

LA PRETERICIÓN

PONENTE:

D. Francisco Rodríguez Boix
Notario

COPONENTES:

D.ª Elena Bellod Fernández de Palencia
Profesora Titular de Derecho Civil

D.ª Ana Soria Moneva
Abogada

MODERADOR:

D. Antonio Coarasa Gasós
Decano del I. Colegio de Abogados de Huesca

LA PRETERICIÓN

por

Francisco RODRÍGUEZ BOIX (Ponente)

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA y Ana SORIA MONEVA (Coponentes)

Intervención de D. Francisco Rodríguez Boix

SUMARIO: I. Introducción. II. Rasgos generales del sistema legitimario en Aragón. A. Configuración negativa de la legítima. B. Sólo son legitimarios los descendientes. C. No son legitimarios los ascendentes ni el cónyuge viudo. D. Cuantía de la legítima. E. Legítima colectiva. F. Legítima «Pars Bonorum». G. Derecho a alimentos. III. La regulación de la preterición inmediatamente anterior a la Ley de Sucesiones. A. El apéndice foral. B. El Anteproyecto de Compilación de 1961. C. La compilación de 1967. Consideraciones críticas. IV. Concepto de preterición. V. Requisitos de la preterición. A. Legitimarios de grado preferente. Examen del artículo 188, apartado 2 LS. B. Al tiempo de deferirse la herencia. C. No favorecidos en vida del causante. D. Ni en su sucesión legal. E. No mencionados suficientemente. F. En el pacto, testamento o en el acto de ejecución de la fiducia. VI. Clases de preterición. VII. Efectos de la preterición. A. La preterición intencional total o singular. B. La preterición no intencional singular. C. La preterición no intencional total. VIII. La acción de preterición. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Quiero, en primer lugar, mostrar mi agradecimiento a los organizadores de estos Encuentros. Constituye una satisfacción la invitación para disertar en este Foro, en el que un buen número de personas, con más conocimientos jurídicos y experiencia profesional que la mía, ya han intervenido.

No obstante, pienso que el haber aceptado la invitación constituye, por mi parte, una

osadía. El instituto de la preterición, es decir, de modo lato, la omisión o falta de mención de un legitimario en el acto de última voluntad, es siempre difícil y más aun cuando dicho instituto ha sufrido una profunda modificación como consecuencia de la reciente Ley de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón.

En fin, una doble razón puedo dar para justificar mi osadía:

— Por una parte, la preterición es una institución muy querida y estudiada por el Notariado, destacando las fundamentales aportaciones, en este punto, de Juan Vallet y de Manuel de la Cámara.

— Y de otra, que teniendo lugar estos Encuentros en Huesca, ha parecido oportuno que una persona vinculada profesionalmente a esta Ciudad acometiera esta Ponencia.

Tres últimas apreciaciones previas:

1) La materia que voy a exponer, como suele ocurrir con todas las materias sucesorias, es técnica y compleja, por ello voy a procurar ser lo más didáctico y pedagógico en la exposición, aunque una conferencia sobre derecho que no tenga una cierta dosis de aridez creo que no es una buena conferencia.

2) La preterición es una institución que se presta a todo tipo de sutilezas, a las que los juristas somos tan aficionados, habiendo terminado por constituir recreo de comentaristas y aficionados y tormento para opositores. No obstante, en la práctica, es una figura poco habitual, como lo demuestra el reducido número de sentencias y de Resoluciones de la D. G. R. N. sobre la institución. El mundo jurídico no está precisamente repleto de preteridos.

3) No pretendo hacer un estudio pormenorizado de la figura, sino tan sólo esbozar, a grandes rasgos, el panorama que presenta esta institución tras la aprobación de la Ley de Sucesiones. No obstante, también voy a exponer, aunque en síntesis, la regulación de la preterición en el Código Civil, comparando su regulación con la aragonesa. No voy, por el contrario, a examinar la normativa de los restantes territorios de derecho foral, pues ello excedería, con mucho, los límites de la presente, sin perjuicio de que, ocasionalmente, haga alguna alusión a normas de dichos territorios en apoyo de alguna solución concreta.

II. RASGOS GENERALES DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN ARAGON

La Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (en adelante LS), dentro del Título VI, dedicado a la legítima, regula la preterición en el capítulo IV (arts. 188 a 193, ambos inclusive).

Como la preterición constituye una institución estrechamente vinculada a la legítima, es decir a aquella porción de bienes de que el causante no puede disponer por haberla destinado la ley a determinados próximos parientes suyos llamados legitimarios, estimo necesario, con carácter previo, y como presupuesto para una mejor comprensión de la regulación de la preterición, examinar, a grandes rasgos, los principios fundamentales en los que se asienta, una vez en vigor la LS, la legítima en Aragón; teniendo en cuenta que, como afirma el Preámbulo de la Ley: «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».

Tales principios son los siguientes:

A) Configuración negativa de la legítima, al igual que en el C.C. , como un freno, trabaja o límite a la libertad de disponer mortis causa. Así, el art. 3.º LS señala que «el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae». Por su parte, el art. 149 añade: «1. Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder. 2. El que tenga legitimarios sólo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que se establecen en esta Ley».

B) Sólo son legitimarios los descendientes. Pero todos ellos, de modo que aquí se comprenden incluso los de grado no preferente viviendo los de grado preferente, es decir los nietos viviendo sus padres. Así resulta del art. 171 LS: «1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 174 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios».

En el concepto de descendientes entran los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales o no matrimoniales, y por adopción, según resulta de los arts. 14 y 39.2 de la Constitución, que proclaman el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley por razón de filiación, del art. 108-2.º C.C. , así como, en cuanto a los adoptivos, del art. 19 de la Compilación, en la redacción dada al mismo por la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril. (No obstante, no está claro si en Aragón el hijo adoptivo del hijo por naturaleza tiene sólo un «status filii» o, al igual que en el C.C. , también tiene un «status familiae»). Sobre la base del texto del art. 19.1 de la Compilación que, a diferencia del art. 108.2 C.C. , no establece ninguna matización o salvedad en la equiparación que realiza entre los hijos adoptivos y los biológicos, me inclino por entender que el hijo adoptivo del hijo por naturaleza es, también, descendiente, a efectos legitimarios, respecto de su «abuelo»).

La LS, con acertada técnica, al igual que la Compilación, habla siempre de legitimarios y no de herederos forzosos como, de forma desafortunada, dice el Código Civil.

C) No son legitimarios, a diferencia del Código Civil, ni los ascendientes ni el cónyuge viudo.

Al cónyuge viudo le corresponde, en la herencia del premuerto, el usufructo universal de viudedad, en los términos que resultan de los arts. 72 y siguientes de la Compilación, preceptos incardinados, por cierto, en el Libro Primero (Derecho de la persona y de la familia). Por tanto, existe un llamamiento legal directo del cónyuge por razón de su cuota usufructuaria, de modo que, aunque el viudo no haya sido nombrado ni mencionado en el acto por el que el cónyuge premuerto ordena su sucesión, dicho llamamiento legal tendría lugar, sin que dicha omisión pudiera ser tachada de preterición. En suma, en Aragón el viudo no es preterible.

A diferencia del C.C. (que en el art. 807 considera al cónyuge viudo como heredero forzoso, en el art. 814 regula los efectos de su preterición y en el art. 855 las causas de su desheredación), la LS ni considera al viudo como legitimario ni, en los arts. 188 y siguientes, contempla, para nada, su preterición ni su desheredación.

D) La cuantía de la legítima es la mitad del caudal hereditario.

En el C.C. constituye la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del caudal, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 818. La tercera parte restante es de libre

disposición. De una de las dos terceras partes que constituye la legítima, la denominada legítima estricta, el testador sólo puede disponer, por partes iguales, en favor de los legitimarios de grado preferente, salvo que alguno de ellos haya incurrido en justa causa de desheredación, en cuyo caso podrá privarle de su participación en dicho tercio; respecto de la otra tercera parte, de las dos que forman la legítima, el denominado tercio de mejora, goza el testador de libertad de distribución entre los hijos y descendientes, pudiendo, incluso, asignarla a un nieto viviendo su padre.

En Aragón, la cuantía de la legítima es la mitad del caudal hereditario, calculado en la forma prevista en el art. 174 LS. La otra mitad, habiendo legitimarios, es de libre disposición. Según el Preámbulo de la LS: «La innovación más visible consiste en la reducción de la porción legitimaria a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios en que consistía con anterioridad. Se atiende así a 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».

Creo, sinceramente, que, para el viaje de reducir la legítima de dos tercios del caudal, cuantía en la que fue fijada por el Apéndice y la Compilación, a la mitad, no hacían falta alforjas.

Tengo que advertir que, en materia de legítimas, me encuentro entre quienes reclaman la supresión de la traba que la legítima supone, admitiendo, en consecuencia, la libertad de testar, no sólo en Aragón, sino, también, en los restantes territorios de España donde esa libertad no existe.

No es el momento de repasar detalladamente los argumentos en favor y en contra de la libertad de testar. Solamente señalar que las variaciones que, en los últimos tiempos, han sufrido en España las cuestiones económico-patrimoniales (hoy todo el mundo, al menos, tiene un piso; el patrimonio ha pasado de ser rústico a urbano y mobiliario; y, finalmente, el patrimonio ha pasado de ser heredado a ser adquirido con el trabajo de sus titulares) y la estructura familiar (dispersión e independencia de los hijos; multiplicidad de modelos familiares, como consecuencia de la difusión de la separación y el divorcio, etc), recomiendan ir a un sistema de absoluta libertad de testar, similar al vigente en Navarra, de modo que los cónyuges puedan instituirse recíprocamente herederos, estableciendo, una vez fallecido ambos, una sustitución preventiva de residuo en favor de los hijos.

Por lo demás, la práctica diaria así lo demuestra. Cuando los cónyuges acuden a la Notaría para testar, su deseo es «del uno al otro y muertos los dos para los hijos».

Como he puesto de manifiesto en otro lugar, «desde un punto de vista crítico, sólo alabanzas y parabienes puede recibir la casi absoluta libertad de disponer mortis causa propia del derecho navarro y su corolario de una legítima puramente formal. Dicha libertad se manifiesta en el testamento habitual de los cónyuges navarros: testamento de hermandad con institución mútua y recíproca de herederos entre cónyuges, unida a una sustitución preventiva de residuo (al amparo de la Ley 239) en favor de los hijos, una vez fallecidos ambos testadores. Este tipo de testamento está tan arraigado en el sentir popular que la gente corriente denomina tener testamento de hermandad, no tanto al formalizado en un sólo instrumento, como a la institución mutua y recíproca entre cónyuges y al fallecimiento de ambos los hijos».

Y no se diga, en contra del sistema propuesto, que fiscalmente resulta caro. En la mayor

parte de los matrimonios el patrimonio está formado, casi exclusivamente, por una vivienda de naturaleza ganancial; de modo que la adjudicación al cónyuge viudo de una mitad de dicha vivienda, en pago de su haber en la disuelta sociedad conyugal, estaría exenta del Impuesto de Sucesiones, y respecto de la otra mitad indivisa, heredada por el viudo, jugarían las reducciones en la base imponible establecidas, con carácter general y para la adquisición de la vivienda habitual del causante, por el art. 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En relación con la cuestión de la libertad de testar, durante la tramitación de la LS, se presentaron dos enmiendas dignas de mención:

— La enmienda número 277, del Grupo Parlamentario Socialista, brillantemente defendida en el Pleno por Don Ramón Tejedor Sanz, en la que se proponía el carácter meramente formal de la legítima aragonesa, con la consiguiente libertad de testar.

— Y la enmienda número 279, de Chunta Aragonesista, en la que se proponía que, caso de existir un sólo descendiente, la legítima quedara reducida a la tercera parte del caudal, con la consiguiente ampliación de la libertad de disponer.

Ambas enmiendas, en aras a la tradición, fueron rechazadas.

En definitiva, pienso que la LS ha dejado pasar una ocasión espléndida para haber establecido un sistema de absoluta libertad de disponer mortis causa. De haberlo hecho, una vez más Aragón hubiera sido pionera (al igual que en materia de aportaciones a la sociedad conyugal, ventajas forales o supresión de testigos en los testamentos) de un sistema que, antes o después, terminará por imponerse a nivel del Código Civil y de los derechos forales que aún siguen manteniendo la sucesión forzosa.

Me consta, además, que Adolfo Calatayud, miembro de la Comisión Redactora del Proyecto, luchó, aunque sin éxito, por la supresión de la legítima, en base a las ideas que ya había expuesto en su ponencia sobre «Las legítimas en Aragón», en los Terceros Encuentros de este Foro.

E) Legítima colectiva. La característica básica de la legítima aragonesa es que es una legítima colectiva, es decir que sus destinatarios no son los descendientes individualmente considerados, sino el grupo abstracto de tales descendientes. De ahí que sea una legítima de libre distribución entre tales descendientes. Tal y como expresa el art. 171.2 LS: «Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno sólo», pudiendo hacerse esta atribución «por cualquier título lucrativo» (art. 172.1 LS).

En definitiva, es como si la mitad del caudal fuera mejor, de modo que, en Aragón, habiendo legitimarios, al menos una mitad del caudal computable, formado y valorado conforme al art. 174 LS, es legítima respecto de los no descendientes, ya que no puede ir a parar a éstos, pero no es legítima, sino parte de libre disposición, respecto de los descendientes ya que el disponente puede dejar dicha mitad a uno sólo de sus descendientes (obviamente también al nieto, viviendo el hijo) sin que nada puedan reclamar los descendientes excluidos, aún los de grado preferente.

Por ello, la desheredación con causa legal sólo es necesaria cuando el causante quiere privar de la legítima a todos o al único legitimario (el art. 196.2 LS señala que la desheredación con causa legal «extingue la legítima colectiva si no hubiera otros descendientes que conserven la condición de legitimarios»); o cuando quiere justificar la no atribución de bienes a un legitimario no único; o, finalmente, cuando se quiera privar a un descendiente de

su condición de legitimario de grado preferente (art. 196.1) y, en consecuencia, de los derechos inherentes a dicha condición. Sin embargo, no será preciso acudir a la desheredación cuando se quiera privar de la legítima a alguno o algunos de los legitimarios, ya que, en tal supuesto, bastará su simple mención o exclusión voluntaria en el acto dispositivo.

La desheredación con causa legal, según el art. 194 LS, es la que se basa en una de las causas taxativamente señaladas por el art. 195 LS, cierta y expresada en el pacto, testamento o en el acto de ejecución de la fiducia, causa cuya prueba de ser cierta corresponde a los herederos del causante si el desheredado la niega.

Aunque el art. 195 LS, al señalar las causas legales de desheredación, incluye, en primer lugar, las de indignidad para suceder, entre indignidad y desheredación existen diferencias, entre otras:

— Que la desheredación priva de la legítima, mientras que las causas de indignidad privan de la totalidad de los derechos hereditarios. Así el art. 15.2 LS señala que «la indignidad declarada priva al indigno de la herencia o legado y, en su caso, de la condición de legitimario».

— Mientras que las causas de indignidad han de ser siempre probadas («las causas de indignidad sucesoria producirán efecto cuando las invoquen personas que resultarían favorecidas en la sucesión, caso de declararse la indignidad», art. 15.1 LS), la certeza de las de desheredación sólo debe probarse por los herederos del causante si el desheredado la niega o contradice.

F) **Legítima «pars bonorum».** En Aragón la legítima es, salvo supuestos excepcionales, legítima «pars bonorum», por ser, de un lado, una parte alícuota de la herencia, que confiere al legitimario la condición de comunero en la comunidad hereditaria (por ello no establece la LS, al igual que el C.C., una especial afección de los bienes de la herencia al pago de la legítima, garantía que, al ser comunero el legitimario, no es necesaria) y el derecho a obtener de la herencia una porción de bienes «in natura» (según el art. 182.1 LS «la legítima debe atribuirse en bienes relictos»); y de otro, una «portio debita», de la que el causante sólo puede disponer a favor del grupo de legitimarios-descendientes.

G) **Derecho a alimentos.** Finalmente, como contrapeso a la libertad de distribución referida, el art. 200.1 LS señala que «los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les correspondieran, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos».

III. LA REGULACION DE LA PRETERICION INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA LS

Es inevitable, entiendo, hacer una breve referencia, siguiendo en parte a Elena Bellod, al sistema anterior a la LS, para comprender mejor el alcance, en sede de preterición, de la reforma.

A) El art. 32 del Apéndice Foral, sin dar un concepto de preterición, se limitaba a señalar sus efectos y así, dividía las dos terceras partes del caudal líquido, como si el causante hubiera fallecido abintestato, entre los herederos forzosos, si todos ellos hubieran sido preteridos o desheredados sin causa legítima, división que, igualmente, tenía lugar cuando

alguno o algunos de los herederos forzosos hubieran sido preteridos o injustamente desheredados, y los demás instituidos por partes iguales. En otro caso, el heredero forzoso preterido o injustamente desheredado tendría derecho a una porción equivalente a la del menos favorecido.

