En mi trabajo de 1997 propugné el mantenimiento de la regulación de la legítima de la Compilación con unos mínimos retoques. Hoy matizaría levemente esa opinión de entonces, y estaría dispuesto a considerar que hubiera resultado razonable o ideal en 1999, ya que pese a la discutible necesidad de ello se quiso reformar la Compilación, un cierto aumento de la extensión y del detalle de la regulación de la legítima, que hubiera representado en torno a un 25% o un 30%, como máximo, de la extensión que tenía esa regulación en la Compilación. Y por otra parte, ese incremento debería haberse hecho, en mi opinión, respetando un estilo conciso y codificador para la nueva regulación, como el de la Compilación de 1967, estilo del que el profesor Lacruz siempre se mostró orgulloso<sup>311</sup>. Este estilo conciso y codificador en la técnica legislativa se basa en el reco-

310 Debo reconocer, sin embargo, que aunque personalmente tuve conocimiento de dichos borradores elaborados por la Subcomisión de legítimas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, los mismos no han sido publicados, que yo sepa. En mi opinión, el de la mayoría de dicha Subcomisión era el más defectuoso de los dos y el que se ha citado alguna vez como "alternativo" a ese mayoritario, era más continuista con la regulación de la Compilación y, siempre en mi opinión, mucho más razonable y sólido técnicamente. Lo que quedó en la LS como regulación de la legítima fue una transacción entre ambos borradores, pero, por desgracia, más próxima al "mayoritario" en la Subcomisión que al "alternativo" y con adiciones tampoco demasiado afortunadas. Ha narrado brevemente esta evolución de los precedentes legislativos, que conoce de primera mano, SERRANO GARCÍA, José Antonio, en su trabajo *La reforma de la legítima aragonesa*, en el Libro Homenaje al Profesor DIEZ PICAZO, Tomo 4º, 2003, pp. 5544 a 5546. También, más brevemente, CALATAYUD SIERRA, Adolfo, en una reseña publicada en la Revista de Derecho Civil Aragonés, de 1998, pp. 527-529.

311 Comparando el Apéndice de 1925 con la Compilación de 1967 afirmó LACRUZ en 1968 de ambos cuerpos legales que, teniendo ambos aproximadamente el mismo número de letras, el segundo de ellos tenía el doble número de artículos que el primero y una densidad triple la Compilación respecto del Apéndice en cuanto a ideas y mandatos jurídicos. Cfr. su trabajo *Objetivos y método de la codificación aragonesa*, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1968, marzo-abril, n° 465, pp.311-312. Cuando en la primera edición (y la afirmación se mantuvo en todas las siguientes) de sus *Elementos de Derecho civil*, Páffe General, aludió a la Compilación aragonesa, afirmó LACRUZ que probablemente era la de mejor técnica y redacción más depurada. Y que sus preceptos, breves pero de mucho contenido normativo, no eran casuísticos en exceso. Cfr. la mencionada edición, 1974, pg. 40. En 1986, comentando la muy desafortunada redacción que las Cortes aragonesas dieron, a través de una enmienda de última hora, al artículo 141 de la Compilación, reflexionó el maestro, conteniendo a duras penas su malestar, sobre lo deicada que resultaba la reforma de preceptos tan pensados y elaborados como lo eran los de la Compilación, y prevenía contra el riesgo de hacer las cosas mal en el futuro, y frente a los ~entusiastas de la reforma a todo trapo~, del ~cambio por el cambio~; en último término, afirmaba, ~de dejar su nombre, su huella, en el texto legal~. Cfr. el prólogo al libro de VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *El derecho de representación en la sucesión ~moffis causa~* Madrid, 198B, pp. 9 a 15 y esta última, en particular, en cuanto a la afirmación transcrita. La idea del profesor LACRUZ en cuanto a cómo se debía hacer la reforma legislativa del Derecho aragonés, idea que conozco porque hablé con él varias veces sobre este asunto, era la de que había que empezar escribiendo buenas monografías sobre los temas más difíciles e importantes, y luego extraer de esa doctrina de calidad las ideas para la reforma legislativa. Personalmente, estoy de acuerdo con esa concepción. Para hacer una buena ley de Derecho civil no basta encargarla a personas con un buen nivel de genérico, sino que entre ellas tiene que haber además personas con una formación de alto nivel específico respecto de los temas que se pretenden regular. Y ello, porque como explicaba al principio de este epígrafe final del trabajo, legislar sobre Derecho civil es una tarea difícilísima. Por cierto, que el citado

nocimiento de un razonable margen a la interpretación de los tribunales como algo bueno y razonable, aparte de inevitable, puesto que la experiencia lleva a un prudente escepticismo sobre la capacidad del legislador de ser capaz de prever con anticipación todo el conjunto de posibles cuestiones que luego presenta la complejísima y mudable realidad social. Pero considero en general desacertado cuadruplicar, como se ha hecho, la extensión del Derecho sucesorio aragonés y traer muchas normas del Derecho supletorio del Código civil a la ley aragonesa con redacción levemente retocada.

---

prólogo de LACRUZ a VATTIER es utilizado abusivamente por GARCÍA BERNARDO LANDETA para criticar el actual Estado autonómico español plurilegislativo. El profesor LACRUZ fue siempre defensor del Derecho aragonés y de la autonomía política para Aragón. Véase esta abusiva manipulación del pensamiento del maestro en el libro del autor *La legítima en el Código civil*, 2ª Edición, 2006, pg. 213.





## INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA

JUAN JOSÉ BRUN ARAGUES

Abogado

El artículo 182 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, que lleva por título “Cumplimiento en bienes relictos”, establece que la legítima debe atribuirse en bienes relictos, regulando los efectos del incumplimiento de tal deber.

De este modo, el legislador aragonés ha establecido o configurado la legítima como una auténtica *pars bonorum*. No obstante ello, encontramos en la propia ley unos supuestos en que la legítima entra en funcionamiento como si de una *pars valoris* se tratara, como sucede en el caso previsto ya en el propio art. 182.3, cuando establece que la reducción de liberalidades de bienes relictos hechas a favor de no descendientes no podrá afectar al cónyuge viudo y para su práctica será de aplicación el artículo 181, que como es sabido establece que el viudo podrá evitar la reducción pagando en metálico al legitimario reclamante lo que le correspondiera recibir. También podría pensarse en parecido sentido en el supuesto previsto en el artículo 181.3, al tratar de la reducción de un bien o conjunto de bienes que no admita cómoda división, (al regular la intangibilidad cualitativa), caso en el que se prevé la compensación a metálico que convengan las partes y, en defecto de acuerdo, se establece que si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad, y, en caso contrario, quedará para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico. Y también estaríamos en un supuesto de funcionamiento igualmente parecido en el caso previsto en el artículo 193, referido a las consecuencias de la preterición no intencional, al tratar de la porción del caudal relicto a la que tiene derecho el preterido, salvo previsión contraria del disponente, y que se debe formar reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, establece que éstos tienen derecho a pagar al preterido su parte en metálico.

Así pues, la legítima es una *pars bonorum* pero han de tenerse presentes esos casos en que parece funcionar como una *pars valoris*.

La declaración legal de que la legítima debe atribuirse en bienes relictos, puede suponer en algunos casos una limitación a la libertad civil del causante, en cuanto que la realización de su voluntad puede verse impedida, y por tanto, no llevarse a cabo, precisamente por esa obligación legal de atribución en bienes relictos.

A modo de ejemplo de un caso como el que me acabo de referir, es de citar aquí el expuesto por don José Luis Moreu Ballonga, en su trabajo "*Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal*" (Anuario de Derecho Civil, Tomo 1, Fasc. 1, Enero-Marzo de 1.997, y Revista de Derecho Civil Aragonés, 1997, III, nº 1), que era el siguiente:

"Un agricultor cuyo principal patrimonio son fincas agrícolas, y que vive en un pueblo, tiene dos hijos que viven desde muy jóvenes en la ciudad y dedicados al comercio y un sobrino huérfano muy querido que ha vivido siempre con él en el pueblo y que se ha dedicado a la agricultura con gran vocación y aptitud. Si deseando esta persona prever su sucesión, se le fuerza, alegando que la legítima es *pars bonorum*, a dejar a los hijos la propiedad de la mayor parte de sus fincas (carece de liquidez y vender las fincas antes de morir podría no ser tampoco buena solución, o no ser fácil) y se le fuerza a proveer, por tanto, a la (deseada, se entiende) continuidad de su sobrino al frente de las fincas, mediante algún tipo de gravamen sobre las mismas (usufructo, censo, arrendamiento de larga duración, etc.) que habría de atravesar, aparte de otros posibles límites legales en función de la concreta modalidad de gravamen elegida, el problemático filtro de la "justa causa", del artículo 125.3°. En cambio, si se parte de que la legítima aragonesa es una mera *pars valoris*, podría nuestro bienintencionado agricultor, sin dejar de tener también abiertas las posibilidades antes mencionadas, atender el pago de la legítima de sus hijos con numerario obtenido de un préstamo hipotecario sobre sus fincas y transmitir a su sobrino tanto la propiedad de las fincas gravadas, como la obligación de ir restituyendo el préstamo a lo largo de los muchos años del plazo pactado".

Entendía dicho autor que la solución sería perfectamente razonable y no creía que cupiera encontrar razones jurídicas serias para impedirla legalmente, a la vista de la regulación de la Compilación, por las razones que exponía en su trabajo.

Sin embargo, con la actual regulación, la solución del pago de la legítima con el numerario obtenido del préstamo hipotecario sobre las propias fincas enunciada en el ejemplo citado, hoy no sería posible.