No obstante, de su art. 30-3.º («El descendiente legítimo que sea capaz para 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 estén en el grado más próximo ... «) parece resultar la necesidad de una atribución patrimonial a los legitimarios sin mediación de persona alguna capaz de heredar, para evitar la preterición, no bastando la mera mención, atribución, eso sí, que podía ser simbólica. Y digo que parece porque dicho párrafo, como el Apéndice en general, no es un dechado de precisión técnica.

B) El Anteproyecto de Compilación del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, de 1961, en su art. 71, bajo el título de «legítima formal», aunque ya no exige referencia patrimonial alguna para evitar la preterición, establecía un deber de mención CUALIFICADA de los legitimarios, no favorecidos en vida del causante o en su sucesión abintestato, en el testamento, ya que dicha mención debería hacerse «al menos con expresión que de a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas». Con muy similar expresión se manifestaban los Anteproyectos aragoneses de 1962 y 1963. (Dicha necesidad de mención cualificada seguimos encontrándola en la actualidad, en el art. 542 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, territorio donde también la legítima es colectiva, a cuyo tenor: «Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión»).

C) En la Compilación de 8 de abril de 1967:

— De un lado, el art. 120, bajo el título de legítima formal, sigue manteniendo, al igual que los referidos Anteproyectos, el deber de nombrar o mencionar al legitimario sin mediación de persona alguna capaz de heredar, no favorecido en vida del causante o en su sucesión intestada, en el testamento que los excluya; pero, como consecuencia de la redacción del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1. 965, dicho deber de mención resulta ya menos rígido y formalista, al suprimirse la referencia, antes reseñada, a la forma en que debía tener lugar la mención contenida en los Anteproyectos de 1961, 1962 y 1963.

— Y por otro, en cuanto a los efectos de la preterición, distinguía, en sus arts. 122 y 123, la preterición o desheredación injusta total, en cuyo caso se habría la sucesión legal de los dos tercios del caudal, si la existencia de todos los legitimarios era conocida por el testador al tiempo de hacer la disposición mortis causa, y la de todo el caudal, en otro caso; y la preterición o desheredación injusta (errónea o basada en una causa falsa, según Lacruz) singular, en cuyo caso se concedía al preterido o desheredado una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

No obstante, la regulación de la preterición en la Compilación planteaba numerosas dudas, de modo que, posiblemente, era una de las instituciones (al igual que la sustitución legal del art. 141, el hecho de que, al margen de la fiducia colectiva, solamente el cónyuge pudiera ser nombrado fiduciario o, finalmente, el consorcio foral) más necesitadas de forma.

Entre las críticas más habituales a dicha regulación pueden destacarse las siguientes:

— De un lado, para Adolfo Calatayud, la obligación de mencionar al legitimario en el testamento que lo excluya, o legítima formal, constituye una obligación procedente de los sistemas medievales que pasaron de la vinculación sucesoria a la libertad de testar y viene a ser como una especie de derecho honorífico, un sucedáneo de la atribución patrimonial. A juicio del mismo, no hay razón, en los tiempos actuales, para establecer derechos honoríficos ni sucedáneos de beneficios patrimoniales, por lo que la legítima formal debería desaparecer.

En la línea de dicha crítica, en la LS ha desaparecido el concepto de legítima formal. A tales efectos, el Preámbulo señala que «se ha evitado el concepto de legítima formal, una novedad de la Compilación, que no parece haya podido cumplir la función sistematizadora y de auxilio a la interpretación que cabía esperar de ella. No hay, por tanto, un deber de nombrar o mencionar a ningún legitimario en el acto de disposición mortis causa».

Como consecuencia de ello, el título del art. 171 LS pasa a ser el de «legítima colectiva» frente al título «legítima material colectiva» del art. 119 de la Compilación. No existe, por tanto, en la LS una legítima formal distinta de la material.

— Por otro lado, se regulaban de modo insatisfactorio los efectos de la preterición, al intuir, pero no desarrollar, la distinción entre preterición intencional y la que no lo es y al regular, de modo conjunto, los efectos de la preterición y de la desheredación injusta, siendo así que se trata de instituciones muy diferentes.

La nueva Ley centra su regulación en la distinción entre preterición intencional y no intencional y, además, dentro del Título destinado a la legítima, regula en capítulos diferentes la preterición y la desheredación y exclusión.

— Finalmente, resultaba absurdo, en un sistema de legítima colectiva como el aragonés, que la preterición singular intencional atribuyera al legitimario una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. En dicho sistema, el preterido intencionalmente no ha de recibir nada, como luego veremos.

Por último, la reforma habría devenido urgente como consecuencia de la peculiar interpretación dada a los arts. 120 y 123 de la Compilación por las conocidas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1.993 y 11 de noviembre de 1998, a las que luego nos referiremos.

IV CONCEPTO DE PRETERICIÓN

El art. 188.1 LS dispone: «Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia».

A la vista de dicho precepto puede definirse la preterición, en Aragón, como «la falta de mención suficiente en el testamento, pacto sucesorio o en el acto de ejecución de la fiducia, de un legitimario de grado preferente que no haya sido favorecido en vida del causante ni en su sucesión legal».

Es de alabar que la LS nos de un concepto de preterición, concepto más preciso que el que resultaba del art. 120 de la Compilación, siendo así que se trata de un concepto no pacífico, a nivel general, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.

Y, por ello, es de lamentar que el Código Civil, en su art. 814, después de las reformas de 24 de abril de 1958 y de 13 de mayo de 1981, rehuya dar un concepto de preterición.

Como consecuencia de ello, la doctrina sigue discutiendo, en el derecho común, si existe o no preterición, entre otros en los siguientes supuestos:

- Cuando no se menciona a un legitimario en el testamento, pero se le ha favorecido por acto inter vivos a través de una donación imputable a la legítima.
- Cuando se menciona al legitimario en el testamento, pero no se le deja nada en él. Dentro de este supuesto caben diversas variantes, según la forma de la mención.
- Cuando se menciona al legitimario en el testamento pero para atribuirle algo tan singular como una cosa ajena o incluso propia del discutible preterido.
- Cuando, finalmente, se hace al legitimario un legado de cosa específica que posteriormente queda revocado, ex art. 869 C.C. , por la enajenación de la cosa legada.

V) REQUISITOS DE LA PRETERICIÓN

Del concepto que hemos dado resulta que la existencia de preterición requiere la presencia de los siguientes requisitos cumulativos:

A) En primer lugar, sólo son preteribles los legitimarios inmediatos o de grado más próximo, en definitiva, de grado preferente o, como decían los arts. 120 y 121 de la Compilación, «aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar».

Ya hemos visto que, en Aragón, son potenciales beneficiarios de la legítima todos los hijos y descendientes; ahora bien, no todos los descendientes han de ser mencionados, para evitar la preterición, en el acto de ordenación de la sucesión. Sólo han de ser mencionados los legitimarios de grado preferente. La falta de mención de un legitimario de grado ulterior no provoca preterición.

Hace notar Cereceda que la distinción, entre legitimarios de grado preferente y los que no lo son, no afecta al causante, cuya facultad de disposición de la legítima no resulta mermada por aquella. Con respecto a los legitimarios si es importante dicha distinción, pues sólo los de grado preferente están activamente legitimados para el ejercicio de la acción de reducción de liberalidades, tienen un derecho preferente en la sucesión legal, conservan el derecho a reclamar alimentos en ciertas condiciones y, finalmente, su falta de mención origina preterición.

El art. 173.1 LS considera como legitimarios de grado preferente a «los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes». Por su parte, el art. 24.1 LS, bajo el título «sustitución legal en la legítima», añade que «la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente tiene lugar cuando el legitimario ha premuerto, ha sido desheredado con causa legal o declarado indigno de suceder».

Es decir, en los supuestos de preterición, desheredación con causa legal e indignidad declarada, la condición de legitimario de grado preferente pasa a los descendientes del legitimario de primer grado que ha dejado de serlo.

A contrario sensu, no son legitimarios de grado preferente y, en consecuencia, no son preteribles:

1) Los descendientes del legitimario de grado preferente que hubiera renunciado a su legítima (art. 173.2 LS). Por su parte, el art. 26 LS, modificando lo dispuesto en el art. 141 de la Compilación, cuya interpretación tantos problemas había originado, añade que «en caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal». Es decir, la renuncia a la legítima, que según el art. 177 LS puede tener lugar antes o después de la delación y en el primer caso por acto unilateral o por pacto sucesorio, agota los derechos de la estirpe que no adquiere la condición de legitimario de grado preferente.

2) Los descendientes del legitimario de grado preferente voluntariamente excluido. Conforme al art. 197.1 LS: «El disponente puede excluir a los legitimarios de grado preferente aunque no concurran los requisitos del artículo 194 —causas legales de desheredación— y aun sin alegación de causa alguna».

El precepto no es sino consecuencia del sistema de legítima colectiva. Cabe excluir a un legitimario de grado preferente sin necesidad de alegar causa legal de desheredación, simplemente mencionándolo, señalando que no se le deja nada o, finalmente, haciéndole alguna atribución simbólica.

Los legitimarios excluidos, según el art. 197.2 LS, conservan los demás derechos del legitimario de grado preferente, es decir el derecho a la sucesión legal del causante y el de reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma, pero ni en tales derechos ni en el de su condición de legitimarios de grado preferente son sustituidos legalmente por sus descendientes.

3) Los descendientes del legitimario de grado preferente excluido absolutamente de la sucesión. Según el art. 198. 1 LS «la exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión».

Aunque la redacción del art. 24 LS puede inducir a alguna confusión, ya que, después de señalar, en su apartado 1, los supuestos de sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente, añade, en su apartado 2, que «al legitimario de grado preferente excluido absolutamente en la sucesión le sustituyen también sus descendientes», hay, no obstante, una serie de argumentos para mantener que los descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido no sustituyen a éste en su condición de legitimario de primer grado. En efecto:

— La propia dicción literal del art. 173 LS.

— El art. 198.2 LS, que detalla, especifica y concreta el alcance de la sustitución legal establecida por el art. 24.2. Según aquél precepto, cuando la exclusión absoluta no afecta a todos o al único legitimario, «los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran». Es decir, el excluido absolutamente conserva su condición de legitimario de grado preferente, si lo era, condición en la que no es sustituido por sus estirpes de descendientes, ya que la sustitución de éstos sólo se contrae al derecho a suceder abintestato y al de ejercitar, en su caso, la acción de lesión de la legítima colectiva. (No obstante, ni siquiera en estos derechos es sustituido por sus estirpes de descendientes cuando la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, tal y como establece el art. 198.3 LS).

— Igualmente, el absolutamente excluido conserva el derecho a alimentos, (art. 24.2 LS),

lo que constituye demostración de que no pierde su condición de legitimario de grado preferente.

— Finalmente, la conservación, por el absolutamente excluido, de su condición de legitimario de grado preferente se ve confirmada por el rechazo de la enmienda número 285, de Chunta Aragonesista, que pretendía la inclusión, en el art. 173 de la Ley, como legitimarios de grado preferente, de los hijos de los excluidos absolutamente de la sucesión.

4) Los descendientes del legitimario de grado preferente desheredado sin causa legal. En efecto, el art. 198.1 LS, después de definir la exclusión absoluta, añade que «la misma consideración tiene la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el artículo 194» (precepto que regula los requisitos de la desheredación con causa legal).

Luego a la desheredación sin causa legal puede aplicarse lo dicho para la exclusión absoluta.

5) Ni, finalmente, los descendientes del legitimario de grado preferente en situación de ausencia legal al deferirse la herencia. La ausencia declarada es causa de sustitución legal respecto de las sucesiones voluntaria, paccionada y legal, pero no respecto de la legítima, como así resulta de la comparación entre los arts. 21, 22, 23 y 24 LS.

No obstante, Molins García-Atance ha criticado el hecho de que la declaración de ausencia no se considere causa de sustitución legal respecto de la legítima, proponiendo:

— O una interpretación correctora de los arts. 24 y 173 LS para incluir la ausencia declarada entre las causas que dan lugar a la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente, por asimilación al supuesto de premoriencia.

— O bien, de lege ferenda, la expresa inclusión de este supuesto en los arts. 24 y 173 LS.

EXAMEN DEL ARTÍCULO 188, APARTADO 2 LS

Llegados a este punto surge la cuestión de si deben entenderse preteridos los descendientes de ulterior grado, no mencionados al ordenar la sucesión, que, como consecuencia de la premoriencia, desheredación con causa legal o declaración de indignidad del legitimario de grado preferente, pasan a ser legitimarios de primer grado.

El art. 814. 3 C.C. señala, a estos efectos, que «los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». El precepto se completa con lo dispuesto, para los supuestos de indignidad, en el art. 761 («si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima») y, para los supuestos de desheredación, en el art. 857 («los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima»).

Durante la vigencia de la Compilación la doctrina —García Amigo, Roca Sastre Muncunill— entendía que, en estos supuestos, debería aplicarse, respecto a la legítima formal, la sustitución legal prevista en el art. 141, por lo que, en los supuestos referidos, no habría preterición.

La nueva LS, inspirada sin duda en el art. 814.3 C.C., dispone en su art. 188.2 que «no

se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legítimos de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido».

Unas precisiones iniciales:

1) A contrario sensu, si el ascendiente sustituido ha sido preterido los sustitutos se consideran preteridos y podrán ejercitar la oportuna acción.

2) El precepto no será de aplicación cuando el disponente haya establecido una sustitución vulgar expresa, que se impone sobre la sustitución legal, en favor de todos los descendientes del legítimo de grado preferente, para el caso de que éste no pueda heredar. En este supuesto la sustitución ordenada excluirá la preterición de los referidos descendientes, ya que éstos habrán sido mencionados.

3) Parece lo más correcto entender que la norma es dispositiva y que sólo actuará en defecto de voluntad contraria del causante, (el art. 19 LS dice que la sustitución legal tiene lugar «salvo previsión en contrario del disponente»). Por tanto, si el causante ha previsto una sustitución vulgar expresa a favor de sólo algunos de los descendientes del legítimo de grado preferente o en favor de personas extrañas, los descendientes no mencionados habrán sido preteridos.

4) Tampoco entra dentro del supuesto de hecho del precepto el caso del hijo premuerto y fallecido antes del otorgamiento del acto de última voluntad. En este caso no cabe plantearse si el hijo fallecido antes de ordenar la sucesión fue o no preterido, ya que no era preterible. Por tanto, quienes tenían la consideración de legítimos de grado preferente al deferirse la herencia eran ya sus descendientes y su falta de mención supondrá preterición.

No obstante, el principal problema que plantea la interpretación de la norma referida es el de si la misma es aplicable a los tres supuestos —premorienza, desheredación con causa legal e indignidad— en que la condición de legítimo de grado preferente pasa a los descendientes del legítimo de primer grado que ha dejado de serlo, o si sólo es aplicable al supuesto de premorienza del hijo o descendiente de primer grado que deja descendientes.

De la Cámara, en relación con el art. 814.3 C.C. antes transcrito, precepto que tampoco distingue supuestos, ha entendido que dicho precepto no es aplicable respecto de los descendientes del justamente desheredado ni respecto de los descendientes del indigno y sí sólo respecto de los descendientes del legítimo premuerto. En opinión de dicho autor, ni el desheredado con causa legal ni el indigno para suceder pueden considerarse preteridos o no, porque para que haya preterición es preciso que exista un legítimo «preterible» al que se omite al ordenar la sucesión, y es claro que ni el desheredado con justa causa ni el indigno para suceder merecen la consideración de preteribles.

Para dicho autor, en el caso de indignidad cabe bien que el causante, ignorante de la causa de indignidad, haya mencionado al indigno, bien, que conocedor de aquella causa lo haya omitido (si a pesar de conocer la causa otorgó alguna disposición a favor del indigno, la indignidad, conforme al art. 17 LS, no surtirá efecto). En ninguna de las dos hipótesis puede reputarse preterido al indigno (condición indispensable para que entre en juego el derecho de representación del art. 814 C.C.); en la primera porque se le menciona; en la segunda, porque la indignidad excluye en el indigno la condición de preterible, por lo que tampoco puede hablarse de preterición. Ahora bien, en ambos casos, pasan a ser legítimos de grado preferente los hijos o descendientes del indigno y, por tanto, en la medi-

da en que el causante no los haya tenido en cuenta, son ellos los preteridos, preterición que, según los casos, podrá ser intencional o errónea.

Lo mismo ocurre, según esta opinión, en el caso de desheredación con causa legal, si bien, en este caso, no caben distinciones, ya que la desheredación excluye siempre la preterición aun en su dimensión puramente formal.

No obstante la brillantez de la posición de De la Cámara, como todas las suyas, pienso que el art. 188.2 LS es aplicable a los tres supuestos referidos: premoriencia, desheredación con causa legal e indignidad sucesoria. En efecto:

— La propia dicción literal de la norma, que no distingue. Si el legislador hubiera pretendido circunscribir el precepto sólo a los supuestos de premoriencia lo hubiera dicho expresamente.

— La interpretación de la norma debe ser amplia pues va dirigida a evitar los efectos de la preterición cuando el causante ha cumplido su deber legitimario respecto del descendiente de primer o anterior grado, para lo cual la norma ordena que, en este caso, se entienda cumplido también dicho deber respecto de los descendientes de aquél que resulten ser legitimarios de grado preferente.

— El principio del «favor testamenti», ya que, una interpretación del precepto reducida al supuesto de premoriencia, aumentaría los casos de preterición errónea, con los demercedores efectos, delación legal de todo el caudal relicto, que dicha preterición puede llegar a producir en ciertos casos.

— Parece excesivo obligar al causante, que deshereda con causa legal a un hijo, a mencionar, expresamente, a los descendientes de éste. Además, lo contrario sería atribuir más derechos a los descendientes del desheredado con causa legal que a los del excluido voluntariamente o desheredado injustamente, lo que no parece lógico.

— Lo dispuesto en los arts. 19 y 25 LS que, al regular los efectos de la sustitución legal, señalan que los sustitutos legales ocupan el lugar del sustituido en la sucesión o en la legítima.

A ello opone De la Cámara, con relación a los arts. 761 y 857 C.C., que tales preceptos lo único que hacen es afirmar que los hijos y descendientes del desheredado con causa legal o del indigno ocupan su lugar como legitimarios, condición adquirida a consecuencia de la indignidad o justa desheredación de su padre o ascendiente y que, por tanto, son preteribles.

— Finalmente, esta es la tesis que, para el derecho común, cuenta con la indudable autoridad, entre otros autores, de Vallet.

B) Un segundo requisito es que sólo son preteribles los legitimarios de grado preferente que lo sean al tiempo de la delación de la herencia. La preterición no existe mientras no se produzca la delación de la herencia. Por tanto, si el que fue omitido al ordenarse la sucesión no vive al deferirse la herencia no habrá preterición; y sí que la habrá si con posterioridad a la ordenación de la sucesión nace un hijo no tenido en cuenta en aquella.

Esta idea aparece recogida en el art. 188.2 LS cuando señala: «No se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia...», y en el art. 814.6 C.C.: «si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos».

C) Que el legitimario de grado preferente no haya sido favorecido en vida del causante.

Puesto que la legítima puede dejarse por cualquier título lucrativo (art. 172.1 LS) y dado que las liberalidades recibidas del causante, por cualquiera de sus descendientes, se imputan a la legítima colectiva (art. 175.1 LS), no puede sostenerse que, en este caso, el causante ha incumplido su deber de mención.

Sin embargo, en el derecho común, pese a que también la legítima puede dejarse por cualquier título y a que las donaciones hechas a los legitimarios se imputan a su legítima, el Tribunal Supremo (sentencias de 17 de junio de 1908 y de 23 de abril de 1932) ha entendido que se incurre en preterición cuando no se menciona en el testamento a un descendiente, aunque éste haya recibido donaciones en concepto de anticipo de legítima. La doctrina ha criticado tales pronunciamientos. Para De la Cámara «sólo pueden explicarse como tributo a una impropia reminiscencia de la doctrina recogida después por el Derecho común en el sentido de que sobre el testador pesaba la obligación formal, bajo pena de preterición, de instituir o desheredar expresamente a sus legitimarios. Más no hay trazas de esta añeja doctrina en el Código Civil ni motivo alguno para resucitarla». No obstante, el propio De la Cámara recomienda, para evitar la preterición, y a la vista de la doctrina jurisprudencial reseñada, mencionar en el testamento, aludiendo a la donación realizada, al legitimario a quien nada se quiere dejar.

El art. 126.1 de la Compilación, a estos efectos, señalaba que «no se considerará preterido el legitimario que, a costa del ascendiente, haya seguido carrera profesional o artística, o recibiera de él liberalidades no usuales». Es decir, no cualquier donación o liberalidad inter vivos era suficiente para evitar la preterición, sino sólo aquellas que no fueran usuales; por tanto, el legitimario que hubiera recibido una donación usual resultaba preterido si luego no era mencionado en el acto de última voluntad de su ascendiente.

Pues bien, vigente la LS, sólo las donaciones o liberalidades imputables a la legítima, recibidas por el legitimario de grado preferente, impiden o evitan la preterición, no cualquier otra liberalidad.

De los arts. 174 y 176 LS resulta que no son imputables a la legítima:

— Las liberalidades que el causante hubiera excluido de imputación.

— Las liberalidades no usuales.

Para calificar la donación de usual habrá que estar a las circunstancias del caso y condiciones económicas de la familia. En cualquier caso, se trata de una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponderá al Tribunal.

— Los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades.

— Y los gastos no extraordinarios de educación y colocación de los hijos.

D) Que el legitimario de grado preferente no haya sido favorecido en la sucesión legal del causante abierta, conforme al art. 201 LS, «en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento». Al abrirse la sucesión legal el preterido recibe, por esta vía, bienes y, por tanto, no podrá ejercer la acción de preterición.

E) Que el legitimario de grado preferente no haya sido mencionado suficientemente.

El art. 120 de la Compilación señalaba que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidos en vida del causante o en su sucesión intestada, nece-

sariamente deberían ser «nombrados o mencionados al menos en el testamento que les excluya». La doctrina (García Amigo) interpretaba que en el término «nombrar» se incluían las referencias nominales a los legitimarios, es decir, aquellas en las que el testador o instituyente llama con sus nombres y apellidos (o con otras expresiones nominales con que los mismos sean conocidos) a sus hijos y descendientes; y en el término «mencionar» se comprenderían cualesquiera otras referencias no nominales, a través de las cuales se esté llamando a algún hijo o descendiente, expresiones que no ofrezcan duda acerca de la persona a la que aluden (por ejemplo, «mi hijo mayor», «mi hijo menor», «mi hijo militar», etc.).

La LS, sin duda dada su falta de trascendencia, ha suprimido dicha dualidad terminológica y sólo recoge el término mencionar, dentro del cual hay que entender comprendida toda referencia, nominal o no, que no ofrezca duda acerca de la persona a que se refiere.

Sin embargo, el problema fundamental que suscita la mención, problema que en los últimos tiempos se ha venido planteando con especial virulencia, es el de si, para evitar la preterición, es suficiente la mera o simple «nominatio» o es necesaria, además, la «assignatio» o la expresa exclusión.

Vigente la Compilación, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993, (en un supuesto en que el testador había señalado, al referir sus circunstancias personales, tener cuatro hijos, instituyendo, posteriormente, herederos a dos de ellos), pone de manifiesto que «la mención ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva del testamento, aunque sea para manifestar que a determinado o determinados legitimarios no se les deja nada, y ello porque lo que debe tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquellos», concluyendo que los dos hijos no instituidos fueron preteridos por su madre «al ser sus herederos forzosos y no haber sido citados o mencionados al disponer de los bienes en el testamento, en la forma dicha, bien para dejarles algo, o bien para excluirles».

No voy a entrar en el comentario crítico de dicha sentencia, sentencia que monopolizó el coloquio que siguió a la ponencia sobre «Las legítimas en Aragón», defendida por Adolfo Calatayud en los Terceros Encuentros de este Foro. (No obstante, un completo comentario crítico de la misma puede verse en el trabajo de Elena Bellod que se cita en la bibliografía).

Los argumentos de dicha sentencia han sido reiterados por la de 11 de noviembre de 1998, de la misma Sala. No obstante, en esta última, aparece un voto particular del Magistrado Don Fernando Zubiri, al que se adhiere el Presidente Don Benjamín Blasco, en el cual, haciéndose eco de las críticas que la sentencia de 1993 había originado, se disiente del parecer mayoritario de sus otros tres compañeros de Sala.

El art. 189 LS, bajo el título «mención suficiente», ha venido a poner orden y claridad en la cuestión de que tratamos, cuestión, por otra parte, de suma importancia para la eficacia de los testamentos.

El apartado 1 de dicho precepto establece: «Es suficiente para que no haya preterición cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios».

Este primer apartado suscita algunos comentarios:

— En primer lugar, ante la grave inseguridad jurídica que se había originado, rectificaba los dos pronunciamientos judiciales antes referidos, de modo que, para evitar la preterición, basta la simple mención del legitimario («cualquier mención» dice el precepto) aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa. Por tanto, cualquier legitimario realmente mencionado con cualquier propósito (reconocer una deuda frente a él, nombrarle albacea o tutor, etc.), se reconozca o no su condición familiar y se le deje o no algo, no es un preterido. También hay mención y, por tanto, no preterición en los supuestos de legado de cosa cierta hecha al legitimario, que caduca, ex art. 869 C.C., por enajenar ulteriormente el testador la cosa legada.

No obstante, Merino Hernández ha criticado dicho apartado, considerando que «ha sido redactado para enmendar la plana a dos sentencias del TSJA. Con todo el convencimiento que se pueda tener acerca de lo improcedente de tales pronunciamientos del Alto Tribunal aragonés —improcedencia que, en lo substancial, comparto— no creo que el procedimiento utilizado sea el más adecuado, ya que introduce de futuro una dinámica muy peligrosa».

Sin dejar de reconocer el fundamento de dicha crítica, creo, sin embargo, correcta la solución de la LS, habida cuenta la inseguridad jurídica que las dos sentencias habían originado en la práctica notarial.

— En segundo lugar, la mención puede tener lugar en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión.

Se hace eco el precepto de una de las críticas fundamentales dirigida a las sentencias de constante referencia. Según se puede leer en el voto particular antes citado: «En dicho documento —el testamento— no podemos distinguir dos partes, comparecencia y disposición o parte dispositiva, como elementos separados y estancos. Por el contrario, el otorgamiento del testamento ante el Notario autorizante conforme al citado principio de unidad de acto lo configura como un sólo acto jurídico, en el que las partes en que aparece dividido por razones de redacción están íntimamente ligadas entre sí, y debe ser examinado en su conjunto para apreciar tanto su validez como la voluntad del otorgante».

— Finalmente, la Disposición Transitoria Décima de la LS señala que «lo dispuesto en el artículo 189 sobre mención suficiente se aplicará también a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de esta Ley». Con ello se evita toda duda sobre la validez de los testamentos ya otorgados en que la mención de algunos legitimarios no se había hecho de acuerdo con los criterios mantenidos por las dos sentencias de constante referencia. Sobre esta Transitoria dice el Preambulo que: «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».

El apartado 2 del art. 189 LS completa lo dispuesto en el apartado 1, señalando que «es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante».

El precepto responde a la práctica, seguida hasta la entrada en vigor de la LS por algunos notarios aragoneses, de que, ante el temor de autorizar un testamento por el que se pueda incurrir en preterición o, simplemente, por un arrastre histórico (los 5 sueldos por sitios y los 5 por muebles de la vieja fórmula aragonesa), hacen decir al testador que, a los hijos que excluyen de la legítima, les dejan una cantidad simbólica.

Se trata de un precepto que, en mi opinión, no debería haber sido incluido en la Ley.

Si el apartado 1 ha señalado que es suficiente la mención sin disposición alguna a favor del legitimario, a mayor abundamiento, tampoco habrá preterición si la mención va acompañada de una atribución de carácter simbólico o irrelevante. En este sentido, la enmienda número 315 del Grupo Socialista, que pretendía la supresión de este apartado por innecesario y porque podía producir confusión, debió ser aceptada.

Según el apartado 3 del art. 189, «no es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos».

A la vista de este precepto, cuando el disponente instituye herederos, genericamente, «a sus hijos» y resulta que alguno de ellos ha nacido con posterioridad a la ordenación de la sucesión, éste resultaría preterido. En la práctica, tratándose de testadores jóvenes que no descartan tener en el futuro algún hijo más, para dar cumplimiento a lo dispuesto en este precepto, y evitar la preterición, suelen utilizarse fórmulas del siguiente o parecido tenor: «Instituyen herederos, por partes iguales, a sus citados hijos y a los demás que pudieran tener en lo sucesivo, los cuales se tienen expresamente por mencionados a todos los efectos».

No obstante, el precepto permite plantear la cuestión de si es suficiente, para evitar la preterición, el uso por el disponente, al ordenar su sucesión, de fórmulas genéricas o abstractas, generalmente «in ceteros», del tipo «menciona expresamente, al objeto de evitar su preterición, a cuantas personas, al deferirse su herencia, puedan ostentar la condición de legitimarios de grado preferente», u otras similares, por ejemplo, asignando a tales personas una atribución simbólica o expresando que el causante hubiera dispuesto de sus bienes, en la misma forma, aunque existieran otros legitimarios no mencionados.

Piénsese, como hacen notar De la Cámara y Roca-Sastre Muncunill, que tras la Ley de 13 de mayo de 1981, de reforma del C.C., con la consiguiente equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, las posibilidades de que el disponente incurra en preterición son mayores. Cabe, además, que existan al fallecer el causante hijos o descendientes que hayan resultado ser legitimarios después de otorgado el testamento por adopción, reconocimiento o declaración judicial de la filiación, en cuyo caso podrá haber, respecto de los mismos, preterición intencional o errónea, especialmente si se trata de descendientes ulteriores a hijos premuertos. Recuerdese que la acción de reclamación de filiación, con arreglo al art. 133.1.º C.C., corresponde al hijo durante toda su vida y, en los casos que contempla el párrafo 2.º de dicho artículo, a sus herederos, de forma que puede suceder que premuerto el hijo al causante, antes de éste otorgar testamento, supuesto en que, como hemos visto, no sería de aplicación el art. 188.2 LS, la sentencia declarando la filiación del nieto se dicte después de fallecido ambos. Por ello es útil utilizar en los testamentos fórmulas o cláusulas genéricas o abstractas de atribución legitimaria o de mención a los posibles legitimarios desconocidos al tiempo de otorgar aquellos.

Reconociendo la dificultad de la cuestión, y con las debidas reservas, me inclino, en Aragón, por la solución afirmativa, con la matización que luego se dirá, al problema planteado.

En favor de la no posibilidad de la utilización de tales fórmulas militan los siguientes argumentos:

- En primer lugar, la propia dicción del precepto.
- En segundo lugar, la STS de 4 de mayo de 1966, para un caso sujeto al Derecho Civil

de Cataluña, aunque su «ratio decidendi» es de aplicación general, declaró que había preterición aunque el testamento contuviera una cláusula o fórmula genérica de atribución de la legítima, consistente, en dicho caso, en que el testador legaba a su padre, único legítimo al testar, su legítima y extendía esta disposición expresamente «a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima sobre sus bienes». El causante falleció dejando un hijo póstumo y el Supremo estimó que «existe 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».

— En tercer lugar, el peligro de que tales fórmulas terminen por convertirse en cláusulas de estilo.

— Finalmente, según Lacruz, con referencia al art. 120-2.º de la Compilación, de redacción similar al precepto que estamos comentando, «el texto legal ha tratado de distinguir entre el mero olvido y la omisión voluntaria. Acepta en principio que los nacidos después de otorgarse el testamento han sido simplemente olvidados, y, por consiguiente, si no consta lo contrario DE MODO MUY EXPRESO, ordena que la falta de mención equivalga a preterición; y ello aunque se empleen expresiones genéricas, como la asignación de una pequeña cantidad a todo el que pretendiera derecho a la herencia, o bien a todos los parientes que con derecho a la herencia se creyeran, etc.».

No obstante, y en favor de dicha posibilidad, hay que señalar que:

— La doctrina de la sentencia referida puede y debe ser objeto de crítica, ya que, en relación con la LS, hay que hacer constar:

a) Que dicha Ley es muy generosa a la hora de identificar a la persona favorecida.

b) Que lo que realmente está prohibido son las disposiciones en favor de personas inciertas, (y en este caso los legitimarios devienen ciertos si llegan a existir), ya que, como dispone el art. 155 LS, «se tendrá por no puesta —frente al criterio del art. 750 C.C. que la declara nula— toda disposición paccionada o testamentaria en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta».

c) Y, finalmente, que el art. 10.1 LS, inspirado en la jurisprudencia, del TS y de la D. G. R. N., más reciente y en lo dispuesto en la Ley 154 del Fuero Nuevo de Navarra, señala que «en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aun no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión».

— Que, aparte el supuesto de superveniencia de hijos, único supuesto contemplado por el precepto, hay otros supuestos que pueden originar preterición errónea.

— Finalmente, después de la reforma de 1981, el art. 814 in fine C.C., siguiendo en este punto la tesis voluntarista mantenida por Albaladejo en un trabajo publicado antes de dicha reforma en la Revista de Derecho Privado, señala que «a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». En términos similares se pronuncia el art. 46 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares que, después de señalar que la preterición no intencional de descendientes atribuye al preterido acción para obtener la anulación del testamento, exceptúa de dicha disposición, y sólo confiere al preterido derecho a reclamar su legítima, entre otros, el supuesto de que el testador «respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional». Es indudable que estas normas admiten francamente el empleo de previsiones testamentarias dirigidas a impedir los efectos de la preterición y, por tanto, de cláusulas o fórmulas genéricas de atribución.

Pues bien, la LS contiene, en la actualidad, un precepto en el sentido aludido. En efecto, el art. 193.1 LS, al regular los efectos de la preterición no intencional singular, admite la previsión distinta del disponente, previsión que puede tener el carácter de mención suficiente al efecto de evitar la preterición.