Se produce la lesión cualitativa de la legítima cuando, por causa de muerte, se atribuye como legítima bienes no relictos, y dado el carácter colectivo de la legítima, la lesión, de producirse, sólo podrá afectar a aquéllos descendientes que hayan recibido por causa de muerte bienes no relictos. Por ello, lo que falte en bienes relictos sólo se repartirá entre los que hayan recibido bienes no relictos, y en la proporción en la que les hayan sido asignados estos últimos a cada uno.

El número 2 del artículo 182 establece las consecuencias de ese incumplimiento de atribución en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables.

Dicho precepto establece que el incumplimiento del deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando a favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos.

Al respecto, es de resaltar que el incumplimiento trae como consecuencia una facultad, como tal susceptible de ser ejercitada o no, atribuida individualmente a los legitimarios afectados. De donde se extrae ya una primera consecuencia, cual es que la acción es individual, y en orden a la legitimación activa para su ejercicio, que ésta la tiene el legitimario afectado, es decir, el legitimario al que se le han atribuido bienes no relictos. Y ello, siempre que en el conjunto de la legítima colectiva no se haya llenado la mitad del caudal computable con bienes relictos.

Se trata de una facultad, pues el legitimario puede optar por pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando a favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos, o bien quedarse con los bienes que le han sido atribuidos. Esta “renuncia” tiene un carácter muy especial, pues parece como si hubiera una permuta forzosa entre bienes relictos y no relictos, que con el ejercicio de esta acción puede desencadenar el legitimario.

El artículo utiliza la expresión “parte proporcional que en la diferencia les corresponda”, con lo que puede plantearse la cuestión del alcance que deba darse a tal expresión “proporcional”, que, a reserva de la interpretación que hayan de dar los Tribunales, parece que haya de ponerse en relación a la cuota de legítima de cada uno de los legitimarios afectados y en relación a los bienes no relictos atribuidos a cada uno de ellos. (Es decir, ha de relacionarse tal término “proporcional” con el caudal computable para la legítima [*donatum* más *relictum*] y no sólo con partes o cuotas del caudal relicto, como en el caso del artículo 184-2º, que se refiere a una acción distinta, y que en principio entiendo que no podría aplicarse por analogía).

Otra cuestión que puede suscitar este precepto es el alcance de la expresión “renunciando a favor de éstos [los extraños] a los correspondientes bienes no relictos”. ¿Quiere establecerse la obligatoriedad de renuncia a todos los no relictos?; ¿o sólo a los que representen un valor igual a la parte proporcional que falta en bienes relictos? En la doctrina, algunos autores entienden que el precepto establece una opción: quedarse con los no relictos, o, caso de petición en bienes relictos renunciar a todos los bienes no relictos a favor de los extraños. Sin embargo, la utilización de la expresión legal “correspondientes” puede hacer discutible la cuestión; por mi parte, entiendo que tal término “correspondientes” estaría dando la clave de que no habría por qué “renunciar” a todos los no relictos, y que bastaría renunciar a los suficientes para que fueran equivalentes económicamente los bienes relictos recibidos por el demandante tras el ejercicio de la acción, con los no relictos que el legitimario accionante se viera obligado a renunciar y transmitir al demandado.

Como se ha señalado anteriormente, el punto 3 de este artículo 182 establece que esta reducción de liberalidades de bienes relictos hechas a favor de no descendientes no podrá afectar al cónyuge viudo, estándose en este caso a lo previsto en el artículo 181, pudiendo éste evitarla pagando en metálico al legitimario reclamante lo que a éste le correspondiera percibir.

En orden al ejercicio de la acción, y conforme establece el artículo 178 de la ley, ha de tenerse presente que tiene un plazo de prescripción de cinco años desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si esta se produce con posterioridad (fiducia), y si el legitimado para el ejercicio de la acción fuera menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve.

Este plazo prescriptivo afecta a todas las acciones reguladas en el Título VI (artículos 171 a 200).

Aunque la Ley nada dice al respecto, entiende un sector de la doctrina que si se ha producido lesión cuantitativa y cualitativa de la legítima colectiva, primero hay que determinar la lesión cuantitativa para ejercitar en su caso las acciones de reducción, para completar la legítima, ya que será después cuando se apreciará si ha acaecido lesión cualitativa de aquélla. Este planteamiento, sin duda lógico, no debe llevar a descartar a priori el posible ejercicio acumulado de ambas acciones, por lesión cuantitativa y cualitativa de la legítima.

En relación con la cuestión de la intangibilidad cualitativa de la legítima, habrá de tenerse en cuenta también lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley de Sucesiones, referente a la posesión del legado, cuando establece que el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación. La existencia de esta posibilidad de toma de posesión por sí solo por el legatario, de cosa cierta y determinada, sin duda habrá de tenerse muy presente a la hora de determinar la existencia de lesión a la legítima, o a la hora de determinar la aplicabilidad de la acción del artículo 182-2 de la Ley de Sucesiones, para en su caso ejercer las acciones correspondientes, incluida cuando proceda la de impugnación de asientos registrales prevista en el artículo 38, párrafo 2º, de la Ley Hipotecaria, pues sin duda no serán infrecuentes los casos en que el legatario ejercite tal derecho legalmente contemplado, que pueda afectar a la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima.

Y es que el citado artículo 164 introduce una importante novedad en esta materia, muy distinta al sistema general del Código Civil previsto en su artículo 885, que establece como es sabido que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.

El artículo 183 de la Ley lleva por título el de *Prohibición de gravámenes sobre la legítima*. Este artículo sigue el anterior criterio establecido en el artículo 125 de la Compilación al prohibir los gravámenes sobre la legítima, si bien la Ley de Sucesiones establece dos importantes correcciones respecto a la regulación anterior: que la prohibición de gravámenes afecta a los bienes relictos, y por tanto, sí pueden establecerse en las donaciones inter vivos, y, en segundo lugar, que se podrán imponer gravámenes sobre los bienes relictos cuando el valor de los atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima cubra el importe de la legítima colectiva.

El mismo artículo, en su número dos, establece el concepto de gravamen, considerando como tal toda carga, condición, término, modo, usufructo, obligación, prohibición o limitación impuestos en el título sucesorio que disminuya el valor de los bienes relictos o la plenitud de la titularidad o del conjunto de facultades que correspondían al causante. Como es de apreciar, el concepto de gravamen es sumamente amplio. Termina el artículo estableciendo que no se consideran gravámenes los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente; un ejemplo de ello podría ser cuando el disponente ordena a un hijo suyo pintor, al que ha instituido heredero, que transmita a un sobrino del disponente un paisaje suyo de los que tenga ya pintados, que quiere que le regale para su boda (legado de cosa ajena). Y ello, según entiende la doctrina, porque recibe un bien que no se tendrá en cuenta en la imputación

a la legítima. (En el ejemplo expuesto, la obligación de entregar el cuadro no grava ninguno de los bienes recibidos por el hijo del disponente a título de heredero).

Por su parte el artículo 184 establece el efecto que tiene la contravención a lo dispuesto en el artículo anterior, que es que el gravamen se tenga por no puesto, aplicándose las reglas previstas en el mismo, cuales son, que el gravamen se tendrá por no puesto sólo en la parte que vulnere la prohibición, pero si la naturaleza del mismo impidiera dejarlo sin efecto parcialmente, se tendrá por no puesto en su totalidad; en segundo lugar, si fueran varios los descendientes sujetos a gravamen, la parte que deba quedar sin efecto se repartirá entre ellos en la misma proporción en que hayan sido favorecidos por el causante en sus disposiciones por causa de muerte, y por último, que el descendiente al que se hubieran impuesto varios gravámenes podrá decidir el orden en que deben quedar sin efecto. Un ejemplo podría ser el usufructo no viudal que gravara los bienes atribuidos a los legitimarios en nuda propiedad.

En este caso, la acción es igualmente individual y la legitimación corresponde al legitimario al que se le hubiere impuesto un gravamen que contravenga lo dispuesto en el artículo 183.

El artículo 186 enumera los gravámenes permitidos, y el artículo 187 establece el concepto de justa causa de gravamen.

Respecto de los gravámenes permitidos, y que como tales no se incluyen en la prohibición del artículo 183, en primer lugar se contemplan los dispuestos en beneficio de otros descendientes, presentes o futuros, dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias. A este respecto hay que señalar que ha existido un cambio respecto del artículo 125 de la Compilación, puesto que éste permitía los dispuestos en beneficio de otros descendientes, y el artículo 186 establece que tales descendientes pueden ser presentes o futuros y dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias (que no pasen del segundo grado, art. 781 del Código Civil). Esta excepción a la prohibición de gravámenes viene justificada, como señaló el profesor Lacruz, porque de la regla de libre distribución de la porción reservada (legítima) entre cualesquiera descendientes, se deduce la posibilidad de gravar a unos en beneficio de otros. Es una consecuencia evidente del sistema de legítima global y de la consideración de los nietos y de los descendientes ulteriores como legitimarios para recibir la parte reservada. Estos gravámenes pueden ser de cualquier clase, un usufructo, una sustitución fideicomisaria, una renta vitalicia, etc.