No obstante, la LS no contiene una previsión similar o semejante al tratar los efectos de la preterición no intencional total, por lo que cabría concluir que tales cláusulas o fórmulas genéricas serían admisibles, al objeto de evitar la preterición, en sede preterición errónea singular, pero no cuando la preterición errónea sea total.

Para finalizar el examen del art. 189 de la Ley, el apartado 3 in fine de dicho precepto establece que «tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive».

El precepto guarda estrecha relación con uno de los supuestos, el de supervivencia de hijos, más habituales, como luego veremos, de preterición no intencional: el hecho de creer el causante, equivocadamente, al ordenar su sucesión, que el legitimario había fallecido, cuando, en la realidad, estaba vivo. Pues bien, en tales supuestos, el hecho de mencionar a ese descendiente como fallecido no será suficiente para impedir su preterición errónea.

F) La mención ha de tener lugar en el pacto sucesorio, testamento o en el acto de ejecución de la fiducia.

Frente a la Compilación, que en los arts. 120 y 122, de forma inadecuada e insuficiente, sólo se refería a la mención en el testamento, la LS, con mejor criterio, señala que la mención, para evitar la preterición, también puede tener lugar en el pacto sucesorio, lo cual, vigente la Compilación era doctrina común, o, y esto constituye una rigurosa novedad, aunque a nivel doctrinal había sido defendido por algún autor como Merino, en el acto de ejecución de la fiducia. En congruencia con ello, el art. 189.1, al regular la mención suficiente, se refiere al «testamento o escritura en que se ordene la sucesión».

La fiducia tiene una amplia y completa regulación en el Título IV de la LS, regulación que viene a resolver gran número de las cuestiones que la parca regulación de la Compilación había planteado. Constituye una institución por la que una persona, de vecindad civil aragonesa, denominada comitente, puede nombrar a una o varias personas, fiduciarios, para que se encarguen de ordenar su sucesión.

La LS reconoce que el fiduciario, subrogado en la personalidad del causante, puede actuar en orden a los problemas suscitados con relación a la preterición. Como consecuencia de que la mención, para impedir la preterición, puede tener lugar en el acto de ejecución de la fiducia, podemos señalar que, en los supuestos en que el causante haya nombrado fiduciario y haya incurrido en preterición, dicha preterición será siempre una preterición en potencia, que sólo devendrá efectiva o definitiva en el caso de que el fiduciario haya reiterado, al ejecutar la fiducia, la falta de mención del legitimario de primer grado. Es decir, hay que partir de la idea de que el testamento, por el que el causante designa un fiduciario, no es su definitivo testamento, o, si se prefiere, en él no se contiene su definitiva ordenación sucesoria; ésta se producirá realmente cuando el fiduciario actúe.

Vamos a partir del supuesto habitual en la práctica: cónyuges que en testamento, mancomunado o no, o en escritura de capitulaciones matrimoniales, se nombran recíprocamente fiduciarios para repartir los bienes de ambos entre los hijos y descendientes comunes. Pues bien, cuando el cónyuge ha sido nombrado fiduciario, nos interesa, a efectos de nuestro estudio, resaltar algunas notas de la regulación de la fiducia:

— Que el nombramiento del cónyuge fiduciario, a falta de señalamiento expreso de plazo, debe entenderse hecho de por vida, (art. 129.2 LS). En la práctica, el nombramiento del cónyuge como fiduciario nunca se sujeta a plazo, sin perjuicio de que, como señala el art. 147 e) LS, la condición de fiduciario se pierda, aparte otras causas, por el hecho de contraer el viudo nuevas nupcias o llevar vida marital de hecho, salvo disposición en contra del comitente.

— Que, a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción, (art. 133.1 LS); hasta entonces estará en situación de herencia yacente, por lo que ninguno de los posibles herederos puede reclamar la herencia.

— Que el cónyuge puede ejecutar la fiducia, bien por acto inter vivos en escritura pública o bien, salvo que la fiducia se haya sujetado a plazo, disposición contraria del causante o que el cónyuge no sea el único fiduciario, por testamento. (Art. 141 LS).

— Que el fiduciario puede hacer uso total o parcial, y aun en tiempos distintos, de sus facultades, salvo disposición contraria del causante. (Art. 142.2 LS).

— Que los actos inter vivos, en ejecución de la fiducia, son irrevocables, y que los actos de ejecución en forma testamentaria son siempre revocables. (Art. 143 LS).

Sentado lo anterior, a efectos de la preterición, hay que distinguir según que el cónyuge fiduciario cumpla su encargo por testamento o en escritura pública.

1) Si lo hace por testamento, testamento en el que, normalmente, dispondrá de sus propios bienes, de los privativos del premuerto y de los consorciales, puede, en uso de la fiducia, formalizar en dicho testamento la mención o disposición a favor del legitimario de grado preferente no mencionado por el causante, evitando, si dicho testamento es el último, los efectos legales derivados de la preterición; o puede, por el contrario, no mencionar, en su último testamento, al preterido por el comitente, elevando a efectiva o definitiva lo que sólo era una preterición en potencia o irrelevante.

No obstante, hay que señalar que con el uso del testamento queda clara la voluntad del fiduciario de deferir la herencia del comitente hasta el momento del fallecimiento de aquél, manteniendo durante toda su vida el control del patrimonio hereditario confiado en fiducia, con la posibilidad añadida, como hemos visto, de revocar dicho testamento.

En cualquier caso, ello no plantea para el preterido especiales problemas, ya que su condición no es peor que la del resto de los descendientes del causante, hipotéticos y presuntos herederos, los cuales tampoco podrán, hasta el fallecimiento del fiduciario, aceptar la herencia y entrar en posesión de los bienes hereditarios.

Un último apunte, para el caso de ejecución de la fiducia a través de testamento. El art. 148. 1 LS regula los efectos de la extinción de la fiducia sobre los actos de ejecución ya verificados. La regla general es que, extinguida la fiducia, conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario. Pero se exceptúan los actos de disposición efectuados en testamento, por el cónyuge viudo fiduciario, si éste hubiera perdido la condición de tal por contraer nuevas nupcias, llevar vida marital de hecho o por incurrir, para con el causante o sus descendientes, en causa legal de desheredación o indignidad. Por tanto, en tales casos, parece que la mención del preterido, verificada por el viudo fiduciario en su testamento, devendría ineficaz al objeto de evitar la preterición.

2) Si lo hace por escritura pública, el problema que puede surgir es que, como hemos visto, la ejecución de la fiducia puede ser parcial y, por tanto, en momentos diferentes. Es

decir, cabe la distribución de todo el patrimonio del fallecido en un sólo momento, o bien, que el fiduciario proceda a verificar asignaciones parciales de bienes concretos y determinados en períodos sucesivos y momentos distintos. Caso de ejecución parcial, respecto de los bienes asignados en ejecución de la fiducia se habrá producido la delación de la herencia, mientras que, respecto de los bienes pendientes de asignación, continuará la situación de herencia yacente y su administración y representación se regirá por lo dispuesto en el Capítulo II —La herencia pendiente de asignación— del Título IV de la LS.

Pienso que, en tanto la ejecución de la fiducia, por acto inter vivos, sea sólo parcial, siempre cabrá la posibilidad de que, en un nuevo acto de ejecución, el preterido por el comitente sea mencionado por el fiduciario, por lo que, en tanto la ejecución de la fiducia no sea total, salvo que antes se haya producido el fallecimiento del fiduciario, no surgirá para el preterido la posibilidad de ejercitar la acción de preterición.

VI. CLASES DE PRETERICIÓN

El art. 122 de la Compilación, al regular los efectos de la preterición total, distinguía si el testador conocía o no la existencia de todos los legitimarios al tiempo de hacer la disposición mortis causa, con lo que intuyó o esbozó la distinción entre preterición intencional y errónea, pero dicha distinción no la desarrolló.

Al respecto, comentando la redacción del art. 814 C.C. en su versión anterior a su reforma de 1981, versión que, como es sabido, tampoco recogía dicha distinción, Puig Brutau afirmaba, magistralmente, lo siguiente: «En el Derecho del Código Civil, concretamente en su art. 814, no hay duda que están equiparadas la preterición intencional y la que ha sido realizada por error o involuntariamente. Sin embargo, se trata de actos sumamente diferentes. La base psicológica de lo realizado es tan distinta que probablemente debería reflejarse en una diferencia de efectos jurídicos. Cuando el testador prescinde a conciencia de un legitimario, el Derecho debería reaccionar rectificando estrictamente lo que el testador no debía hacer. Pero cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiere dispuesto sin tan decisiva ignorancia. Es tarea del ordenamiento jurídico resolver si la protección al testador exige en este último supuesto una ineficacia de lo dispuesto mucho más radical».

El comentario está pensado para el sistema legitimario del Código Civil, que no es de legítima colectiva como el aragonés, pero «mutatis mutandis», en su fondo, era de aplicación general.

Una de las principales innovaciones de la LS, en sede de preterición, es la de la admisión y completa regulación, al igual que el C.C. tras la reforma del art. 814 por la Ley de 13 de mayo de 1981, de la dualidad de pretericiones, la intencional y la no intencional o errónea.

El art. 190.1 LS, bajo el título «preterición intencional», nos dice que «es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal». Por su parte, el art. 191, bajo el título «preterición no intencional», dispone que «es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo».

Sentado lo anterior, cabe establecer las siguientes conclusiones en esta materia:

1) Sin duda, la regulación pormenorizada de la dualidad de pretericiones es la gran novedad, en esta materia, de la LS. Tras dicha Ley, más que una figura unitaria de preterición, hay dos pretericiones, que sólo tienen en común el nombre y la proximidad de su regulación, pues su concepto, sus requisitos y sus efectos son profundamente diferentes.

2) La LS, con buen criterio, regula la preterición no intencional dentro del Capítulo destinado a la preterición, y no en el Capítulo III del Título III, destinado a la «Invalidez e ineficacia de los testamentos», y, por tanto, a diferencia del C.C. alemán, que no regula sustantivamente la preterición, pero que en los arts. 2.078 y siguientes considera a la preterición errónea como un supuesto de la teoría del error en la voluntad testamentaria.

3) Es de alabar la utilización, al igual que el C.C., del término «preterición no intencional» en lugar del de «preterición errónea». Como, en su día, en un trabajo publicado en la Revista Jurídica de Cataluña, puso de manifiesto Figa Faura, con relación a la Compilación catalana de 1960, en la que si se utilizaba, al igual que en el actual Código de Sucesiones de Cataluña, el término «preterición errónea», «no se puede hablar verdaderamente de error, pues error o verdad sólo puede predicarse de hechos presentes o pasados, nunca de hechos futuros; no es problema de error, sino de alteración de circunstancias, o más precisamente, imprevisión del cambio de circunstancias que da lugar a un supuesto de falta de voluntad».

Como hemos visto, y luego volveremos sobre la cuestión, el art. 191 LS, dentro de los supuestos de preterición no intencional, contempla supuestos que no implican ningún tipo de error por parte del disponente, sino sólo falta de previsión de hechos futuros.

No obstante, aun reconociendo que no es una denominación absolutamente correcta, sigue siendo, la de «preterición errónea», más breve, cómoda y tradicional que la de «preterición no intencional», por lo que, en la presente ponencia, utilizo indistintamente ambos términos.

4) La preterición intencional es la que se comete a sabiendas, de propósito, deliberadamente o, como señala Lacruz, se debe al propósito o voluntad deliberada del causante de que el nombre de un legítimo no aparezca en el acto por el que se ordena la sucesión, movido acaso por el odio, o por el deseo de no publicar una relación extramatrimonial o por tantos otros motivos. El disponente, conociendo cumulativamente de la existencia del legítimo y de su condición de tal, en vez de mencionar sin más al legítimo o de mencionarle para señalar que no le deja nada o, finalmente, para hacerle alguna atribución simbólica, omite cualquier mención del mismo en el acto de última voluntad, porque no quiere dejarle nada.

Si se trata de un testamento notarial abierto, hace notar De la Cámara, no será fácil la preterición intencional, ya que el Notario advertirá al testador de las consecuencias de la falta de mención del legítimo. Claro está que cabe el caso, sumamente raro, de que el causante oculte al Notario la existencia del legítimo. La preterición intencional se cometerá más fácilmente si se trata de testamentos otorgados sin intervención de Notario (el ológrafo básicamente, dada la ausencia, casi total, de testamentos cerrados en la práctica).

5) En la preterición no intencional el disponente no menciona a alguno o a todos los legítimos, pero sin intención de privarles de su legítima, ya que desconocía o ignoraba su existencia o su condición de tales.

A la hora de regular los supuestos de preterición no intencional caben dos posibilidades:

— Para una primera posición, sólo hay preterición no intencional cuando el legitimario ha nacido después del fallecimiento del disponente (póstumos), después de otorgarse el acto de última voluntad (cuasipóstumos) o, bien, cuando el disponente creía equivocadamente fallecido al legitimario.

Esta postura tiene su apoyo en el art. 644 C.C. que contempla la posibilidad de revocar las donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos.

— Para otra posición, más moderna, habría también preterición no intencional, aparte los supuestos anteriores, cuando el legitimario ha llegado a serlo después de ordenarse la sucesión.

Para esta segunda postura, la preterición errónea se produce también por el hecho de que el disponente desconozca la condición o cualidad de legitimario del preterido al ordenar su sucesión.

Esta tesis amplia fue recogida, inicialmente, por el art. 141 de la Compilación catalana, en su redacción de 21 de julio de 1960 y, en la actualidad, aparece recogida, aunque con alguna matización, en el art. 367 del Código de Sucesiones de Cataluña.

Ante las dos posibilidades referidas el C.C. guarda silencio, ya que no especifica cuando la preterición puede ser calificada de intencional o de no intencional; sin embargo, parece indudable que la LS se ha decantado por la tesis que hemos denominado amplia o moderna, de modo que, en el art. 191, se recogen, como supuestos de preterición no intencional, los siguientes:

— Descuido o falta de previsión del futuro. Es decir, supuestos en que el disponente, a pesar de saber que tras ordenar su sucesión han nacido nuevos legitimarios, no rectifica el acto de última voluntad, pero sin que su pasividad se deba al deseo de privar de su legítima a tales legitimarios.

— Error o ignorancia. Si el causante, al ordenar la sucesión, no sabe que tiene otros legitimarios, por creerlos erróneamente fallecidos, además de los que incluye en el acto de última voluntad.

— Y finalmente, supuestos en que el disponente desconoce la condición o cualidad de legitimario del preterido, es decir, supuestos en que el causante desconocía que el legitimario era descendiente suyo, supuestos en que el legitimario ha llegado a serlo después de ordenarse la sucesión, por establecerse después de dicha ordenación la relación familiar que conlleva la condición de legitimario (por ejemplo, mediante el oportuno reconocimiento de filiación o imposición de la misma) o, finalmente, cuando la condición de legitimario surge a posteriori, por el juego del cambio de legislación, cuando la nueva ley atribuye derechos legitimarios a personas que con la ley reformada no los tenían.

No obstante, la consideración, por parte de la LS, como preterición errónea, en todo caso, de los supuestos en que el disponente desconocía la condición de legitimario del preterido, tal vez, hubiera exigido alguna matización. Por ello, en mi opinión, siguiendo a Juan Bolás, habría que haber distinguido si el disponente conocía o no al legitimario preterido.

— Si lo conocía al tiempo de disponer, la preterición debería haber sido calificada de intencional, pues bien pudo atribuirle algún bien con cargo a la mitad de libre disposición, y si no lo hizo el disponente su conducta refleja su voluntad de no favorecer al preterido.

— En cambio, si el disponente no conocía la existencia del preterido, la preterición debe ser calificada de errónea.

6) Durante la vigencia de la Compilación fue objeto de polémica el tratamiento del descendiente concebido al tiempo de ordenarse la sucesión. Para Lacruz, la no mención de un concebido cabría incluirla entre los supuestos del número 1 del art. 122, es decir, como equivalente al conocimiento por el causante de su existencia. Por contra, Merino, sobre la base de que el texto legal hablaba bien claramente de conocimiento por el causante de «la existencia» de sus legitimarios en el momento del otorgamiento, oponía que respecto del concebido y no nacido en modo alguno puede hablarse de «existencia».

Con la nueva regulación la preterición del concebido y no nacido podrá ser intencional o errónea, según que el causante, al ordenar su sucesión, conociera o no el hecho de la concepción.

7) Los avances médicos, que casi siempre van más allá que las previsiones del legislador, constituyen un adecuado caldo de cultivo para generar importantes problemas en materia sucesoria y muy especialmente en sede de preterición, ya que las perspectivas, ante el hecho de que puedan venir al mundo niños póstumos concebidos con el semen de un hombre fallecido, son escalofrantes. La posibilidad de que la viuda quede embarazada, después de la muerte de su marido, por inseminación o fecundación artificial post mortem, puede originar el nacimiento de descendientes póstumos del causante más allá de las previsiones hechas por el C.C., que establece una presunción de paternidad, en su art. 116, con un límite máximo de trescientos días desde que se produjo la disolución del matrimonio.

La LS, en su art. 10.3, inspirado directamente en el art. 9.3 del Código de Sucesiones de Cataluña, dispone que: «si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación»

Según el art. 9.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988, «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial». Dicho precepto, por tanto, establece un plazo rígido, a contar desde la muerte del marido, más allá del cual, si se quiere que el hijo tenga la consideración de matrimonial, no cabe proceder a la fecundación.