En segundo lugar, la Ley permite los gravámenes establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiese dispuesto. Se trataría en definitiva, como señalaba José Luis Merino, de un supuesto en el que el causante puede impedir la apertura de la sucesión intestada de su legitimario favorecido, respecto de los bienes asignados como legítima, para evitar que tales bienes puedan salir de la familia, respetando en todo caso la voluntad dispositiva de este legitimario, tanto *inter vivos* como *monis causa*, respecto de esos bienes. En este punto, la Ley de Sucesiones no ha modificado el precepto contenido en el artículo 125 de la Compilación.

En tercer lugar, están permitidos los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo establecido en el artículo 187. Este último establece que sólo es justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios, con lo cual cabe pensar que se ha producido una cierta restricción respecto de la regulación anterior, que hablaba de justa causa (artículo 125.3º de la Compilación). Y ello, porque si bien es cierto que con la

Compilación algún autor, como Lacruz, identificaba justa causa con el mayor beneficio del legitimario, parece que en cada caso había que atender a las circunstancias concurrentes en el mismo y a la finalidad concreta perseguida por el causante, para de todo ello deducir si la limitación estaba establecida o no con justa causa. Pero con la regulación actual, parece que sólo será justa la causa que busque un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios. De ahí que pueda pensarse en la introducción de la restricción antes señalada. Este mismo artículo 187 establece, en su punto 2, que si el gravamen impusiera una obligación cuyo incumplimiento produzca la transferencia de los bienes heredados por el gravado a otra persona, sólo será válido cuando esa persona sea otro descendiente. Finaliza este artículo referido a la justa causa de gravamen estableciendo que la causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre que no lo es.

El artículo 186.4º permite, por último, los demás gravámenes previstos por la Ley. En realidad, parece una cláusula de cierre, pues evidentemente los establecidos por la ley habrán de ser gravámenes permitidos, cual ocurre con el usufructo viudal.

A este respecto cabe señalar aquí que el artículo 175, al tratar de las liberalidades imputables a la legítima recibidas del causante por cualesquiera de sus descendientes, establece que no se deducirá del valor de las liberalidades por causa de muerte el de los gravámenes impuestos por el causante a los descendientes, ni el de los impuestos por la ley.

Ello hace relación a que la mitad del caudal base de la legítima no es de valor patrimonial real actual de dicho caudal, sino de valor patrimonial actual, abstracción hecha del menor valor actual que confiere a las titularidades nudas la existencia inicial de los gravámenes legalmente admitidos, tal y como señaló el profesor Moreu en su trabajo antes citado, en el que concluía, en referencia a los dos tercios previstos en la Compilación, “que para el cálculo de los dos tercios del caudal base de la legítima parece que habrá que sumar, por tanto, valores teóricos de titularidades plenas que se han recibido como titularidades nudas...” Con la actual regulación de la Ley de Sucesiones, no se deducirá del valor de las liberalidades por causa de muerte el de los gravámenes impuestos por el causante a los descendientes, quienes tendrán el derecho que les confiere el artículo 184, ni el de los impuestos por la ley.

Ha habido en este punto un cambio parcial del criterio legal respecto del previsto en el artículo 818 del Código Civil, al que se remitía el artículo 119 de la Compilación. (El citado precepto del Código establece que para fijar la legítima se atenderá a los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento, sumándose, al haber líquido de los bienes hereditarios, el de las donaciones colacionables). Ahora, no se deducirá del valor de las liberalidades por causa de muerte el de los gravámenes impuestos por el causante a los descendientes, ni el de los impuestos por la ley.

Por su parte, el artículo 185 de la Ley de Sucesiones, hace relación a las denominadas *cauteladas de opción compensatoria*, a virtud de la cual el causante puede conceder a algún legitimario la facultad de optar entre una determinada atribución por causa de muerte libre de gravamen, y otra de mayor importe pero sujeta a gravamen que infrinja lo dispuesto en el artículo 183. Para ello es preciso que concurren dos requisitos: que si se opta por la atribución libre de gravamen no haya lesión en la legítima colectiva, y, en segundo lugar, que si se opta por la atribución gravada, el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios cubra además la mitad de la parte de libre disposición. Es

ineficaz la opción que incumpla los requisitos señalados y al gravamen impuesto se le aplicarán las reglas del artículo 184.

Esta figura ha sido objeto de regulación por primera vez en nuestro derecho, y es conocida en la doctrina como *cautela socinii* o *cautela sociniana*. Este tipo de cautelas, han sido utilizadas en derecho común en muchas ocasiones para tratar de favorecer la posición del cónyuge viudo con un derecho de usufructo, pero en nuestro derecho, dado nuestro régimen especial de viudedad, no se requería la utilización de tal instrumento en aras a la protección del viudo. Cabría plantearse si la regulación en nuestro derecho de esta cautela puede obedecer a las actuales circunstancias sociales, en las que no son escasas las situaciones de convivencia entre dos personas que no están unidas por vínculo matrimonial, y que, ante la existencia de descendientes, pueda serles de utilidad la utilización de esta figura jurídica.





## EL DERECHO DE ALIMENTOS

ISABEL RUFAS DE BENITO

Notaria

El derecho de alimentos, se entremezcla con los **conceptos** más debatidos y discutidos del derecho sucesorio aragonés, como son la libertad de testar, la posibilidad de instituir herederos a tercero, la parte de libre disposición de la herencia, la preterición de hijos, la desheredación, la legítima individual, el suplemento de la misma y el concepto aragonés de Casa.

El espíritu que subyace es **la libertad de testar**, esta libertad ha sido propugnado por lo aragoneses de todos los tiempos, entre otros por Joaquín Costa. Es algo que pudo producirse perfectamente en la evolución del derecho aragonés: en el siglo XVII, incluso en el siglo XVIII, se podría haber llegado a la libertad absoluta de testar como llegaron los navarros, puesto que el punto de partida de ambos derechos es prácticamente el mismo. La tensión entre la libertad de testar y la limitación a la misma ha existido siempre en la Doctrina, en la Jurisprudencia, en la práctica notarial, en la costumbre y en el sentir del aragonés.

De hecho, los aragoneses se han tomado desde siempre muchas libertades, por ejemplo, dejando en los testamentos **cinco sueldos por muebles y cinco por inmuebles o diez sueldos jaqueses**, entendiéndose así cumplida el pago de la legítima, esto, es algo que no le dijeron los Fueros, no lo ha dicho nunca ningún legislador aragonés, y sin embargo puede leerse en muchos testamentos aragoneses.

Ha sido una forma simbólica de cumplir con la legítima, de la que nace el actual derecho de alimentos, **antes** de la regulación del Apéndice, existen numerosas sentencias de la Audiencia de Zaragoza y del Tribunal Supremo (SS de la Audiencia de 21 de enero de 1861, 7 de junio de 1862, 28 de noviembre de 1867, 6 de noviembre de 1878, 7 de junio de 1883 y 17 de junio de 1867 y del T. Supremo, sentencias a favor 11 de marzo, 17 y 28 de junio 1864, 8 de octubre de 1877, y 10 de diciembre de 1879, 12 de octubre de 1901 y 30 de junio de 1905) en las que se reconoce la libertad de testar, existente también, aunque menos numerosas, sentencias en contra de la misma, ( como la 4 de junio de 1859, la de 29 de mayo de 1891) en las que se esgrimen argumentos de justicia y equidad en contra de esta libertad

Un cambio jurisprudencial radical es la STS de 31 de diciembre de 1909, que habla de la **proporcionalidad** en la cuantía que debe recibir un hijo, fuertemente influenciada por la publicación del CC y por su sistema de distribución igualitaria de los bienes, esta sentencia aumenta la litigiosidad, puesto que al no existir una regulación tasada de la cuantía de la legítima, supone una concesión hacia el suplemento de legítima, cualquier legitimario insatisfecho podía impugnar el testamento. También en la doctrina se deja sentir la influencia de la obra de Franco y Guillén

En este clima se publica El Proyecto del Apéndice al CC, correspondiente al Derecho Foral de Aragón se publicó el 26 de febrero de 1924 y fue aprobado por el RD de 7 de Diciembre de 1925, en el artículo 30:

*“Los aragoneses que al morir no dejen descendientes legítimos pueden disponer libremente por testamento de todos los bienes en que consista su patrimonio líquido. Esta disposición libre se reduce a un tercio del caudal hereditario cuando existan tales descendientes capaces de heredar, sea su número cual sea. Cuando los descendientes sean dos o más, entre ellos podrá el testador distribuir discrecional y desigualmente los dos tercios de dicho caudal que como legítima corresponde a la descendencia.*

*El heredero forzoso que por la distribución resulte en caso de pedir alimentos, tendrá expedito este derecho, arregladamente al artículo 142 del CC contra los sucesores del ascendiente en proporción con las respectivas participaciones en la herencia forzosa.*

*El descendiente legítimo que sea capaz de heredar excluye de esta herencia forzosa a los que por su mediación desciendan del testador, y éste podrá señalar la cantidad o porción de bienes que le plazca para cada uno de los que están en el grado más próximo y de los que, siendo de ulterior generación, representen a los de aquel grado, fallecidos o incapacitados para la sucesión”.*

El Apéndice acabó con la leyenda de los diez sueldos, pero no solucionó todos los problemas de las legítimas, las SS de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de junio de 1933 y de 15 de julio de 1937, se pronuncian en contra de la libertad de testar.

El párrafo segundo introduce algo que no había tendido regulación en el derecho aragonés: **El derecho de alimentos**.