José Luis Merino ha criticado, en este punto, la LS, en cuanto admite la posibilidad de atribuir efectos sucesorios a una fecundación «post mortem». Y por si ello no fuera suficiente, en el mismo precepto, añade Merino, se autoriza para disponer «mortis causa» «a favor de los hijos aun no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión» (art. 10.1, segundo). Con todos los problemas de inseguridad jurídico patrimonial que ello puede acarrear.

En opinión de dicho autor, «la legislación estatal en esta materia está destinada a determinar de qué forma, y bajo qué controles (incluido el plazo) puede realizarse la llamada «fecundación in vitro post mortem» y, lógicamente, a declarar la filiación de la criatura así nacida con respecto a sus padres. Pero nada más. Para nada entra la ley en consideraciones de carácter sucesorio. Era lógico: tratándose de una ley de carácter estatal, sólo a través de los correspondientes cuerpos de leyes civiles —Código Civil, Compilaciones o leyes

civiles territoriales— es posible una determinación de tal índole. Si ello es así, el hecho de que pueda existir un nacimiento mediante la concepción posterior al fallecimiento del padre generador, no conlleva necesariamente la atribución de derechos sucesorios al así nacido (como no los tienen los nietos de los nacidos con posterioridad al fallecimiento de los abuelos, ni por vía de sustitución legal, ni por vía directa, salvo especial previsión en contrario, con todos los efectos prácticos negativos que ésta pueda conllevar)».

En cualquier caso, desde el punto de vista de la preterición, es correcta la apreciación de Joaquín Cereceda en el sentido de que los concebidos por fecundación asistida post mortem con material genético del causante, que hayan resultado preteridos, sólo podrán considerarse preteridos no intencionalmente cuando el acto dispositivo sea anterior a la expresión de su voluntad sobre esa fecundación.

8) Finalmente, en materia de prueba, el art. 190.2 LS señala que «la preterición se presumirá intencional, salvo prueba en contrario».

La LS resuelve, una vez más, un problema que el art. 814 C.C. sigue sin resolver después de la reforma de 1981 y, que por tanto, sigue siendo objeto de discusión en la doctrina, doctrina que, en este punto, defiende fundamentalmente dos posiciones:

— Una primera, sustentadora de la idea favorable a entender acaecida, salvo prueba en contrario, una preterición intencional, (Bolás, Lacruz y Rey Portolés).

— Y una segunda, que entiende inexistente una presunción en favor de uno u otro tipo de preterición, (Giménez Duart, Amorós, Díez-Picazo y Gullón).

En la LS la intención de preterir se presume y al que alegue la existencia de error o imprevisión le correspondería la prueba.

— Bastará con probar el error, no siendo necesario probar que el mismo, además, fue determinante de la preterición. Esta es la diferencia con el régimen general del art. 156 LS (precepto que contempla el supuesto de expresión de motivos falsos o ilícitos en una disposición, régimen en el que debe probarse, no sólo el error, sino también que fue determinante de la disposición) y con el régimen especial, que luego examinaremos, del art. 199 LS.

— En los supuestos en que el causante desconocía la condición de legitimario del preterido, tal vez, de aceptarse la distinción antes señalada, habría que probar tanto el desconocimiento de la condición de legitimario como también el desconocimiento de su existencia.

— Es admisible la posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos y, probablemente, aunque no tengan conexión literal con el acto de última voluntad. Piénsese, como hace notar Bolás, que en sede de preterición, por principio, la voluntad testamentaria hay que investigarla partiendo de un silencio, de una omisión. La práctica notarial moderna ha ido, poco a poco, simplificando las fórmulas rituales y, en gran número de casos, los testamentos contienen cláusulas muy sencillas, en las que el testador se limita a instituir herederos a sus hijos y a legar a favor del viudo el usufructo de viudedad. En estos casos, poco ayudará el tenor del testamento para averiguar si la preterición es o no intencional. En cambio, la investigación de la conducta del testador anterior y posterior al otorgamiento del testamento, de las relaciones existentes entre el testador y el preterido, si éste era o no conocido por aquél, si este conocimiento era anterior o posterior al otorgamiento, el tiempo transcurrido desde que el testador tuvo conocimiento de la existencia del preterido hasta su fallecimiento sin modificar el testamento, los conocimientos jurídicos del testador aten-

diendo a su nivel cultural y a su profesión... etc, son elementos ilustrativos sobre la intencionalidad de la preterición.

Todo ello puede originar (a pesar de que los arts. 190 y 191 LS, a la hora de calificar la preterición, parecen atender al tiempo en que el disponente ordena la sucesión) que una preterición, que podía calificarse de errónea al tiempo de otorgarse el acto de última voluntad, pueda ser calificada como intencional de acuerdo con las nuevas circunstancias existentes a la hora del fallecimiento del testador. (Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en que el causante hubiera fallecido, sin modificar el acto de última voluntad, tras un largo lapso de tiempo, desde el nacimiento o reaparición del legitimario preterido o desde el establecimiento de la relación familiar con él).

9) Desde otro punto de vista, y para terminar con las clases de preterición, la preterición no intencional puede ser singular o parcial, cuando afecta a alguno o algunos de los legitimarios, y total cuando afecta a todos o al único legitimario, distinción ésta que, tratándose de preterición no intencional de hijos o descendientes, también recoge el art. 814 C.C.

No obstante, dicha distinción tiene algo de caprichosa, pues un mismo comportamiento del causante puede incidir en las graves consecuencias del art. 193.2 LS o en las menos graves del art. 193.1, en función del dato, puramente accidental, de que cuente sólo con un descendiente o con más de uno.

VII. EFECTOS DE LA PRETERICIÓN

Para examinar los efectos de la preterición en la LS hay que distinguir tres supuestos fundamentales:

- A) La preterición intencional total o singular.
- B) La preterición no intencional singular.
- C) Y la preterición no intencional total.

A) La preterición intencional total o singular

En el C.C. la preterición intencional, total o parcial, de un heredero forzoso, según el art. 814.1º, «no perjudica a la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias».

En consecuencia, el intencionalmente preterido conserva su derecho a su legítima, estricta según la doctrina mayoritaria, a cuyo efecto se procederá a la reducción parcial y proporcional de la institución de heredero y si dicha reducción no fuera suficiente se procederá a la reducción de legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Discute la doctrina si el legitimario preterido hace suya la legítima vía apertura de la sucesión intestada (De la Cámara, Bolás) o a través de un llamamiento que la ley hace directamente a favor del preterido (Vallet y Lacruz).

En la Compilación (arts. 122 y 123) la preterición intencional total originaba la delación abintestato de 2/3 del caudal y la parcial o singular concedía al legitimario de grado preferente el derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

En la LS la preterición intencional constituye la regla general, según hemos expuesto al tratar de la prueba. Sus efectos los señala el art. 192 LS, a cuyo tenor: «El legitimario preterido intencionalmente no tiene otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma».

En consecuencia:

1) El precepto no distingue entre preterición intencional total o singular, por lo que debe entenderse aplicable a ambas.

2) La preterición intencional no produce efecto alguno y, en consecuencia, el legitimario preterido intencionalmente carece de acción para impugnar el acto de última voluntad basándose en la preterición cometida. Ello es totalmente coherente y consecuente con un sistema, como el aragonés, de legítima colectiva: el legitimario preterido intencionalmente, excluido, por tanto, tácitamente de la legítima, no ha de recibir nada. Como pone de manifiesto el Preámbulo de la LS: «ningún derecho o acción específicos nacen para el así excluido por la omisión de toda atribución y mención a su favor».

3) No obstante, el preterido intencionalmente conserva el derecho a reclamar lo que le corresponda en la legítima colectiva, frente a terceros, cuando exista lesión de la misma. A tales efectos el Preámbulo señala que: «Consiguientemente, la exclusión expresa, como la preterición intencional, no ha de producir otros efectos que, en su caso, el derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, efecto que no es, propiamente, de la preterición o exclusión, sino de la lesión de la legítima».

La legítima colectiva debe ser respetada por el causante, no atribuyendo a extraños liberalidades que excedan de la mitad del caudal computable, calculado conforme al art. 174 LS.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 179 LS, que regula, superando la deplorable redacción del art. 124 de la Compilación, la acción de reducción de liberalidades o de lesión de la legítima colectiva:

— Si los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes alcanzan, al menos, la mitad del caudal computable, el preterido intencionalmente carecerá de toda acción, pues no se habrá producido lesión en la legítima colectiva.

— Por el contrario, si tales beneficios son inferiores a la mitad de dicho caudal, en principio, el intencionalmente preterido podrá ejercitar la acción de reducción de las liberalidades inoficiosas. Y digo que en principio porque el art. 179. 2 atribuye la legitimación activa, para el ejercicio de la acción de reducción, a los legitimarios de grado preferente «salvo que la voluntad del disponente sea otra». Por tanto, cabe que el causante haya excluido al preterido de la posibilidad de ejercitar la acción de reducción, exclusión que, como pone de manifiesto Joaquín Cereceda, sólo podrá ser indirecta (si el causante tiene tres hijos, el disponente puede atribuir expresamente la acción de reducción a dos de ellos, con lo que se excluye al tercero sin mencionarlo), porque si se excluyese de la acción de forma directa al preterido, éste dejaría de serlo por esa mención.

No es objeto de nuestro estudio la acción de reducción de liberalidades, si bien, conviene reseñar, respecto de la misma, algunas cuestiones:

— Salvo voluntad contraria del disponente, están legitimados activamente para el ejercicio de la acción todos los legitimarios de grado preferente, incluidos el preterido intencional o no intencionalmente, como luego veremos, el legitimario excluido voluntariamente

(art. 197.2) y el legitimario excluido absolutamente o desheredado sin causa legal, si bien, en estos dos últimos casos, sólo cuando la exclusión absoluta o desheredación sin causa afecte a todos o al único legitimario (art. 198.3 LS), ya que, en otro caso, serán sustituidos por sus estirpes de descendientes en el ejercicio de la acción de reducción, (art. 198.2 LS).

Además, para ejercitar la acción es indiferente que el legitimario actuante haya recibido o no alguna liberalidad del causante, a diferencia de lo que parecía resultar del art. 124 de la Compilación.

— La legitimación pasiva corresponde a los extraños favorecidos por liberalidades que excedan de la mitad del caudal computable, es decir que lesionen la legítima colectiva. También están pasivamente legitimados los descendientes que haya recibido liberalidades del ascendiente que éste haya excluido de la imputación a la legítima, al amparo del art. 176 a) LS.

— Que salvo voluntad contraria del disponente, en el supuesto de pluralidad de legitimados activamente, cada legitimario de grado preferente tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal, (art. 179.2 LS).

— Que la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás, es decir no hay acrecimiento (art. 179.3), y redunda en beneficio de los extraños.

— Que las liberalidades susceptibles de reducción son tanto las inter vivos como las mortis causa. Así lo confirma el art. 180 LS.

— Y, finalmente, que la nueva LS ha superado la laguna existente, en esta materia, en la Compilación, laguna que obligaba a aplicar como supletorio el C.C., y, en la actualidad (arts. 180 y 181), regula pormenorizadamente el orden de reducción de las liberalidades y la forma de practicar la reducción, evitando así, una vez más, la necesidad de acudir al C.C. como supletorio, cuando la mayoría de sus normas son incompatibles con la legítima aragonesa.

B) Preterición no intencional singular o parcial

En el C.C., caso de preterición no intencional singular o parcial de hijos o descendientes, «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

Por tanto, se anula totalmente la institución de herederos ordenada y se abrirá la sucesión intestada en la parte no dispuesta como mejora o legado, de forma que los hijos o descendientes preteridos en tal forma percibirán la legítima embebida en la abierta sucesión intestada.

En la Compilación, el art. 123, sin distinguir entre preterición intencional y errónea, atribuía al singularmente preterido el derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

La LS regula, en el art. 193, las consecuencias de la preterición no intencional, singular y total, sobre la base o presuposición de que el disponente no habría dispuesto como lo hizo de haber contado con el legitimario preterido.

Los efectos de la preterición no intencional singular los establece el apartado 1 del ar-

título 193, a cuyo tenor: «El legitimario preterido no intencionalmente tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico. A la reducción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 181».

El precepto está inspirado en el art. 123 de la Compilación, si bien, se mejora su redacción, resolviendo algunas, no todas, de las dudas que la interpretación de éste había planteado.

Vamos a hacer una exegesis del precepto:

a) «El legitimario preterido no intencionalmente tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente...»

Se reconoce aquí, en cierta medida, el principio de voluntad del disponente. Aunque la legítima es una institución de marcado carácter imperativo, el precepto, de acuerdo con el principio «*standum est chartae*», al regular los efectos de la preterición errónea singular, expresamente señala que tales efectos tendrán lugar «salvo previsión distinta del disponente», posibilidad ésta que, sin embargo, el apartado 2 del art. 193 no contempla, como antes hemos visto, para el supuesto de preterición errónea total.

El disponente, causante o fiduciario puede preveer la hipótesis de preterición y establecer las previsiones consiguientes, regulando los efectos de la preterición errónea singular (no favorecer al preterido, favorecerlo con el todo, señalar que el preterido se atenga a concretas porciones, asignar la mitad de libre disposición a unas personas y no a otras, salvar la reducción algún legado, etc.).

De modo que, cuando los efectos que se sigan de la preterición errónea singular, conforme al art. 193.1 LS, resulten claramente contrarios a la voluntad del disponente, voluntad indagada conforme a las normas de interpretación del testamento contenidas en el art. 101 LS, tales efectos tendrán que ser otros.

b) «... a una porción del caudal relicto...»

El art. 123 de la Compilación hablaba sólo de derecho a una porción en el caudal. La LS ha añadido, de modo consciente, la palabra relicto.

Las referidas sentencias del TSJA, de 30 de septiembre de 1993 y 11 de noviembre de 1998, establecieron que la base del cálculo de lo que correspondía a los preteridos, caso de preterición singular, no era el caudal hereditario del causante, pues el caudal que se menciona en el art. 123 de la Compilación, ha de entenderse comprende sólo los 2/3 de la herencia que integran la legítima colectiva, sin que el 1/3 de libre disposición se deba ver afectado por la preterición declarada.

También en este punto las sentencias han sido objeto de crítica. En efecto, el art. 123 de la Compilación no decía «una porción en la legítima colectiva», sino «una porción en el caudal», es decir, en la totalidad del caudal hereditario, en la integridad del caudal relicto. Además, como ha puesto de manifiesto Adolfo Calatayud, el criterio de las sentencias llevaría a tener que distinguir la porción de cada legitimario imputable a la legítima y la imputable a la parte libre.

La LS, al añadir la palabra relicto, resuelve la cuestión, una vez más, en sentido con-

trario a tales pronunciamientos judiciales. De modo que la base de cálculo de lo que debe corresponder al preterido no intencional ha de ser la totalidad de la herencia o caudal relicto, sin que deba quedar al margen la mitad de libre disposición.

c) «... igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél...»

El precepto plantea algunas cuestiones:

— En primer lugar, vigente la Compilación, según Lacruz, a quien seguía Merino, la institución de heredero, si la hay, no se anula, sólo se reduce en lo pertinente, por lo que no procede la apertura de la sucesión legal.

Pienso, por el contrario, que no se puede decir, en la actualidad, que la ley atribuya directamente al preterido una parte alícuota del caudal relicto, ya que no se puede hablar de una delación forzosa de la legítima como un «*tertium genus*» autónomo frente a la delación testada, paccionada o legal (art. 2 LS). En consecuencia, opino que los bienes o valores reducidos no pueden llegarle al legitimario preterido más que por la vía de la sucesión legal, abierta, sólo a su favor, al amparo del art. 201 LS, y ello sin perjuicio de que, conforme a reiterada doctrina del TS y de la D.G.R.N., se pueda prescindir de la apertura formal de la sucesión legal, y consiguiente declaración de herederos, si todos los legitimarios favorecidos reconocen al preterido su porción en el caudal.

— Es discutible el título por el que el preterido obtiene la satisfacción de su derecho. En relación con el art. 123 de la Compilación, han entendido Lacruz y Calatayud que el preterido sería heredero cuando lo fueran todos los otros legitimarios, siendo titular de una especie de legado legal de parte alícuota en los demás casos. Estoy, sin embargo, más de acuerdo con la opinión de Merino, de que el preterido adquiere una parte del caudal en concepto de legatario. Esta tesis se ve hoy ratificada por el hecho de que el propio precepto, que estamos comentando, faculta a los legitimarios no preteridos para pagar al preterido su parte en metálico.

— El Anteproyecto del Seminario de 1961 señalaba que el preterido tendría derecho a «una parte en el caudal igual a la del descendiente DE SU MISMA CLASE menos favorecido por el testador». Aunque las palabras «de su misma clase» no fueron recogidas por el art. 123 de la Compilación, Lacruz, seguido en este punto por Adolfo Calatayud, entendía que, para calcular la cuota del preterido, había que atender al descendiente de igual clase menos favorecido, es decir, siendo hijo del causante, el preterido heredaría como el que menos de sus hermanos, y no de los ulteriores descendientes, siendo nieto, tendría como término de comparación a otro nieto y no a los hijos.

Y ello, sin perjuicio de reconocer, tales autores, que cuando todos los instituidos fueran de una generación ulterior (nietos) viviendo los de la anterior (hijos), la regla de equiparación dentro del grado sería de imposible aplicación. (Dicha imposibilidad se manifiesta hoy el art. 193.2 LS que, en cuanto a los efectos de la preterición errónea total, se remite a la preterición errónea singular, cuando el único o todos los legitimarios de primer grado preteridos concurren con algún descendiente, designado heredero o legatario, descendiente que no puede ser de grado preferente pues, entonces, la preterición ya no sería total).

Sin embargo, la LS continúa sin incluir referencia alguna a las expresiones «de su misma clase» o «de igual grado». Por ello, creo que, en la actualidad, la tesis de Lacruz no puede ser mantenida. Puesto que se trataba de un tema dudoso, bien pudo la LS haberlo resuelto, volviendo a recuperar la redacción del Anteproyecto citado, y si no lo ha hecho es porque

posiblemente haya entendido que la tesis que debería prevalecer era la contraria. En este sentido, el art. 54,3.º in fine de la ley civil del País Vasco, Ley en la que el sistema legítimo, como hemos señalado anteriormente, es, al igual que el aragonés, de legítima colectiva y libre distribución entre los legitimarios, expresamente dispone que «la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor DE IGUAL GRADO menos favorecido».

— La porción en el caudal que corresponde al preterido estará integrada por todos los beneficios recibidos, exclusivamente, a causa de muerte, por cualquier título, por el menos favorecido de los legitimarios. Las dudas que originaba el art. 123 de la Compilación sobre si, a estos efectos, debían computarse las donaciones, las ha resuelto la LS en sentido negativo, al añadir, como hemos visto, el término relicto a la palabra caudal.

— Ahora bien, puede haber casos en que el causante haya atribuido la legítima por medio de donaciones inter vivos y haya instituido heredero a un extraño. En este caso, a falta de solución legal, podría optarse por una de estas dos soluciones:

1) El legítimo preterido no tendría derecho a porción alguna en el caudal relicto ni podrá ejercitar la acción de reducción de liberalidades al no resultar lesionada la legítima colectiva.

2) O bien, aplicar la solución del art. 193.2, para el caso de preterición errónea total cuando no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, con la consiguiente delación legal de todo el caudal relicto.

Dado el fundamento último de la preterición en Aragón, la protección de la legítima colectiva, me inclino por la primera solución de las ofrecidas, ya que, en tal supuesto, como ha quedado dicho, dicha legítima no ha sido lesionada.

— En los supuestos en que alguno de los legitimarios de grado preferente haya sido simplemente mencionado, pero excluido voluntariamente de la sucesión, de modo que nada perciba del causante o sólo perciba una cantidad simbólica, parece lo más seguro estimar que ese legítimo simplemente mencionado, a estos efectos, no cuenta y que, en tales casos, por menos favorecido habrá que entender al legítimo que haya recibido algo del disponente. Como pone de manifiesto Merino, la expresión legal «menos favorecido» implica una idea de cantidad, por mínima que esta sea. El «nada favorecido» no parece que, ni siquiera gramaticalmente, pueda simularse al «menos favorecido».

d) «...Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios...».

En consecuencia:

— Se excluye de la reducción, por tanto, lo que hayan recibido otras personas que no sean legitimarios.

— La LS resuelve otra de las dudas que planteaba la redacción del artículo 123 de la Compilación. En la actualidad, al referirse el precepto a porción «igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido», queda claro que son todos los legitimarios favorecidos por el causante los que han de ver disminuida proporcionalmente su porción, incluido el menos favorecido.

— La proporción en que deben contribuir los legitimarios no preteridos debe calcularse teniendo en cuenta lo que cada uno ha recibido, por cualquier título, por causa de muerte,

excluyendo, al igual que para calcular la porción que va a corresponder al preterido, las donaciones.

— Se dudaba, antes de la LS, si resultaban afectados por la reducción aquellos legitimarios a quienes se apartaba de la herencia mediante un legado por legítima de cuantía módica. La opinión dominante entendía que había que incluir tales legados en la reducción, ya la ley no distinguía. En la actualidad, el art. 193.2, en sede de preterición errónea total, al remitirse a los efectos de la parcial, cuando algún descendiente haya sido designado heredero o LEGATARIO, sin establecer distinciones por razón del legado, confirma esta tesis.

— Según Lacruz, la fórmula matemática para obtener la cuantía de la reducción es la siguiente: Se divide todo el caudal asignado a los legitimarios por dicho caudal incrementado con lo asignado al menos favorecido; y ese cociente se multiplica por las cuotas de todos los legitimarios con lo que se obtendrá lo que les corresponde después de la reducción; y al preterido se le dará una cuota igual a la que resulte para el menos favorecido.

e) «... aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico. A la reducción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 181»

En su comentario al art. 123 de la Compilación, Merino, en opinión suscrita por Calatayud, había entendido que el preterido, en principio, tenía derecho a una porción de los mismos bienes hereditarios, calculada en la forma vista, por lo que, caso de que alguno de los bienes hubiera sido válidamente enajenado, por los legitimarios no preteridos, el derecho del preterido se convertiría en un crédito contra los restantes legitimarios.

Sin embargo, la nueva Ley considera, con carácter general, que el preterido no tiene derecho a una porción de los mismos bienes hereditarios y atribuye, en consecuencia, a los legitimarios no preteridos la facultad de optar por pagar su porción al preterido ya en bienes relictos ya en metálico, en este último caso, hereditario o extrahereditario.

Si optan por la primera posibilidad, se estará a lo dispuesto en el art. 181 LS, que faculta al obligado, a elegir el bien si hubiera recibido varios, y regula la forma de practicar la reducción cuando el bien elegido no admita cómoda división, estableciendo, para este caso, la posibilidad de compensaciones en metálico por acuerdo entre ambas partes y, en defecto de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico.

En cualquier caso, se opte por una u otra posibilidad, parece que, en este caso, la legítima habrá dejado de ser para el preterido «pars bonorum» para convertirse en una «pars valoris» o derecho de crédito, ya que es la misma Ley (sin intervención alguna de la voluntad del causante o de la decisión del Juez, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de los arts. 841 y siguientes del C.C.) la que directamente deja, al pleno arbitrio de la persona obligada al pago de la legítima, la libérrima elección de satisfacerla en dinero, aunque no lo haya en la herencia, o en otros bienes. Existe, pues, una alternatividad pura para los obligados, propia de las obligaciones específicamente alternativas, de forma que hay dos prestaciones, de las cuales debe cumplirse una de ellas. No se trata de una alternatividad facultativa, propia de las llamadas obligaciones facultativas, en las que los obligados deben cumplir una prestación, que es la única que está «in obligatione», aunque puedan sustituirla por otra que sólo está «in solutione».

Como consecuencia de lo anterior, a efectos registrales, la protección del legitimario pre-

terido, frente a las posibles enajenaciones que los no preteridos puedan realizar en favor de terceros de buena fe de los bienes inmuebles integrantes de la herencia, no parece pueda venir por la vía de la anotación preventiva de demanda, ya que:

— La D.G.R.N. no admite, pese a su cada vez más amplia interpretación del art. 42.1.º L.H., que se puede practicar anotación de la demanda dirigida a reclamar un crédito dinerario.

— La LS no ha previsto, expresamente, la posibilidad de la anotación de la demanda dirigida a la reclamación de la legítima, a diferencia de lo dispuesto en el art. 366.2 del Código catalán de Sucesiones, en el art. 48.5 de la Compilación de Baleares o, finalmente, en el art. 151.3 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

— El carácter de «*numerus clausus*» que las anotaciones preventivas tienen en nuestro Derecho, (art. 42-10.º L.H.).

En consecuencia, pienso, con las debidas reservas, que la garantía registral de la percepción por los legitimarios del metálico que les pueda corresponder, tal vez debería venir a través de la anotación preventiva del legado de cantidad, prevista por el art. 42.7.º y arts 48 a 58 y 87, todos de la Ley Hipotecaria, y 166.6.ª de su Reglamento.

También, el art. 844 C.C. establece que el legitimario, cuya porción hereditaria se pague en metálico, tiene «las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad». No obstante, el art. 80.2 R.H., sin excluir la anotación, prevé otra forma de garantía registral para tales legitimarios. En Cataluña, prevé la anotación preventiva del legado para el legitimario el art. 366 del Código de Sucesiones.

(Y ello sin perjuicio de reconocer los inconvenientes de dicha anotación. Como hace notar Roca-Sastre Muncunill, en el legado de cantidad el legatario tiene derecho a pedir anotación preventiva de su valor «sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros» y, por tanto, aunque hayan sido enajenados por el heredero, art. 48 L.H., pero en el plazo de ciento ochenta días contados a partir de la muerte del testador, pues en otro caso sólo pueden pedir anotación sobre los bienes inmuebles que subsistan en poder del heredero, arts. 48 y 52 de dicha Ley. Se deduce, por tanto, que la primera posibilidad, la más interesante a efectos de garantía, pues implica una reserva de rango registral, está sujeta a un plazo muy breve, por lo que, muchas veces, la práctica de la anotación no podrá tener lugar).

C) Preterición no intencional total

En el C.C. cuando la preterición no intencional de hijos o descendientes es total, «se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial».

Por consiguiente se abrirá la sucesión intestada, de forma que el preterido o preteridos percibirán su legítima embebida en esta sucesión. El testamento, sin embargo, no es nulo y se mantiene el contenido no patrimonial del mismo, como nombramiento de albacea o contador-partidor, disposiciones sobre incineración, entierro, donación de órganos, etc. En cuanto al reconocimiento de hijos no matrimoniales o nombramiento de tutor, estima De la Cámara que, como esta clase de disposiciones, implican que el testador sabe que tiene, al menos, el hijo al que reconoce o al que nombra tutor, tales previsiones se apartan del supuesto de preterición errónea total y en el caso de que no se haya dejado nada a dicho hijo, éste deberá considerarse intencionalmente preterido.

En la Compilación, la preterición no intencional total provocaba la delación abintestato de todo el caudal, (art. 122).

El art. 193.2 LS, por su parte, señala que: « Cuando todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido preteridos no intencionalmente y no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación abintestato de todo el caudal relicto».

A la vista del precepto caben dos posibilidades:

— Que haya sido designado heredero o legatario algún otro descendiente (descendiente que no puede ser de grado preferente pues entonces la preterición errónea no sería total), en cuyo caso los efectos serán los mismos que los previstos para el supuesto de preterición errónea singular, reduciéndose la participación del descendiente heredero o legatario.

El precepto parece estar inspirado en el art. 46 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, que, después de señalar que la preterición no intencional confiere al preterido acción para reclamar la anulación del testamento, exceptúa, y sólo concede al preterido el derecho a exigir su legítima, entre otros casos, el supuesto de que el testador haya instituido únicos herederos a sus hijos, descendientes o cónyuge. En términos análogos, aunque con ciertas matizaciones, se manifiesta, para Cataluña, el artículo 367 del Código de Sucesiones por causa de muerte.

La razón de la solución legal, tal vez, se basa en una interpretación voluntarista del acto de última voluntad, ya que la actitud del disponente ha de examinarse a partir de la preeminencia del principio de buena fe, básico en el Derecho Civil, pues normalmente el abuelo que elige a un nieto, desconociendo la existencia de su hijo, lo efectúa precisamente para elegirlo y no para excluir a los no elegidos, es decir una actitud positiva y dinámica, no negativa.

— Que no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, en cuyo caso se produce la delación abintestato —el precepto debería haber dicho delación legal, pues conforme al art. 201 LS en defecto de sucesión ordenada por pacto o testamento se abre la sucesión legal— de todo el caudal relicto. Por tanto:

1) La delación es de todo «el caudal relicto», sin incluir el donatum, como resulta de la naturaleza de la sucesión intestada, sin perjuicio, como luego veremos, del posible ejercicio de la acción de reducción de liberalidades.

2) Se produce la nulidad de la disposición.

3) Puesto que, caso de preterición errónea total, el preterido o preteridos tienen derecho a la totalidad de la herencia, no puede hablarse de sanación por acuerdo entre los afectados, por lo que no es de aplicación, en Aragón, la doctrina, antes referida, mantenida por el TS y por la D.G.R.N., de que no es necesario proceder a la apertura formal de la sucesión intestada, ni obtener la declaración consiguiente, si todos los instituidos, de común acuerdo con el preterido o preteridos, formalizan las operaciones particionales y los primeros reconocen a los segundos la porción de herencia que les hubiera correspondido de haber fallecido el causante intestado.

4) En este supuesto, la protección registral del preterido o preteridos, frente a posibles enajenaciones de los bienes hereditarios, verificadas por los instituidos en favor de terceros de buena fe, si podrá tener lugar a través de la anotación de demanda, pues, según la

D.G.R.N., cabe dicha anotación, aunque se ejerciten acciones personales, siempre que, de prosperar la demanda, se produzca una mutación jurídico real inmobiliaria, es decir, una alteración de la situación jurídica que el Registro publica.

Dos precisiones finales en materia de preterición errónea, singular o total:

— Conforme al art. 193.3 LS, «el preterido no intencionalmente tendrá, además, el derecho que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma». Este derecho corresponderá al preterido, salvo que la voluntad del disponente sea otra (art. 179.2 LS), pudiendo darse por reproducido lo antes expuesto, al tratar del ejercicio de la acción de reducción de liberalidades inoficiosas por el preterido intencionalmente.

— El art. 199 LS dispone que «si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos, pero no han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional».

Este precepto regula las consecuencias que se producen cuando el disponente funda la desheredación o exclusión en causas o motivos erróneos.

Hace notar Joaquín Cereceda, en su comentario a dicho precepto, que «si esa causa o motivo erróneos han sido determinantes de la desheredación o exclusión, este art. 199 rectifica la voluntad errónea del disponente y la sustituye por otra que presumiblemente la habría manifestado si hubiera conocido la verdad de los hechos, y en el mismo sentido que lo ha dispuesto para otro caso de error: en el de la existencia desconocida de otros legitimarios de grado preferente, y que constituye la preterición no intencional, regulada en el art. 193».

VIII. LA ACCIÓN DE PRETERICIÓN

La preterición no obra o actúa de iure o automáticamente, de modo que los Tribunales no pueden declararla de oficio, sino que debe instarse por los legitimarios preteridos, ejercitando la correspondiente acción.

La legitimación activa corresponderá al legitimario omitido y a sus herederos. No parece correcta la tesis de Vallet en el sentido de que se trata de una acción personalísima no enajenable ni transmisible, salvo en ciertos supuestos, a los herederos.

La legitimación pasiva corresponderá, según los casos, a los legitimarios que deben soportar la reducción o a sus causahabientes, caso de preterición errónea singular, o a los herederos instituidos o a sus causahabientes cuando proceda la delación abintestato de todo el caudal.

En el Derecho Común, la doctrina no es unánime en cuanto a la naturaleza y plazo de prescripción de la acción, cuestiones no resueltas expresamente por el Código Civil. Se han sostenido hasta tres posiciones:

— Los que estiman que la acción es rescisoria (Vallet) y aplican el plazo de caducidad de cuatro años propio de las acciones rescisorias.

— Quienes sostienen (Lacruz, De la Cámara) que el plazo de prescripción es el de quin-

ce años establecido por el art. 1964 C.C., de acuerdo con el criterio seguido por el TS para las acciones dirigidas a obtener la nulidad del testamento.

— Finalmente, Bolás estima que la acción de preterición intencional tiene naturaleza rescisoria y está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años; mientras que la acción de preterición errónea es una acción de nulidad, sujeta al plazo de prescripción de quince años.

La Compilación no estableció nada en cuanto al plazo de prescripción de la acción de preterición.

La LS (art. 178), bajo el título «prescripción de acciones», señala: «1. Las acciones reguladas en este Título prescriben en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad».

Algunos comentarios en relación con dicho precepto:

1) En la duda sobre la naturaleza jurídica de la acción, el legislador no ha querido pronunciarse, de modo que, inspirado en el art. 378.2 del Código de Sucesiones de Cataluña, establece un plazo especial de prescripción de cinco años, frente al plazo de quince años, establecido por el art. 111 LS, para los supuestos de nulidad del testamento basada en lo dispuesto en el art. 108.1.b) LS, y frente al plazo de cuatro años establecido, por el art. 112 LS, para los supuestos de anulabilidad del testamento.

Posiblemente el legislador haya entendido, al igual que hacen Roca Trías y Espiau para el derecho catalán, que el testamento afectado de preterición errónea no es un testamento inicialmente nulo, sino un testamento válido, susceptible de ser impugnado por los legitimarios preteridos, a través de una acción de impugnación y no de nulidad propiamente dicha. Además, la circunstancia que provoca la «nulidad» es posterior al otorgamiento e, incluso, puede ser posterior a la muerte del causante.