Se trata de una novedosa regulación que no tiene base en los Fueros, pero sí en la costumbre del Alto Aragón de nombrar a uno solo heredero con el fin de evitar la desmembración del patrimonio familiar, dejando a los demás lo mínimo que la ley exija y **justificando de este modo las legítimas y dotes exiguas**, históricamente cifradas en los sueldos jaqueses. El instituido heredero tiene la obligación de alimentar a los hermanos mientras trabajen en la Casa y de dotarlos al “haber y poder” de la misma si contraen matrimonio, (Sentencia de la Audiencia de 26 de enero de 1909)

Este artículo vislumbra el cambio desde el suplemento de legítima hacia el **auxilio** por vía de alimentos, lo cual supone una transacción entre la costumbre del Alto Aragón (heredamientos en una sola mano) y el sistema de legítimas del CC, cualquiera que fuera la parte que el padre dejase al hijo, éste no puede solicitar suplemento de legítima, pudiendo sólo pedir alimentos, posibilidad semejante a la vivir en Casa, de las costumbres del Alto Aragón.

## LA REGULACION EN LA COMPILACIÓN:

La CA de Derecho Aragonés de 8 de Abril de 1967, supuso un cambio legislativo importante en la regulación del tema que nos ocupa.

El derecho de alimentos que tienen los descendientes inmediatos que en la distribución de los alimentos hayan quedado en situación legal de pedirlos, no se denomina ya legítima individual (como ocurría en el Anteproyecto de 1961 en el artículo 70 y en el del 1962 en el artículo 67).

Artículo 121 de la CA: *“Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlo de los sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos”*.

Esta regulación excluye cualquier pretensión de configurar este derecho de alimentos con la denominación de legítima, sino que en todo caso es un complemento de la misma y responde a los criterios que inspiraban las peticiones de suplementos de alimentos anteriores a la promulgación del Apéndice, se configura como un derecho de alimentos especial.

Se configura como un límite imperativo a la libre disposición de la legítima.

El derecho de alimentos no he merecido demasiada atención por la Doctrina, como puso de manifiesto Adolfo Calatayud, en este mismo foro en el año 1993, la ausencia de una normativa específica aragonesa llevaba a aplicar los artículos 142 y siguientes del CC, que no habían sido pensados para la situación completada en la CA, la naturaleza del precepto en el CC se fundamenta en razones de Orden Público:

.- nace de las relaciones de parentesco y matrimonio, frente a la CA que nace del hecho de ser sucesor del causante y de las obligaciones que éste tiene con sus descendientes,

.- La gradación de alimentos depende del caudal relicto no se extiende a otros bienes del obligado.

.- Planteaba importantes problemas del coexistencias ambas regulaciones, sobre todo, cuando concurrían los mismos sujetos artículos 144 y 145 CC).

### **ALIMENTISTA:**

1.- En esta regulación, el derecho de alimentos no se le concede al legitimario, que regula el artículo 119, “entre todos o varios descendientes.” sino que el artículo 121 excluye el descendiente con mediación de persona capaz de heredar, que también es legitimario según el artículo 119.

Se refiere solo a los legitimarios inmediatos a los que no se haya dejado nada, no se les haya preterido, o no se les haya desheredado injustamente.

2.- Es necesario que el legitimario se encuentre en situación legal de pedirlos artículo 142 del CC.

3.- que sea como consecuencia de la distribución de los bienes, que lo asignado en la herencia no baste para cubrir sus necesidades, es necesario haber partido la herencia.

### **ALIMENTANTE:**

El precepto no dice que la obligación recaiga en el heredero o en el legitimario, sino en el sucesor o sucesores (tanto a título universal como particular, independientemente de que sean descendientes o no, e incluso los donatarios cuando la donación sea en fraude de sus derechos), pudiendo resultar obligado un tercero ajeno a las relaciones fami-

liares, hecho contestado por un sector doctrinal, plantándose dudas importantes de si la obligación se extendía también a transmisiones Inter. Vivios y sucesor era también el donatario, postura esta mantenida por autores como Adolfo Calatayud, cuando la Donación se había hecho en fraude de derechos por aplicación analógica del 634 del CC..

2.- Aplicándose primero la regulación de la CA y después el CC:

Planteaba problemas también sobre la extensión del caudal relicto sobre si se extiende a toda la herencia o sólo sobre los dos tercios de legítima, Adolfo Calatayud defendió la posibilidad de que solo a los dos tercios.

De, estas dudas, y de los resultados inconvenientes e insuficientes de la aplicación de dos legislaciones surgió la necesidad de una normativa que desarrolle el artículo 121 de la CA, dando preferencia la artículo 121 sobre los artículos 142 y siguientes del CC, que se aplica como subsidiario, tal y como se recogió en la Exposición de motivos del Borrador de propuesta de reforma del citado artículo que en su día realizó la comisión Aragonesa de Derecho civil, órgano consultivo de la DGA creado por el RD 1621/1994 de 12 de julio, para el asesoramiento en lo que a modificaciones de la CA se refiere, la cual plantea la necesidad de buscar un concepto de alimentos más acorde con la situación económica y social actual, e incluso que los alimentistas sean no sólo los beneficiarios por causa de la muerte sino también los donatarios, y precisar un límite cuantitativo del mismo y regular las causas de extinción de este importante derecho del Derecho Sucesorio Aragonés.

LA REGULACION EN LA LEY 1/1999 DE 24 de febrero, de "Sucesiones por causa de la muerte", en adelante LS.

El Proyecto de Ley se hizo eco de las ideas tendentes a ampliar la libertad de testar, grupos políticos y juristas de formulan la libertad de testar, que no es recogida en la Ley, quizá no era el momento.

La legítima aparece regulada de forma pormenorizada para evitar injerencias de las normas del CC.

Cierra el Título VI el Capítulo VI con una escueta referencia al derecho de alimentos:

Capítulo VI, Alimentos, artículo 200 Derecho de alimentos:

*1.- Los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les correspondan, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos.*

*Como característica fundamental es que a diferencia del resto de la regulación, y según lo previsto en el párrafo 2, 2.- Este derecho de alimentos sólo procederá en la medida en que no estén obligados a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general*

Es decir configura un nuevo derecho de alimentos que se diferencia del regulado en el CC que surge del matrimonio y del parentesco, distinción, que en mi modesta opinión parece muy acertada porque evita la coexistencia de ambas legislaciones.

Mientras la herencia está pendiente de asignación, artículo 136 de la LS se pagará con cargo al caudal relicto los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas.

El obligado a prestarlos será **el usufructuario**: artículo 71 de la LREM y viudedad: "si el cónyuge fuera titular del usufructo sólo a falta o por insuficiencia de frutos se detraerán los alimentos para sí o para las personas que dependan de la misma de los bienes comunes, además el artículo 116 de la misma ley, reza que la obligación de alimen-

tos con las condiciones y alcance con que corresponde a los ascendientes se extiende al viudo respecto los descendientes no comunes del cónyuge premuerto.

El usufructuario tiene derecho a los frutos artículo 107, 111, y 117 así como a los intereses del dinero,

En su defecto o cuando no alcance los parientes conforme a la legislación general, no hubiera estado de mas que el legislador hubiera jerarquizado.

Para que nazca este Derecho de Alimentos de la LS, es necesario que tras la correcta distribución de la herencia el legitimario de grado preferente venga en situación legal de pedir alimentos.

1.- Son legitimarios de grado preferente LOS HIJOS, artículo 173 de la LS, nos planteamos que ocurre con los siguientes legitimarios:

- ¿ Qué ocurre con los absolutamente excluidos, artículo 24 de la LS? conservan su derecho de alimentos.

-¿ Qué ocurre con el meramente excluido?, según el artículo 197 de la LS, conserva en la sucesión los derechos de los dos artículos siguientes, estos artículos son el 198 y el 199, pero no el 200, aunque por analogía parece que conservará sus derechos.

-¿Qué ocurre con el desheredado con causa legal artículo 196 de la LS?, priva de la condición de legitimario,

-¿ Qué ocurre con el indigno, del artículo 13 de la LS? produce los efectos del artículo 15, priva de la condición de legitimario,

- Y, el que renuncia artículo 177 de la LS, según la propia regulación, no tiene la condición de legitimario.

En base al citado artículo 173 son legitimarios de grado preferente por los premuertos, desheredados con causa legal o indignos, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos caso y sucesivamente por sus stirpe de descendientes.

No tendrán esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a la legítima, sin embargo parece excesivo privarles del derecho de alimentos.

El segundo de los requisitos es que estén en situación legal de pedir alimentos, entendiendo por tal los alimentos del precitado artículo 142 del CC, no precisando la ley ni la cuantía ni la extensión del mismo, siendo esta una cuestión de arbitrio judicial si bien habrá de tenerse en cuenta, la posición social del alimentista, su propio patrimonio, no sólo el liquido sino también la posibilidad de realizar ciertos bienes y su capacidad de endeudamiento, y es necesario que esta situación sea consecuencia inmediata de la distribución de los bienes hereditarios, es decir de las relaciones patrimoniales que el legitimario tenía con el causante, la reclamación la hace como sucesor del causante en función de sus relaciones patrimoniales y en ningún caso que la situación le sea imputable artículo 152 del CC.

Tampoco la ley resuelve si Junta de Parientes tiene competencia sobre este tema.

## **OBLIGADOS A PRESTAR LOS ALIMENTOS:**

Están obligados a prestarlos, al igual que ocurría en la legislación anterior, los sucesores del causante, es decir no sólo los legitimarios, ó a los parientes, sino cualquier sucesor, incluidos los extraños, que hayan adquirido bienes del causante, tanto a título universal como particular, por sucesión paccionada o testamentaria, no entra en juego la

jerarquía del artículo 144 del CC, son todos los sucesores y la cuantía dependerá de lo recibido, tampoco existe jerarquía de alimentistas entre ellos, entre los que la reclamen se distribuirá, Tampoco, se trata de una obligación recíproca, como en el derecho general.

Si concurren varios, estamos ante una obligación mancomunada, aunque excepcionalmente, el Juez, en caso de urgente necesidad puede concretar el pago en uno de ellos, sin perjuicio de que éste pueda reclamar su parte a los otros (al igual que en el CC).

Tampoco aclara la regulación si se incluyen los donatarios, es decir si la distribución de los bienes es sólo por actos mortis causa ó también por actos inter-vivos, entiendo que a efectos del cómputo de la legítima se podrá solicitar la reducción de las donaciones inoficiosas ( S del TS de 18 de enero de 2001) también la revocación de las donaciones modales por incumplimiento S/ 28 de julio de 1997, que legítima a los herederos del donante que han iniciado el procedimiento, entiendo que en ambos casos con carácter subsidiario la legitimación puede corresponder a los alimentantes, en todo caso artículo 174 de LS para el cálculo de la legítima se añade el valor de los bienes donados por el causante.

Configurando este derecho como un derecho especial de alimentos no resulta extraño que sea un 3 el obligado a prestar los alimentos, también hay que tener en cuenta que puede ser un HIJO el que resulte obligado a prestarlos a su PADRE

Nace en el momento en que se hacen efectivas las disposiciones sucesorias y el legitimario de grado preferente está en situación legal de pedir los alimentos del artículo 142 del CC podrá reclamarlo extrajudicialmente y de, no ser atendido, ante la inercia del sucesor del causante lo reclamará judicialmente, distinguiendo tal y como reitera la jurisprudencia del TS entre el nacimiento y la exigibilidad, artículo 148 del CC.

## **FORMA DE PAGO:**

De la regulación del CC se deducen dos formas de pago:

1.- El pago de una pensión alimenticia por meses anticipados, actualizada de acuerdo con el IPC ó de otra forma (S/ 6 de junio de 2002).

2.- El acogimiento en casa del obligado a prestarlos:

Existen sentencias (5 de diciembre de 1903) que desposeen de esta opción al alimentante cuando causas de orden moral impidan la convivencia atendiendo a las circunstancias del caso, parece excesivo y atentatorio contra la libertad individual, en los tiempos actuales imponer a alguien la obligación de convivencia, sin embargo en Aragón tiene gran tradición, la figura de la "Casa", en la que se le imponía al heredero la obligación de tener a los demás hermanos en casa y mantenerlos y después dotarlos, tiene también similitud con "la dación personal" institución consuetudinaria del alto Aragón, mencionada en el artículo 33 de la CA, por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma casa, y la instituye heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como vestido y calzado según su clase, y de que a su fallecimiento se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia, ha sido utilizada de argumento en numerosas sentencias del TC, entre ellas 9 de junio de 2002 o 1 de

julio 2003 como fundamento del vitalicio y de las causas de resolución del mismo, por lo que no se puede rechazar a priori esta forma de pago.

C.- Lo que si parece factible es la posibilidad de sustituirlo por el pago de una pensión única, lo cual no es posible cuando se habla de derecho de alimentos, nota esencial a este derecho es el de la personalidad que los hace irrenunciable e intransmisible artículo 151 del CC, lo cual excluye cualquier operación que sustituya en su patrimonio el crédito alimentario, es imposible transigir artículo 1814 y someterlo a arbitraje artículo 1821 del CC permitiendo sólo renunciar a las pensiones atrasadas, en la Ley aragonesa, no es **una obligación personalísima del sucesor del causante**, es un mero crédito, por eso, la hace también una obligación **prescriptible**, como todas las acciones reguladas en la título VI prescriben a los cinco años contados desde el fallecimiento artículo 178 de la LS.

En cuanto a las **causas de extinción** me remito a la regulación del CC, artículos 152 y siguientes, con la excepción, parece defendible del fallecimiento puesto que al ser transmisible a los herederos del sucesor, si bien parecería conveniente fijar un límite temporal o cuantitativo a la misma

Precisión merece también el párrafo 3 del artículo 152 del CC, el ejercicio de una profesión o industria debe de entenderse no como una mera capacidad subjetiva sino como una posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias.

## CONCLUSIONES Y OPINION PERSONAL:

En la evolución legislativa, se observa el cambio socio económico de la sociedad aragonesa, el derecho aragonés tiene un sustrato de derecho agrario como le ocurre al navarro, el usufructo de viudedad se ha ordenado tradicionalmente no sólo para asegurar la dignidad y la autoridad del cónyuge supérstite, sino también en el seno de la familia campesina para asegurar la continuidad, aunque sea provisional, de la explotación agraria, la tendencia actual y la vida diaria de despacho pone de manifiesto que la voluntad de los cónyuges es favorecerse entre ellos, en primer lugar, y luego a los hijos.

El carácter sociológico de la familia urbana cuando el cónyuge pasa a vivir solo o en una Residencia, hace que necesite más atención, cuidado y más medios y no ponerle en situación de dependencia económica de los hijos, la variante y cambiante realidad social y urbana, en la cual el patrimonio se adquiere y no se hereda y la distinta configuración familiar y la libertad individual propugna en los tiempos modernos una libertad de testar, en la cual un progenitor si quiere le deja sus bienes a sus hijos, pero porque quiere no por que este obligado, libertad matizada por la existencia de un derecho de alimentos, primero como derecho de familia y supletoriamente como derecho sucesorio, que evite situaciones de necesidad para alguno de los descendientes , volviendo de este modo a los orígenes del derecho Aragonés tanto en el libertad de testar como el derecho a la Casa, de tanto arraigo en el Alto Aragón.

El padre no puede tener una vez fallecido más obligaciones que las que tenía en vida.

## BIBLIOGRAFIA:

- Bellod Fernández de Palencia, Elena, "La tradicional libertad de testar en Aragón desde el siglo XVI hasta el apéndice de 1926 en base a los protocolos notariales" Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA), 1998.

-Biesa Hernández, María, "La legítima foral a través de la jurisprudencia", RDCA, 1996.

- Calatayud Sierra, Adolfo, "Las legítimas en Aragón", Actas de Foro Aragonés, 1993

- Calatayud Sierra, Adolfo, "Efectos de la renuncia hereditaria en Aragón", Boletín del Colegio de Abogados de Aragón.1991

- Cristóbal Montes, Angel, "La renuncia a la legítima en el Derecho Civil Aragonés", Revista Critica de Derecho Inmobiliario, 1980

- Lacruz Berdejo, José Luis, "La defensa de la legítima material en la compilación Aragonesa", estudios en honor del profesor Castán, 1969.

- Rico Gambarte, José Javier "Alimentos como suplemento de legítima en la legislación aragonesa", Anuario de Derecho Aragonés, VI, 1951-1952

- Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de protección en los derechos Civiles". Anuario de Derecho Civil, XX, 1967

-Delgado Echevarria, Jesús, "El Derecho Aragonés en el siglo XXI: una visión de conjunto", conferencia pronunciada el 21 de octubre de 2001, abriendo el ciclo "Aragón en el siglo XXI"



## COLOQUIO III SESIÓN

[ESTÁ HABLANDO] *RUFAS DE BENITO* (Coponente): (...) ...Con causa legal o indigna sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y, sucesivamente, por su estirpe de descendientes, pero no tienen esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a la legítima. Sin embargo, parece un poco excesivo privarles de todo el derecho de alimentos.

El segundo requisito que se le pide al legitimario de grado preferente es que se encuentre en situación legal de pedir alimentos, entendiendo por tal los alimentos del artículo 142 del Código civil, a falta de otro tipo de regulación.

La ley no precisa ni la cuantía ni la extensión del mismo; nos encontraremos con un concepto que deberá ser precisado por jueces y tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Obviamente, habrá que tener en cuenta la posición social del alimentista, su propio patrimonio, entendiendo por tal no solamente el que tenga, sino también la posibilidad de realizar ciertos bienes o su capacidad de endeudamiento. Y es necesario, además, que esta situación sea consecuencia inmediata de la distribución de los bienes hereditarios, es decir, de las relaciones patrimoniales que el legitimario tenía con el causante, la reclamación que se hace como sucesor del causante, y en función a estas relaciones. Y entiendo también que en ningún caso es necesario que esta situación le sea imputable, aplicando analógicamente el 152 del Código civil.

La ley tampoco resuelve si es la Junta de Parientes la que puede precisar la extensión y la cuantía de este derecho de alimentos; parece un tema interesante y que quizás en un futuro sea desarrollado por la doctrina.

En cuanto a los obligados a prestarlos, al igual que ocurría con la legislación anterior, están obligados a prestarlos los sucesores del causante. Es decir, no solamente los legitimarios, o los hijos, o los parientes, sino cualquier sucesor, incluido un extraño que haya adquirido bienes. La adquisición puede ser a título universal, a título particular, por sucesión paccionada o bien por sucesión testamentaria.

Ya no se plantea el problema de la jerarquía del 144 y 145 del Código civil; si son varios los obligados lo prestarán en proporción a los bienes que hayan recibido como una obligación mancomunada, si bien, excepcionalmente, el juez puede concentrar la obligación en uno de ellos.