2) Aunque pudiera pensarse que el plazo es de caducidad, como señala expresamente el art. 46 de la Compilación de Baleares, y no de prescripción, el texto es terminante al hablar de prescripción, y es de suponer que el legislador sabe lo que dice en un texto legal moderno y en un momento en que la distinción entre caducidad y prescripción (la caducidad, a diferencia de la prescripción, no es susceptible de interrupción y es apreciable de oficio por el Juez) está sólidamente asentada en la doctrina y en la jurisprudencia.

3) El «dies a quo» para el cómputo del plazo es el día del fallecimiento del causante o el de la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad. Existiendo fiducia sucesoria, por tanto, el plazo empezará a contar desde la ejecución de la fiducia o desde su extinción, que es el momento, como hemos visto, en que se produce la delación de la herencia, (art. 133.1 LS). No obstante, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de preterición, existiendo fiducia, puede plantear algunos problemas. En mi opinión hay que distinguir:

— Ejecución de la fiducia por vía de testamento. En este caso el cómputo del plazo habrá de iniciarse el día del fallecimiento del fiduciario, que es el momento en el que se habrá producido la delación de la herencia del disponente y ésta se encontrará en la situación de poder ser aceptada o repudiada. En este caso existe un hecho cierto, el fallecimiento del fiduciario, hecho que, una vez acreditado, permitirá al preterido obtener copia, para lo que indudablemente tiene interés legítimo, del testamento otorgado por el fiduciario y comprobar, en consecuencia, si éste ha subsanado, o no, la preterición cometida por el comitente.

— Ejecución total de la fiducia por vía de escritura pública. En este caso el plazo debería empezar a contar desde el otorgamiento de dicha escritura, momento en que se habrá producido la delación de la herencia del comitente.

Sin embargo, en este supuesto, hay que tener en cuenta que, si el preterido no ha sido mencionado en dicha escritura, el otorgamiento de la misma, entre el fiduciario y el asignatario o asignatarios, ha podido ser ocultado, sin que, además, dicha escritura, cuando tenga por objeto bienes inmuebles, haya sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. En este caso, si el plazo hubiera de empezar a contarse, necesariamente, desde dicho otorgamiento, la pretensión del preterido podría devenir ilusoria.

A estos efectos hay que señalar que, en sede de acción revocatoria o pauliana, la doctrina y jurisprudencia tradicionales han venido señalando, al amparo de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del art. 37 de la Ley Hipotecaria, que el «dies a quo», para el cómputo del plazo, es el de la consumación de la enajenación fraudulenta, con independencia del conocimiento efectivo, respecto de tal acto, por el acreedor perjudicado por él. Sin embargo, advertidas las injusticias a que puede conducir el criterio de la fecha de la enajenación fraudulenta, como determinante del «dies a quo» para el cómputo del plazo, el TS, en sentencias de 16 de febrero de 1993, 4 de septiembre de 1.995 y 1 de diciembre de 1997 y el TSJ de Cataluña, en sentencia de 30 de enero de 1992, han señalado el criterio, criterio compartido, a nivel doctrinal, entre otros, por Jordano Fraga, de que el «dies a quo» debe ser aquél en que el acreedor conoce el acto perjudicial del deudor, cuando el acto fraudulento se oculta o, en todo caso, desde que pudo/debió diligentemente conocerlo, fecha esta última que, tratándose de inmuebles, será la de inscripción del acto fraudulento en el Registro de la Propiedad.

Aplicando esta tésis a nuestro supuesto, una interpretación correctora del precepto que estamos examinando, conduciría a entender que, caso de ejecución total de la fiducia por acto inter vivos, el «dies a quo», para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de preterición, sería el del día en que el preterido conoció la escritura en que no se le mencionaba, caso de ocultación del otorgamiento de la misma, o, en todo caso, el de la fecha de inscripción de dicha escritura, si tuviera por objeto bienes inmuebles, en el Registro de la Propiedad.

Similares problemas pueden surgir cuando el reconocimiento del hijo extramatrimonial, no mencionado, tiene lugar transcurridos cinco años desde el fallecimiento del causante, momento en el que dicho hijo ya no podrá ejercitar la acción de preterición.

No obstante, reconozco que la interpretación correctora que preconizo presenta el escollo de lo dispuesto en el art. 1969 C.C., a cuyo tenor: «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse», y, en nuestro caso, la LS si que determina otra cosa, posiblemente porque, de no haber señalado el «dies a quo», para el inicio del cómputo del plazo, la inseguridad jurídica habría sido aun mayor.

— Ejecución parcial de la fiducia por acto inter vivos. El día inicial del cómputo será el del otorgamiento de la escritura con la que se ejecute, en su totalidad, la fiducia, pudiendo ser de aplicación lo antes señalado para el caso de ocultación. Si el fiduciario hubiera fallecido sin haber ejecutado totalmente la fiducia por acto inter vivos, el «dies a quo» sería el del fallecimiento del fiduciario.

Finalmente, el apartado 2 del art. 178 dispone que «si el legitimado para el ejercicio de estas acciones fuera menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para

él cuando cumpla diecinueve». Este apartado parece inspirado en el art. 1299.2 C.C. que, en sede de acción revocatoria o pauliana, dispone que «para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos». Por tanto, como en Aragón, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 de la Compilación, el menor de edad, cumplidos los catorce años, puede, con la asistencia prevista en dicho precepto, celebrar toda clase de actos y contratos, parece oportuno que, para él, el plazo de cinco años empiece a contar a partir de que haya cumplido los catorce años.

Nada más, espero no haber resultado excesivamente soporífero y que, en el futuro, los Tribunales y la doctrina vayan resolviendo algunas de las dudas que han quedado planteadas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

— BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993», R.C.D.I., número 622, pp. 1253 y ss.

— BOLÁS ALFONSO, Juan: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXV, pp. 181 y ss.

— CALATAYUD SIERRA, Adolfo, MARTÍNEZ LASIERRA, Ignacio y GIL NOGUERAS, Luis A. : «Las Legítimas en Aragón», Ponencia presentada en los Terceros Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 49 y ss.

— CALATAYUD SIERRA, Adolfo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y GARCÍA ALMAZOR, José: «La sustitución legal en Aragón (El artículo 141 de la Compilación)», Ponencia presentada en los Quintos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 161 y ss.

— CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: «Compendio de Derecho Sucesorio», pp. 183 y ss.

— CERECEDA MARQUÍNEZ, Joaquín: «Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil», Comentarios al Título VI, De la legítima. Revista de Derecho Civil Aragonés, V, 1999, número 1, pp. 111 y ss.

— CERECEDA MARQUÍNEZ, Joaquín: Comentarios, todavía inéditos, al Título VI de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón.

— Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte. Revista de Derecho Civil Aragonés, IV, 1998, números 1-2, pp. 251 y ss.

— GARCÍA AMIGO, Manuel: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», comentario a los arts. 119 y 120 de la Compilación de Aragón, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XXXIV, volumen 2.º, pp. 3 y ss.

— JORDANO FRAGA, Francisco: «El dies a quo para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)», R.C.D.I. número 626, pp. 71 y ss.

— LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco: «Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones», pp. 517 y ss.

— LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Derecho de Sucesiones por causa de muerte. De las legítimas», Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, número 26, pp. 146 y ss.

— LINARES NOCI, Rafael: «La preterición intencional y no intencional despues de la reforma de 13 de mayo de 1981», R.C.D.I. número 588, pp. 1. 491 y ss.

— MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», comentario a los arts. 122 a 126 de la Compilación de Aragón, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XXXIV, volumen 2.º, pp. 32 y ss.

— MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «La fiducia sucesoria en Aragón». Colección «El justicia de Aragón».

— MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentarios críticos a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón», Lunes cuatro treinta, número 257, pp. 22 y ss.

— NAVARRO VIÑUALES, José María, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y BATALLA CARILLA, José Luis: «Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria», Ponencia presentada en los Cuartos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 85 y ss.

— REY PORTOLÉS, Juan Manuel: «Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», R. C. D. I. número 549, pp. 289 y ss.

— ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: «Derecho de Sucesiones», tomo II, pp. 625 y ss.

— RODRÍGUEZ BOIX, Francisco: «Limitaciones a la libertad de disponer mortis causa en el Derecho Navarro», Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, número 214, pp. 721 y ss.

— SERRANO GARCÍA, José Antonio, MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio y MOLPECERES OLIETE, Antonio: «La sustitución legal», Ponencia presentada en los Novenos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, pp. 87 y ss.

— VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», comentario al art. 814 del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XI, pp. 163 y ss.

— ZUBIRI SALINAS, Fernando: «Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón», Volumen tercero, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesus Delgado Echeverría, Comentarios a los artículos 110 a 118, De la fiducia sucesoria, pp. 353 y ss.

Intervención de D.^a Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA PRETERICIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO TRADICIONAL HISTÓRICO Y CONTEMPORÁNEO ARAGONÉS. LA PRETERICIÓN Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS

No quiero comenzar esta breve exposición sin mostrar mi agradecimiento a los organizadores de este Foro de Derecho Aragonés por haberme invitado a participar en el mismo.

Aunque no estoy vinculada profesionalmente a esta ciudad como lo están mis compañeros de ponencia, sí he trabajado en Huesca, aunque mi trabajo ha sido silencioso pues se centró en la investigación y estudio del protocolo notarial que se encuentra en el Archivo Histórico y que junto con los protocolos notariales de otras ciudades aragonesas me acercaron al estudio del Derecho civil aragonés, tanto el tradicional histórico como el contemporáneo.

Lo que pretendo a través de esta charla es situar la institución de la preterición del derecho sucesorio aragonés o dicho de otra forma determinar su significado jurídico.

Para ello es necesario recordar de forma somera su evolución hasta la ley de Sucesiones actual lo que permitirá la interpretación de los preceptos que regulan la citada institución.

I. DERECHO TRADICIONAL HISTÓRICO ARAGONÉS

En el Derecho Histórico Aragonés, la concurrencia de principios romanos (favorables al sistema de absoluta libertad de disposición mortis causa atenuado tardíamente por el derecho de legítima), germánicos (contrapuestos a los romanos con su rigurosa concepción de herencia forzosa ya suavizada a la llegada de los visigodos a nuestra península por su largo contacto con el Imperio Romano) y autóctonos, origina una regulación confusa y contradictoria del sistema legitimario, plasmada en los diferentes Fueros.

Así el Fuero de Huesca de 1247 restringe la libertad de disponer aunque admite la posibilidad de mejorar a alguno de los hijos. El Fuero dado en Alagón en 1307 —de *testamentis nobilium*— permite a los nobles instituir herederos a un hijo dejando a los demás «*quantum*» les plazca, que el Fuero dado en Daroca en 1. 311 extiende a todos los ciudadanos, y finalmente el Fuero De *Donationibus*, dado en las Cortes de Zaragoza de 1398, equiparando en esta materia la donación al testamento, recoge no solo la posibilidad de la libre distribución entre los hijos sino incluso la de instituir heredero a un extraño existiendo aquellos.

Este confusionismo y regulación contradictoria lo resuelve el Derecho consuetudinario, es decir el Derecho Privado que se aplicaba en la práctica jurídica que no era ni el Derecho de los Fueros y Observancias, ni el Derecho Romano Canónico, ni el Castellano, sino un conjunto de reglas constituidas por la costumbre unánimemente aceptada y conocida por todos los aragoneses.

Este Derecho que no provenía de la Ley escrita se plasmó fundamentalmente en los documentos que conforman los protocolos notariales. Y precisamente por esa investiga-

ción a la que hecho referencia y que se basó en el estudio del contenido de los testamentos, especialmente mancomunados, desde el siglo XVI hasta la actualidad, pude acreditar en base a las citadas fuentes documentales, la existencia de la libertad de testar absoluta que existía en Aragón. Así, eran habituales cláusulas en las que los cónyuges, habiendo hijos, se instituían herederos, o se instituían con la obligación de que el remanente, en su caso, de la herencia del premoriente pasase al fallecimiento del supérstite a los hijos según conviniera al mismo.

La libertad de distribución entre los hijos autorizada por los citados Fueros de 1307 y de 1311 dio lugar a la práctica de insertar una cláusula en los testamentos en la que se nombraba a todos los legitimarios con una atribución simbólica; dado el carácter de esta distribución patrimonial, la cláusula venía a constituir una declaración de conocimiento de la existencia de todos los legitimarios con una referencia patrimonial nominal, que permitía al testador disponer de sus bienes como estimase conveniente.

En consecuencia, en el Derecho tradicional histórico la preterición era una institución ajena a la institución legitimaria porque la legítima no existía, ya que todo el patrimonio del causante era de libre disposición. Tenía un significado meramente formal: el causante debía mencionar a los descendientes inmediatos otorgándoles una atribución simbólica para acreditar que conocía de su existencia, es decir, consistía en el derecho de los más próximos parientes herederos ab intestato a ser nombrados en el testamento sin cuyo requisito se entendía que el causante se había olvidado de ellos.

Pues bien, la institución de la preterición tal y como aparecía recogida en la práctica jurídica no fue una cuestión confusa, ni litigiosa; los aragoneses lo aceptaron con unanimidad. Había que mencionar a los descendientes más próximos y luego disponer como el testador creyese conveniente.

II.

La claridad que aportaba el Derecho Consuetudinario en los términos ya vistos, se empañó a partir del Congreso de Juriconsultos de 1880 en el que la libertad de testar, a pesar de contar con defensores tan ilustres como Joaquín Costa, fue notablemente mermada al establecerse un límite a la disposición de bienes por parte del testador a favor de extraños, y hasta la promulgación del Apéndice se abre un periodo de confusión, pues a la influencia de las Resoluciones de los Juriconsultos vinieron a unirse la de las Instituciones publicadas por Franco y Guillén, y sobre todo la del Código Civil, promulgado en 1889.

Y así, los jueces dictaban sentencias en las que no se tenía en cuenta el Derecho aragonés, constituyendo un ejemplo paradigmático de ello las que concedían suplemento de legítima a aquellos hijos solamente mencionados en la cláusula de legítima foral como si en Aragón existiera la legítima individual o estricta del Derecho Castellano.

En consecuencia, desde finales de siglo XIX y hasta la actual Ley de Sucesiones, se cometió el error, con importantes consecuencias, de intentar compatibilizar dos sistemas legitimarios totalmente opuestos como era el del Código Civil, en el que 1/3 del patrimonio del causante es de libre disposición y el del Derecho Aragonés, en el que como comentábamos existía plena libertad de disposición.

En este panorama, una de las instituciones que más sufrió fue precisamente la preteri-

ción del derecho tradicional aragonés, que pasó de tener un significado meramente formal desligado de toda idea de legítima a tener una relación directa con la misma.

Si bien, aunque comparto el criterio de aquéllos que están a favor de una libertad de testar en Aragón, creo que el error en mi opinión no radica tanto en el cambio del sistema legitimario, que se introdujo a partir del Apéndice por el que se redujo la libertad de testar a 1/3 del patrimonio, a la usanza del Código Civil, sino en la regulación que se hizo del mismo que dio lugar a un gran confusionismo en tema de preterición.

Así, no se entiende que tanto el Proyecto de Apéndice de 2 de marzo de 1925, redactado por la Permanente de la Comisión General de Codificación, —como el propio Apéndice Foral de 7 de diciembre de 1925, no determinen en su respectivo artículo 32— en qué consiste la preterición, limitándose a regular sus efectos.

A mi juicio creo que no se define la preterición porque el legislador es consciente de la dificultad que conlleva la definición de una institución que tiene su sentido en un sistema de libertad de testar y que va a convivir con un sistema en el que aquella está abolida. Es una manifestación de la citada confusión el artículo 30 del Apéndice del que se deduce la necesidad de una atribución patrimonial simbólica a los descendientes inmediatos del causante para cumplir con la antigua legítima formal, ¿Qué sentido tiene una cláusula de estas características en un sistema en el que hay limitación en la libertad de disposición?

Este error se subsanó tanto en el Anteproyecto de la Compilación de 1. 965 como en la propia Compilación cuyo régimen supone un cambio en la orientación de la preterición que resulta ya menos rígido y formalista. Así el artículo 120 de la Compilación determina que para cumplir con la legítima formal y evitar por tanto la preterición, es necesario única y exclusivamente que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar a quienes el testador quiera excluir de su herencia sean nombrados o al menos mencionados en el testamento (*«Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar no favorecidos en vida del causante o que no lo resulten en la sucesión intestada de éste, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos en el testamento que les excluya»*).

Tampoco se entiende que, con un sistema legitimario como el implantado desde el Apéndice en el que parte del patrimonio del causante se distribuye libremente entre los descendientes, el citado cuerpo legal atribuya a la preterición intencional, sea total o singular, efectos como la división de las dos terceras partes en favor de los herederos forzosos, como si el testador hubiera fallecido intestado. División que, igualmente tenía lugar cuando alguno o algunos de los herederos forzosos hubieran sido preteridos o injustamente desheredados, y los demás instituidos por partes iguales. Y en otro caso, el heredero forzoso preterido o injustamente desheredado tendría derecho a una porción equivalente a la del menos favorecido (vid. art. 32 Apéndice).