Tampoco aclara la regulación si se incluyen los donatarios, es decir, si la distribución de los bienes es sólo por acto mortis causa o también por acto inter vivos. Entiendo, no obstante, que del tenor literal de la ley es preciso que se parta de una perfecta distribución de los bienes hereditarios. Es decir, que se hayan respetado todas las reglas que aquí se han dicho, de intangibilidad cuantitativa y cualitativa de legítima. Por lo tanto, se podrá pedir la reducción de donaciones inoficiosas, se podrán revocar donaciones realizadas en fraude, incluso donaciones modales o con carga por incumplimiento.

El hecho de haber configurado el legislador este derecho de alimentos como un derecho especial, no resulta ya tan extraño que el obligado sea un tercero. También hay que tener en cuenta que, según esta reglamentación, al igual que ocurría con la anterior, es el hijo el que puede resultar obligado a prestar alimentos al padre.

Bueno, respecto a los nacimientos y a la exigibilidad y a la normativa del Derecho de alimentos, me remito al Derecho general, y voy a tratar solamente dos temas que creo que tienen más aplicación en Aragón, como son la forma de pago que pueden tener, la forma de pago y la extinción de la misma.

En cuanto a la forma de pago, del Código civil se deducen dos formas de pago. La primera de ellas es el pago de una pensión por meses anticipados, actualizado con IPC o con cualquier otro tipo de forma, y la segunda es la posibilidad del acogimiento en casa del obligado a prestarlos. Existen sentencias del Tribunal Supremo que desposeen de esta opción alimentante cuando causas de orden moral impidan una adecuada convivencia. Parece excesivo y un poco atentatorio contra la libertad individual imponer a una persona en los tiempos modernos la obligación de vivir o convivir en casa.

Ello es cierto, y lo comparto, obviamente, pero también es cierto que en Aragón la casa ha tenido una gran importancia; incluso se puede cifrar en ella el origen del derecho de alimentos. Y también han tenido mucha importancia instituciones como la dación personal del artículo 33 de la compilación aragonesa, en la cual, una persona, célibe o soltera, sin hijos u otros descendientes, se asocia con todos sus bienes a una determinada casa a cambio de ser mantenido -sano y enfermo-, asistido, vestido y calzado según su clase.

Con ello quiero decir, además, esta figura ha servido de fundamento en muchas sentencias del Tribunal Constitucional al vitalicio, que es un contrato muy relacionado con el derecho de alimentos. Con todo ello quiero decir, simplemente, que no me parece tan despreciable, por lo menos en el ámbito agrario, la posibilidad de pago, o viviendo en casa.

Lo que sí parece factible en este derecho de alimento sucesorio es la posibilidad de sustituir el derecho de alimentos por el pago de una pensión única. Ya no estamos ante un derecho personal, intransmisible, como es en el Derecho de familia, sino que nos encontramos con una obligación que se transforma en un derecho de crédito y, por lo tanto, entiendo que puede ser sustituido por el pago de esta pensión única.

Además, hoy -lo dice expresamente la ley- es un derecho prescriptible, como ha dicho Juan José, como todas las acciones que nacen de la legítima, y prescribirá en el plazo de cinco años.

Y en cuanto a las causas de extinción, se refiere a por las normas generales, con la observación de que si no es un derecho personal, pues tampoco se extinguirá automáticamente por el fallecimiento del obligado a darlo, sino que se puede transmitir a sus herederos. Aunque, obviamente, se deberá fijar un límite temporal o cuantitativo a la misma.

Bueno, ya a modo de cierre y como opinión meramente personal, decir que me sumo a la opinión minoritaria que cree que el debate de la libertad de testar no es un debate cerrado todavía. Entiendo que la tendencia actual y el sentir también de los cónyuges aragoneses que acuden al despacho a testar mancomunadamente es, en la mayoría de los casos, el favorecerse el uno al otro lo más posible y, posteriormente, que los bienes pasen a los hijos. El carácter sociológico de la familia urbana, cuando el cónyuge superviviente pasa a vivir solo o en una residencia, hace que es cuando necesite más atención, más cuidados y más medios, y parece no aconsejable ponerlo en una situación de dependencia económica respecto de los hijos.

También hay que tener en cuenta la realidad social y urbana actual (en la cual rara vez el patrimonio se hereda, sino que se adquiere), y el principio de libertad individual, parecen propugnar la existencia de una libertad de testar en la cual un progenitor deja, si quiere, todos sus bienes a sus hijos, pero porque quiere y no porque esté obligado. Hay algunos autores, además, que defienden que quizás es excesivo que un padre, una vez fallecido, tenga para con sus hijos y descendientes más obligaciones de las que ya tenía en vida.

Por ello, quizá se podría defender una libertad de testar matizada con un derecho de alimentos, primero de familia y luego sucesorio, que evite situaciones de desamparo para hijos y descendientes.

Y con ello doy por finalizado y les agradezco a todos, pues, la asistencia y la atención [aplausos].

*MODERADOR (don Fernando García Vicente, Justicia de Aragón):* Muy bien, pues muchas gracias, Isabel. Muchas gracias a los tres. Y, como esto es un foro de debate, se abre ahora el foro.

## COLOQUIO

Les rogaría a todos ustedes que antes de intervenir dijeran el nombre para que así quede recogido en las actas.

Sí, Adolfo Calatayud.

*CALATAYUD SIERRA (Notario):* Realmente, cuando un legislador tiene que acometer una regulación en materia de derecho de sucesiones, uno de los temas más importantes que debe afrontar, probablemente el más importante, es el de qué limitaciones establece la libertad de disponer, y, bueno, sobre esto, evidentemente, existen muchísimas opiniones, el tema es muy discutible.

Lo que sí que es cierto es que los notarios, particularmente, somos muy sensibles, porque somos las personas que recibimos la voluntad de las personas que quieren otorgar testamento, y notamos una tremenda demanda de más libertad.

Bueno, creo que Isabel ha estado muy acertada cuando ha dicho que éste es un tema que no está cerrado, y que probablemente habrá que progresar en esa línea en tiempos futuros.

A mí, me gustaría... Yo, más de una vez lo he propugnado, y a lo mejor alguna vez se consigue hacer una iniciativa, para preguntar a la sociedad aragonesa qué quiere. Hacer un estudio sociológico sobre la vigencia de las instituciones aragonesas, en particular sobre las legítimas, creo que podría ser muy útil. Y si a lo mejor es muy complicado hacerlo entre el conjunto de la sociedad, creo que hay unos interlocutores sociales en este punto extraordinariamente relevantes que son los juristas aragoneses, a los que probablemente no sería difícil consultarles qué opinan sobre qué limitaciones deben existir a la libertad de disponer por causa de legación.

En cualquier caso, la Ley de sucesiones por causa de muerte, evidentemente, no ha establecido un régimen de libertad de testar, pero yo creo que ha tenido muy claro qué son las legítimas. La legítima es un conjunto de reglas que lo que pretenden es establecer unas limitaciones a la libertad de disponer, con el fin de que parte del patrimonio de una persona vaya a sus descendientes. Y esto se consigue a través de diversos mecanismos, que están regulados, y en Aragón además tiene la particularidad de que esa parte del patrimonio de una persona, desde hace muchos siglos, se puede distribuir libremente por cada persona entre el conjunto de sus descendientes.

Pero ahí acaba, lo que debe ser una limitación material de las legítimas. Aparte de ese objetivo al que la ley tiende, en todo lo demás debe prevalecer la voluntad de las personas, y si se entiende..., si se parte de este principio, creo que se puede entender bastante bien el sistema que ha establecido la Ley de Sucesiones en materia de legítima, y que, muchas de las incoherencias que el profesor Moreu apuntaba, creo que se resuelven partiendo de esta base. El legislador quiere, hoy por hoy, que existan las legítimas, pero sin más límites que éstos: conseguir el objetivo último, el que se pretende, y no imponer más deberes ni más limitaciones a las personas a la hora de disponer.

No quiero entrar en detalles, porque sería muy prolijo, pero pienso que ésa es la finalidad de la norma y del conjunto del sistema, y que así se entiende bien.

*MOREU BALLONGA (Ponente):* Bueno, como el tema de la polémica, que en el fondo es un poco ideológico, [es el] de si suprimir o no las legítimas, bueno, pues hay que decir que las legítimas aparecen en el Derecho romano, como todo el mundo sabe, y tienen sus partidarios. Por ejemplo, a mí me gustan. Por lo visto, en la comisión que hizo la ley, fueron mayoría los que prefirieron mantenerlas, ¿no?

Como he dicho, cuando Costa propugnó, hace ciento veintitantos años, la libertad de testar, perdió en el Congreso. Por poco (por cuatro votos), pero perdió. Quiero decir, esta polémica es vieja: creo recordar que desde Moner un panfleto de... bueno, un panfleto, un escrito de cincuenta o sesenta páginas que se titula (un título muy expresivo): Abajo las legítimas, paso a la libertad de testar, ¿verdad? O sea, que en el siglo XIX ya había entusiastas defensores. Costa profetizó que era una cuestión de tiempo que se aceptara la libertad de testar. Lo mismo decía Rodríguez Boix en su ponencia de hace dos o tres años.

Bueno, ya veremos. Siendo una cosa que lleva dos mil años, y que algunos llevan profetizando que van a desaparecer cualquier día, pues... hasta ahora no han desaparecido. Y parece que han ganado con más votos en el año 1998-99, cuando se hacía esta ley, que hace ciento veinticinco años. Yo creo que, en el fondo, es un poco, digamos, a los que son muy entusiastas de un liberalismo económico y de poner los mínimos límites a la propiedad, pues, les gusta la libertad de testar, ¿verdad? Digamos, a los liberales más conservadores; a los liberales más socializantes o más de izquierdas nos gusta más la legítima, no nos importa poner límites a la propiedad. Límites, sean en nombre del

medio ambiente; o de las necesidades sociales; o, también, de la familia, ¿por qué no? La Constitución, recuerdo, tiene protección a la familia, no a la libertad de testar.

Y, finalmente, me apetece decir que, aunque el resumen del preámbulo que justifica, no la supresión, que no la hubo, pero sí la disminución de la cuantía de la legítima, es un resumen perfecto, porque, como he dicho, en seis líneas reúne muy bien los argumentos que se suelen esgrimir contra la legítima, pues, a mí me trae un cierto aroma, un poco, de razonamiento implícito de clase alta o clase media-alta. Porque acaba diciendo que, por supuesto los hijos ya están todos... No sé cómo dice, tendría que buscarlo, pero era algo así como: se ha contribuido a.... Da por sentado -realmente, no recuerdo la expresión- que son señores acomodados, socialmente. Pero claro, pero el legislador debe legislar para todos: que los cinco mil señores que tienen miedo de que se les lleven el Meriva a Polonia también tienen hijos, ¡cuidado! Ésos no van a la notaría, es cierto, pero algunos hacen testamento ológrafo.

Entonces, yo creo que explica... El que los notarios, en efecto, reciban esa demanda de sus clientes es lógico, pero -me apunto a la sugerencia de Adolfo Calatayud- sería bueno conocer lo que pensamos el conjunto de los juristas o el conjunto de la sociedad. Los notarios, casi todos los que yo conozco, son entusiastas -o sois- entusiastas de la libertad de testar, pero, cuidado, que los otros juristas también contamos. Por lo menos debemos tener un voto [el señor Moreu ríe], por lo menos, cada uno. También los profesores; los abogados; los registradores de la propiedad, ¿verdad?; los funcionarios, incluso. Un poco, creo que hay un fondo ideológico allí que explica que nunca se llegue a un acuerdo, que quizá esto vaya para largo.

*GARCÍA VICENTE:* Sí, hay una pregunta allí. Gloria Labarta...

Un momento, porque vamos a ver si hacemos subir un micrófono para que pueda quedar reflejado en acta. ¿Eh?, vamos a intentar...

*LABARTA BERTOL (Abogada):* Bajo si queréis...

*GARCÍA VICENTE:* Bueno, como quieras. Pues, estupendo. Rosuca, que baja Gloria Labarta.

El tema es sugerente, yo también querría decir alguna cosa luego, sobre este tema. Sí, Gloria, cuando quieras, y muchas gracias por bajar.

*LABARTA BERTOL:* Bueno, yo estaba pensando, justamente, cuando hablabas, Adolfo, de los notarios, que los abogados pensábamos otra cosa, porque recibíamos a otra gente. Y me sumo a la defensa de la legítima que ha hecho José Luis Moreu.

Yo estaba pensando, justamente, que mis clientes, cuando vienen, normalmente lo que ocurre es que pensamos que hay demasiada libertad de disposición. Entonces, bueno, pues que estamos acostumbrados a ver a gente que en vida, a lo mejor, no se ha preocupado lo suficiente de los hijos, y que justamente con la legítima, de alguna manera, se compensa.

Y yo, antes estaba pensando en preguntar, concretamente en el artículo 200... Bueno, primero quería felicitaros a todos, porque ha sido una exposición muy brillante, y, como en todas las exposiciones brillantes, surgen dudas donde no había. Entonces, a mí me ha surgido la duda: en el artículo 200, cuando habla de los hijos que estén en disposición de pedir alimentos. ¿Cabría la posibilidad de extender...?, por ejemplo, un hijo que, por ejemplo, cuando se abre la sucesión, tiene una pensión de orfandad, de la seguridad social, pero posteriormente esa pensión se extingue, ¿cabría la posibilidad de, cuando se

extingue la pensión de orfandad, solicitar la pensión de alimentos a beneficiarios de la herencia?

Porque, claro, estoy pensando en un caso concreto que a los hijos se les ha dejado prácticamente nada: su porción de legítima ha sido cubierta, aparentemente, pero está hecha en una serie de acciones que no les producen nada. En cambio, otras personas han sido muy beneficiadas.

*RUFAS DE BENITO:* ¿Me lo preguntas a mí?

Bueno, pues yo creo que ese tema de cuándo nace el derecho de alimentos o la posibilidad de modularlo con el transcurso del tiempo lo ha estudiado la doctrina, incluso se planteó que lo que se daba en un momento dado quizás luego pudiera resultar insuficiente, o al revés, ¿no? O que no hubiera una necesidad en un momento dado y luego sí que hubiese más necesidad.

Y yo entiendo que sí es prescriptible ahora este derecho a reclamar alimentos; si han transcurrido los cinco años desde el fallecimiento del testador habrá prescrito el derecho de alimentos. Otra cosa es que si haya luego que modularlo, o haya que matizarlo -sí que se pueda pedir-. Y lo sabrá Juan José, como funciona judicialmente una matización de este derecho de alimentos, una extensión o una reducción del mismo.

*MOREU BALLONGA:* ¿Has terminado? Si he entendido bien la pregunta, un poco iría en la dirección de a ver si está en el supuesto de hecho de la norma el que la necesidad tenga que existir en el momento en que se produce la delación de la herencia. Mi impresión más bien es que sí; o sea, que la necesidad que hace surgir el derecho tiene que existir en ese momento, no cuenta el caso del que viene a peor fortuna, de forma sobrevenida, acaso años después, aparte del límite de la legítima. Tengo la impresión, ¿eh? Pero, vamos, es Isabel la que ha estudiado más a fondo este tema.

*LABARTA BERTOL:* Ya, pero yo, lo que decía era, si la necesidad de alimentos en el momento de la muerte no existe porque hay una pensión de orfandad, por ejemplo. Pero luego, esta pensión de orfandad, pues, no me acuerdo de si a los dieciocho o diecinueve años, a los diecinueve años ya no se tiene derecho a la pensión. Ese hijo sigue estudiando y no puede seguir estudiando porque no tiene posibilidades. En cambio hay otros legatarios o herederos que han sido beneficiados en el testamento de su padre.

Ésa era mi pregunta: si un hijo, por ejemplo, que tenía catorce años, a los diecinueve, o a los veinte, puede pedir esos alimentos cuando ya él no tiene... En este momento nace el derecho, pero no porque sea de la herencia, sino porque él tenía cubiertas unas necesidades con una pensión de la seguridad social, que ahora ya no tiene. ¿Me habéis entendido...? Usted, no sé si lo había explicado bien.

*MOREU BALLONGA:* Me parece que... En mi opinión creo que no nacería el derecho.

*LABARTA BERTOL:* No nacería.

Pues, a mí me encantaría defenderlo, que sí [doña Gloria Labarta ríe].

*MOREU BALLONGA:* [don Ángel Gracia comienza a hablar fuera de micrófono] ¿Ad cautelam? ¿En qué sentido? ¿A pedirlo inicialmente para el caso de que...? Habría que estudiarlo

*GRACIA OLIVEROS (Abogado):* ...Para cuando se acabe, -soy Gracia Oliveros-, cuando se acabe, entonces sí que se puede pedir alimentos.

*MOREU BALLONGA:* No estoy seguro. Yo creo que la, la... Me da la impresión que la necesidad no existe en el momento de...

*GRACIA OLIVEROS:* Alguna sentencia ya un poco vieja de nuestra audiencia provincial, territorial. Está (...) por ahí.

*MOREU BALLONGA:* Pues, quizás... Es un tema bonito.

*GRACIA OLIVEROS:* Es que los abogados somos diferentes, porque aquí, cuando, sobre todo, la compañera que acaba de hablar, supongo que igual que yo, tenemos gente en el despacho que cuando viene la disolución por divorcio, pues, lo primero que hace el hombre es decir: "¡pero si todo lo he ganado yo!, ¿por qué le voy a dar esto?". Y claro, esta libertad que hemos dado ahora con el 50%, yo soy también contrario a ella. Yo creo que la legítima está muy bien en las tres cuartas partes, y dejemos la libre disposición, porque, además, para mí, la libre disposición era simplemente para limitar la presión que hacía la Iglesia con que íbamos al cielo o no íbamos al cielo si dejábamos o no dejábamos esto, y no sé por qué, ahora, con el 50%, reducimos lo que... Conserva la casa, lo poco que se conserva ya del concepto "casa".

Que, además, el concepto casa, en estos momentos, podría ser los pisos. O sea, no hace falta ya volver otra vez al Pirineo con su ovejita, con su cartón, etcétera, etcétera. Es que hay que empezar a evolucionar en todo, y el concepto de casa, económicamente, lo podemos tener en estos momentos con el patrimonio de cada uno de los que la van componiendo. ¡Y qué duda cabe que, igual que pasaba antes, se va de casa un hijo y tienes que echarle una mano para, por lo menos, avalar la hipoteca para que compre otro piso! ¡Pero si estamos igual que antes!, lo que pasa es que no lo queremos conocer.

Luego, para mí hay otra cosa clarísima, que es: nuestro derecho es más germánico, que románico, y por lo tanto ahí hay unos principios que el catedrático sabe mejor que yo, que creo que dice que en lo germánico se es heredero, y se nace heredero. En lo románico, todos sabemos que aquí hay que señalarlo con el dedo. O sea que, dentro de Aragón, los legitimarios somos todos, ¿eh? Perdón.

*GARCÍA VICENTE:* Sí. ¿Alguna pregunta más?

Sí, hay una pregunta más. ¿Quiere decirnos el nombre, por favor?

*GÓMEZ PITARCH (Abogado):* Yo quería preguntar, al hilo de lo que ha dicho la notaria doña Isabel Rufas (y estoy conforme con lo que han manifestado sobre la libertad a la hora de contratar, a la hora de testar), y, por la práctica, lo que me lleva a pensar es que normalmente la gente, cuando va a un notario, va con... pues, no sé, con bastante libertad, y respecto a lo que se ha estado hablando de las legítimas, parece que la ley del noventa y nueve puede ser una ley conflictiva, aunque yo, hasta la fecha, no he visto ningún problema. Ni con la de antes ni con la de ahora.

Yo sí que estoy conforme con Isabel Rufas, y me toca ir mucho por notarías, y con Adolfo Calatayud, y lo que sí que se está viendo es que (y se veía, y se sigue viendo) es que los matrimonios se dejan el uno para el otro. ¿El uno para el otro?, pues, ¿por qué? Pues, por..., lógicamente se quieren proteger, hoy ya todos sabemos lo ocupados que están los hijos, y que normalmente los padres lo que quieren es, pues, si el día de mañana mis hijos no se me van a mi casa, pues la residencia, que haya tal, y que no tengamos que depender de los hijos.

Entonces, la pregunta que yo me hago desde el punto de vista práctico. A la vista de lo que he estado oyendo (y no me he estudiado la ley, porque no me ha surgido en ningún procedimiento, en ningún caso, simplemente, en su día, me la hojeé), ¿podíamos

entender que los legitimarios podían empezar a litigar con total libertad y legitimidad, e incluso fundamento, frente a esos testamentos que los matrimonios, que los consortes, se hacen del uno para el otro? Ésa es la pregunta que... (vuelvo a decir: sin haber estudiado en profundidad la ley, ¿eh?).

*RUFAS DE BENITO:* Bueno, habiendo legitimarios hay pocos testamentos del uno para el otro, ¿eh? Hay testamentos en los cuales se intenta favorecer lo más posible al cónyuge supérstite, con la fiducia, o legándole la parte de libre disposición. Pero la legítima se respeta en los testamentos, ¿eh?, se respeta la ley. Otra cosa es la opinión, pero la legítima de los hijos y descendientes está... yo no he visto ningún testamento que no se respetara.

*MOREU BALLONGA:* No sé si se refiere usted a lo que regulan los artículos 80 y 81 de la ley, y que fue objeto de la última...

*GARCÍA VICENTE:* Éste fue un tema de la ponencia de institución recíproca de herederos, que aquí se hizo, oiga.

*MOREU BALLONGA:* Sí, con una sesión completa al discutir esto, tiene su regulación, ¿verdad? Luego, con el requisito de que se respete la legítima, lógicamente.

*GARCÍA VICENTE:* ¿Alguna pregunta más?

Yo, en el tema de la legítima, querría decir alguna cosa, dos cosas muy concretas. El argumento que se ha utilizado es que los cónyuges quieren poderse dejar uno al otro más. Hombre, en Aragón, yo creo que si de algo pecamos (porque la sobreprotección también puede ser un defecto) es del deseo de protección de un cónyuge al otro. ¿Eh?, el usufructo, la fiducia, la institución recíproca, hace que en algunos casos, de tanto proteger, aquellos patrimonios se conviertan en patrimonios no rentables. Y, por eso, una idea que hubo en la comisión, cuando estuvimos, era que no íbamos a tocar para nada los derechos del viudo a la baja, pero tampoco íbamos a aumentar ningún derecho del cónyuge viudo.

Es verdad que si a un cónyuge y a otro les preguntas si es bueno disponer de más te dirán que sí, claro; poder disponer de más y quedarse con todo, te dirán que sí. Pero si uno le pregunta a un pescadero si es bueno comer pescado dirá que sí, y a un carnicero si es bueno comer carne te dirá que sí. Pero hay que preguntarle al médico, hay que preguntarle a alguien distinto de aquel que va testar en aquel momento, ¿verdad?, creo yo.

Y luego, yo creo que al margen del problema ideológico más o menos liberal de si uno tiene capacidad de disponer (porque eso nos llevaría a vericuetos que, en la comisión se discutió: si uno puede disponer de lo suyo, o sólo de aquello que ha ganado a lo largo de su vida, pero del patrimonio que pertenece a la familia...), pues, eso es así. En todo caso, hay que decir que si el Derecho aragonés no tuviera legítima sería otro derecho distinto, y hay que asumir la responsabilidad de decir: “nos la hemos cargado”, y eso es algo que es así, ¿verdad?, porque cambiaría radicalmente todo.

Bueno, pues ese planteamiento de decir: “bueno, y ahora vamos a disponer”, y tal... Yo creo que hay una cosa que es clave, o sea: el matrimonio..., la familia tiene que ser un lugar de paz, de paz, donde haya el menor número posible de conflictos. Ni puede ser que el padre empiece con las hijas del segundo matrimonio... Todo eso hay que... Y también de paz económica.

Claro, entonces, ¿qué es lo que en definitiva queda de una familia? De una familia queda lo que se tiene menos lo que se gasta. Si existe una cierta garantía de que algo de



lo que se tiene va a quedar a favor de los hijos no hay la presión permanente de “gasta, gasta, gasta”; o coger, al final, en el último momento, y pulirse todo a toda velocidad, gastarse todo a toda velocidad.

Y hay que decir, bueno, que el mundo está cambiando, y que hay divorcios, y tal. El otro día estuve en Uruguay, por eso no estuve en la última sesión, y pregunté al rector de la universidad qué índice de divorcios hay en Uruguay. Me dijeron: “uno de uno” O sea, no quiere decir que todo el mundo se divorcie, pero quiere decir que hay gente que se divorcia tres veces y que por eso hay tantos divorcios como matrimonios todos los años.

Bueno, pues, hombre, pues si resulta que uno es del primer matrimonio y luego aparecen... No sé, creo que, alguna garantía, no está mal que haya, no vaya a ser que la última, o el último de todos aquellos acabe arramblando con todo a pesar de que éstos han contribuido a no gastarlo, a hacer más esfuerzo, ¿no?

A mí, por eso, que creo que intento tener un planteamiento liberal, las cosas me parece que aquí de lo que se trata es de evitar confrontaciones dentro del ámbito familiar, ¿no?

*ENCISO, JOSÉ MANUEL (Notario):* [Comienza a hablar pero fuera de micrófono, por lo que resulta inaudible] ...Porque, al conceder al fiduciario, al viudo, la facultad de disponer con consentimiento de uno solo de los legitimarios, y aunque teóricamente el precio obtenido pasa a ocupar en la masa hereditaria el mismo lugar que tenía el bien enajenado, échale un galgo al dinero. Eso es difícilísimo.

*GARCÍA VICENTE:* Sí.

*ENCISO, JOSÉ MANUEL:* No sé si me explico. Entonces, sí que se le ha reconocido una facultad muy importante. Seguir luego la pista a una cantidad en metálico es difícilísimo.

*GARCÍA VICENTE:* Pero eso es porque hay un fraude luego, porque, teóricamente...

*ENCISO, JOSÉ MANUEL:* Claro, pero...

*GARCÍA VICENTE:* Teóricamente, teóricamente, la institución lo que permite es más libertad...

*ENCISO, JOSÉ MANUEL:* Además se advierte, cuando se hacen estas ventas, y, bueno, en la valoración de las escrituras, bueno, el dinero obtenido queda subrogado en el lugar de la masa hereditaria, bien sea con carácter consorcial o privativo, a resultas de su distribución. Pero, claro, ¿dónde está, aquellos...?, ¿aquella suma de dinero que...?

*GARCÍA VICENTE:* Eso se hizo con una idea, con una idea: que ese patrimonio no se quedara paralizado y que perdiera sistemáticamente valor, que es lo que pasa cuando un patrimonio está gravado por una fiducia, claro.

*ENCISO, JOSÉ MANUEL:* Sí, o sea, que sí se le ha dado un punto más de...

*GARCÍA VICENTE:* Sí, sí.

*GRACIA OLIVEROS:* [Comienza a hablar fuera de micrófono por lo que dice resulta inaudible] ... no me sirve para nada. Fiscalmente, en estos momentos, la fiducia, tal como está determinada, para sacarles el dinero a los aragoneses y llevarlo..., pues sí, parte a la Administración general de Aragón, pero parte al Estado, tal como está. Está pensada (...) Porque si al principio, hace años, resulta que cada hijo tenía que pagar una parte igual que todos los demás y que cuando se acababa, terminaba la fiducia, el hijo que había conseguido más, pues, tenía que pagar más, pero los otros no tenían que

devolver, y ahora sí que tienen que devolver, pero da la casualidad de que estamos cargando a los hijos por la legítima; estamos cargando ahora a los hijos que liquiden, con la fiducia, cuando hay fiducia, que liquiden ya, cuando no se sabe qué es lo que le va a corresponder. Y ahora, encima, con el 50%, pues vamos a dejarlos mal.

*GARCÍA VICENTE:* Sí, eso, desde distintas instituciones se ha propuesto modificar, y la ley se hizo diciendo que se entendía adquirida la herencia en el momento de la aceptación, y, sin embargo... -en el momento de la adjudicación de los bienes-, y, sin embargo, no la admitió el Gobierno de Aragón. Incluso apoyó un recurso en sentido contrario.

Pero, en fin, en todo caso, muchas gracias a los ponentes y a las noventa y siete personas que han asistido a este acto. Muchísimas gracias [aplausos y se cierra la sesión].