En la misma línea el artículo 122 de la Compilación determinaba que si la preterición era intencional total se producía la delación abintestato de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquellos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición mortis causa y la de todo el caudal en otro caso, es decir cuando se da la preterición no intencional de todos los legitimarios o cuando al preterir a todos, uno de ellos era intencional. Y en relación a la preterición singular la Compilación no hacía distinción entre la preterición intencional y no intencional y atribuía al preterido una porción en el caudal igual que al menos favorecido (artículo 123 Compilación).

Es lógico que en ordenamientos jurídicos como el del Código Civil se acepte unánimemente la existencia de efectos cuando hay preterición intencional, tanto total como sin-

gular. Pero es que el sistema legitimario del Código Civil es diferente al del Derecho Aragonés pues al existir un derecho individual de legítima o legítima estricta, la preterición, intencional o no, de un legitimario no produce efectos «per se» sino en tanto en cuanto lesiona aquel derecho individual de legítima: el legitimario que es preterido sufre la lesión de su derecho a la legítima individual. Por el contrario en derecho sucesorio aragonés la preterición, tanto intencional como no, no supone en principio lesión de la legítima colectiva, sino el hecho de que el causante se ha olvidado o no ha querido mencionar a uno de los legitimarios preferentes.

Con todo ello quiero decir que, en mi opinión, no tiene sentido, en un sistema de legítima colectiva atribuir efectos a la preterición intencional, singular o total, si no es en relación a la lesión de legítima colectiva. Por lo que creo que es acertada la regulación que en este sentido ha hecho la Ley de Sucesiones al determinar como único efecto de la preterición intencional la atribución al legitimario preterido del derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma (vid. artículo 192 LS).

Incluso podría decirse que no sería necesario exigir la mención de los legitimarios preferentes siempre y cuando juegue la presunción de preterición intencional, si bien creo que es un acierto, por cuestión de seguridad jurídica y en evitación de numerosas impugnaciones en las que se alegue la existencia de preterición no intencional con las importantes consecuencias que ello conlleva (Vid. artículo 193 de la LS), la exigencia por parte del legislador en el artículo 189 de LS de la mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión.

Por el contrario creo que induce a confusión, dado el sentido actual de la preterición, el párrafo 2.º del artículo 189 que determina que «es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante» pues parece volver a esa cláusula de legítima formal propia del régimen legal aragonés anterior al Apéndice en el que se da la libertad absoluta de testar.

En definitiva y resumiendo, creo que es importante el estudio del significado actual de la preterición a efectos de interpretación y posterior aplicación de los preceptos que la regulan en la Ley de Sucesiones. En mi opinión su sentido actual es diferente al que tenía en el derecho tradicional histórico y al que tiene en el Código Civil.

En el derecho tradicional histórico aragonés ya hemos visto de forma somera que la preterición era ajena a la institución de legítima porque ésta no existía y que realizaba la función de acreditar que el causante conocía la existencia de los parientes más cercanos.

En el Código Civil preterición y legítima están indisolublemente unidas de forma que preterición de un legitimario supone lesión de su derecho a la legítima individual (Vid. art. 814 del Código Civil).

Y en la Ley de Sucesiones de Aragón la preterición está en principio y fundamentalmente en función de la lesión de la legítima colectiva, si bien en el caso de que sea no intencional el legislador otorga efectos especiales al considerar que el causante de haber conocido la existencia del legitimario preterido lo hubiera tenido en cuenta en la distribución de la herencia.

Así, y teniendo en cuenta el sentido de la misma, sería coherente interpretar que, en el supuesto de que el causante haya cumplido con la legítima mediante donaciones y haya instituido heredero a un extraño preteriendo no intencionalmente al único legitimario preferente, no sería aplicable el artículo 193, 2 y en consecuencia no se abriría la delación abin-

testato de la herencia, ni el legitimario tendría derecho a una porción del caudal relicto al no haber lesión de legítima colectiva, además de la imposibilidad de atribuir al legitimario preterido, según el artículo 193.1, una porción del caudal relicto igual al que después de la reducción correspondiera al menos favorecido por aquél, cuando no existe otro legitimario que haya recibido una porción del caudal relicto.

LA PRETERICIÓN Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS

Desde otra perspectiva, en relación a la institución de la preterición hay que tener en cuenta que las normas que la regulan: artículos 188 a 193 de la Ley de Sucesiones no son de aplicación en los siguientes supuestos:

1. Institución recíproca de herederos en testamento mancomunado cuando establezcan los testadores los efectos del pacto al más viviente (art. 104 de la LS).
2. Institución recíproca de herederos en pacto sucesorio o pacto al más viviente (arts. 80 y 81 LS).

En efecto, la institución recíproca de herederos que había sido la cláusula habitual de los testamentos mancomunados según acredita la práctica testamentaria histórica, dejó de serlo al identificar la doctrina la citada institución con la institución recíproca de herederos en pacto sucesorio o pacto al más viviente, de forma que el artículo 95 de la Compilación determinaba que: *«se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el pacto al más viviente»*. Lo que supuso la ausencia de la citada cláusula en la mayoría de los testamentos mancomunados ante el temor de que se produjeran efectos no queridos por las partes como eran los efectos del pacto al más viviente recogidos en el artículo 108 en el caso de que le sobrevivieren hijos comunes o no comunes.

En la Ley de Sucesiones la institución recíproca de herederos ha recobrado el sentido que siempre tuvo en derecho aragonés, de forma que según el artículo 104 de la Ley de Sucesiones se puede dar en testamentos mancomunados siempre y cuando se respeten los derechos legitimarios. Si bien cabe la posibilidad de que los testadores establezcan los efectos del pacto al más viviente, en cuyo caso se aplicará el artículo 80-1 y el 81 de la citada Ley.

Pues bien, tanto en el caso en el que los otorgantes de un testamento mancomunado al instituirse recíprocamente herederos establezcan que se aplique los efectos del pacto al más viviente, como en el caso en que esta institución recíproca de herederos sea cláusula de un pacto sucesorio, será de aplicación el artículo 81 de la ley en el supuesto de que haya supervivientes de descendientes.

Supongamos que en el testamento o pacto sucesorio al instituirse recíprocamente herederos no han hecho la mención que requiere el artículo 189 de LS respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, ni éstos han sido favorecidos en vida del causante según artículo 188, 1 de la LS, en cuyo caso se incurre en preterición.

En este caso salvo que las partes no hayan establecido otra cosa, según reza el apartado 1, del artículo 81 de LS, se distingue si a la apertura de la sucesión hay descendientes comunes o no.

a) Si los descendientes lo son del premuerto, será de aplicación el párrafo 2 del artículo 81 y según el mismo, en el caso de que sobrevivan al momento de la apertura de la suce-

sión descendientes del premuerto que no lo sean del supérstite será ineficaz la institución de heredero.

Si la preterición es intencional, no se aplicará el artículo 192 de la Ley de Sucesiones, que otorga al legitimario preterido acción cuando exista lesión de la legítima colectiva, que en este supuesto, y en aplicación del citado artículo, supondría la apertura abintestato de la mitad del caudal relicto. Sino que se regulará por el artículo 81-2 que determina la ineficacia de la institución de heredero, lo que supondrá la apertura de la sucesión abintestato de todo el caudal relicto.

Si la preterición es no intencional, los efectos son los mismos que determina el artículo 193.2: la apertura de la sucesión abintestato de todo el caudal relicto.

b) Cuando sobreviven a la apertura de la sucesión hijos comunes de ambos otorgantes y la preterición es intencional, tampoco se aplicará el artículo 192 —que como he dicho anteriormente sólo concede al preterido acción cuando exista lesión de la legítima colectiva, que al igual que en el caso anterior, supondría la apertura de la sucesión abintestato de la mitad del caudal relicto— sino que se aplicará el artículo 81.2. que atribuye efectos muy distintos al otorgar al sobreviviente el usufructo universal (por otra parte nada novedoso teniendo en cuenta que lo concede la Ley a todo cónyuge viudo) y la facultad de fiducia sobre todo el caudal relicto del premuerto.

Si la preterición es no intencional, según el apartado 2 del artículo 182 los efectos que se producen pueden ser distintos de los que resultarían de la aplicación de la norma general recogida en el artículo 193 de la LS; pues si el cónyuge supérstite repartiera desigualmente o atribuyera a uno solo de los legitimarios el importe de la herencia es obvia la diferencia con la apertura de la sucesión abintestato de todo el caudal relicto que determina el tantas veces citado art. 193 LS.

Con esto finalizo, perdonen la celeridad, el escaso tiempo ha sido el causante de la misma, gracias por su atención.

Intervención de D.ª Ana SORIA MONEVA

LA PRUEBA DE LA PRETERICIÓN

Dada mi condición de abogada en ejercicio, los exponentes consideramos oportuno que mi exposición versara sobre un tema que llevase aparejada su practicidad ante los Tribunales. Dicho tema es el de la PRUEBA DE LA PRETERICIÓN.

Así pues, mi exposición se va a basar en los medios probatorios para demostrar que una persona ha sido preterida.

Para ello se ha de partir de las dos clases de preterición que ya han sido mencionadas y magníficamente expuestas por el Ponente Sr. Rodríguez Boix:

LA PRETERICIÓN INTENCIONAL. Regulada en el ART. 190 L.S.

LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL. Regulada en el ART. 191 L.S.

PRETERICIÓN INTENCIONAL O ERRÓNEA:

Existe cuando *al ordenar la sucesión*, se conocía por el disponente la existencia del legitimario y su condición de tal.

La preterición se presumirá intencional salvo prueba en contrario.

A efectos de prueba se debe analizar que el art. 190 L. S. nos indica dos características:

1. Que el causante o disponente conociera la existencia del legitimario.
2. Que conociese su condición de tal.

Ambas características han de ser entendidas bajo un prisma o condicionante común: *Ello ha de producirse en el momento de ordenar la sucesión.*

La preterición dice la L.S., se presumirá intencional, pero para el caso de que judicialmente se nos opusieran a ese tipo de preterición y el preterido la tuviese que demostrar, es por lo que se me ocurren los medios de prueba que voy a exponer.

De este modo, en caso de que nos encontremos con la situación de ser legitimario y ser conocido por el causante en el momento de la ordenación de la sucesión (testar), debemos probar que ha existido preterición y que ésta ha sido intencional. Con un ejemplo creo que nos centraremos mejor:

Ej.: Un padre ordena su sucesión y existe un hijo natural, lo conoce o aún no teniéndolo reconocido legítimamente, lo ignora en el testamento. La causa de esta ignorancia puede deberse por ej. a la vergüenza, es lo más común. Vergüenza a que se descubra una relación sentimental anterior o coetánea a su matrimonio.

Ese hijo, para probar la preterición intencional, deberá demostrar:

- 1.º Ser hijo (no legítimo) pero hijo del causante.
- 2.º Que el causante conocía de su existencia.
- 3.º Que el causante sabía que era legitimario suyo.

Para encontrar los medios de prueba se debe acudir lógicamente a los Tribunales, a fin de que las medidas por éstos adoptadas obliguen frente a terceros. De nada serviría a un legitimario preterido intencionalmente, probar por su cuenta y riesgo su situación de tal, si como todos conocemos, la obligatoriedad solamente puede imponerla un Juez y la prueba está sometida al arbitrio y apreciación objetiva del Juez. Así pues, deberá el preterido iniciar un procedimiento judicial, tendente a demostrar su situación de tal con el carácter de intencional.

Personalmente todos conocemos qué tipo de pruebas son admitidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el fin de acreditar tus afirmaciones vertidas en el foro judicial. El art. 1214 del Código Civil establece que la carga de la prueba incumbe a quien desea probar y el art. 1215 establece los modos y formas de las pruebas. Del mismo modo, el articulado correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone cuales son los medios de prueba legales.

Bien: Haciendo un análisis de los medios probatorios de los que puede intentar valerse el preterido intencional, se me ocurre que la principal a utilizar sería la PERICIAL y esta con una doble vertiente:

- A) Tendente a la demostración de la existencia de un vínculo de sangre que lo convierte en legitimario. Para ello es de utilizar la prueba del ADN que hoy día se considera ante los tribunales infalible.
- B) Caligráfica, para el caso de que el legitimario conservase algún escrito del fallecido. No olvidemos que estamos probando la preterición intencional. El causante conoce la existencia del legitimario.

Coetáneamente deberá demostrar que el causante conocía su existencia y que conocía que era legitimario suyo. Esta prueba a mi entender es bastante más complicada sobre todo con respecto a su segunda parte.

Analicemos:

1. Demostrar o probar que el causante conocía su existencia, no le resultará excesivamente complicado.

Podrá en este caso valerse de la prueba TESTIFICAL, aportando al procedimiento los testigos necesarios que acrediten que el fallecido era conocedor de su existencia.

Asi mismo la DOCUMENTAL, tanto si es poseedor de documentos que puedan demostrar tal situación. Me viene a la mente la existencia de cartas, fotografías o incluso documentos en vídeo o sonoros, donde pudieran demostrarse la situación o al menos indicios o evidencias de la misma. Igualmente esta prueba sí conoce de documentos que lo indiquen o demuestren pero no se encuentran a su alcance, en cuyo caso solicitará al Juez su obtención para su aportación a los Autos.

2. Demostrar o probar que el causante sabía que es legitimario.

Aquí, bajo mi punto de vista, ya topamos con una situación bastante más complicada.

El testador no tiene porque conocer esta situación.

Sí ha podido comentarlo con el Notario en el momento de testar, pero lo más lógico y si la causa de omitirlo en el testamento ha sido no descubrirlo, no hacerlo público, es que ni tan siquiera se lo haya nombrado al Notario. El ejemplo que estoy siguiendo es el de un hijo, es decir, legitimario preferente. Si nos pusiéramos en la situación de un nieto, tal vez,

es posible que el testador desconozca que es legitimario suyo en cuyo caso, el Notario, de conocer su existencia deberá explicarle tal condición.

Volviendo pues a nuestro ejemplo inicial, nos encontramos con una situación bastante peliaguda, ya que recordemos, es una de las condiciones a demostrar para ser considerado legitimario preterido y por tanto legitimario y tener acceso a todos los derechos que ello conlleva. Yo en este caso tengo dos teorías, de mi propia cosecha:

A) Aplicar en términos amplios y generales el art. 6.1 del Código Civil: La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

B) Acudir a la voluntad real y cierta del testador.

OPCIÓN A):

Con ello favorecemos al legitimario perterido, en el sentido de que el testador aunque ignorara que ese hijo natural no reconocido, no era legitimario, por estar así establecido en la Ley, sí lo es y por tanto adquiere todos sus derechos por su condición de tal, aunque no haya sido nombrado en el testamento. Con ello «ahorramos» la prueba.

OPCIÓN B):

Acudir a indicios, comportamientos, actitudes del testador hacia con ese legitimario preterido. Hoy día esta prueba a mí me da la impresión de que no sería favorable al preterido ya que debemos de partir de la base de que si no se le ha nombrado en el testamento, por algo será y ello ya es una razón de bastante peso.

Pero también puede ocurrir que no se le haya nombrado en el testamento, aunque el causante hubiese tenido relación y contacto con él a lo largo de su vida de forma que pudiera demostrarse la preterición intencional en cuanto a que no se le ha nombrado voluntariamente, pero a sabiendas de su condición de legitimario.

Ej.: El causante ordena su sucesión a la edad de 40 años. Ya conoce la existencia del hijo pero apenas ha mantenido relación con él. Lo omite. Posteriormente comienza a tener contactos más intensos y a conocerlo mejor y su intención es modificar el testamento e incluirlo, pero fallece antes.

Para mí es un claro ejemplo de perterición intencional, que puede ser demostrada con toda claridad, aunque sólo sea por los indicios en el comportamiento del testador antes de su fallecimiento.

Los EFECTOS de la demostración, los establece claramente la L.S. en su art. 192: Reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando ha existido lesión de la misma.

PRETERICIÓN NO INTENCIONAL

Existe cuando el disponente, al ordenar la sucesión desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo.

A efectos de la prueba, deberemos analizar las características que nos marca el art. 191 L.S.

Establece, al igual que el art. 190 una serie de características, que a mi entender son complementarias y excluyentes entre sí:

1. Que el causante desconocía la existencia del legitimario O su condición de tal.
2. Y en particular:
 - a) Por haber nacido después
 - b) Creer el causante que había fallecido.
 - c) O desconocer que era descendiente suyo.

Todo ello con idéntico nexo de unión: *Estas condiciones han de darse en el momento de ordenar la sucesión.*

Debemos analizar las preposiciones que unen a las condiciones:

— Que el causante desconociera su existencia O su condición de tal.

Para la intencional es: que conociera su existencia Y su condición de tal.

Es decir: Para que exista preterición intencional han de darse unas características concretas y complementarias: existencia y conocimiento.

Para que exista preterición no intencional las características son excluyentes: existencia o condición.

Puede pues darse el caso de conocer la existencia pero no la condición de legitimario. No puede darse el caso de desconocer la existencia y sí su condición. Si no existe no hay condición.

A continuación el art. 192 L. S. aclara porqué pueden darse estas circunstancias:

1. Haber nacido después.
2. Creer que había fallecido.
3. Desconocer que era descendiente suyo.

A mi entender todas estas situaciones, son complementarias de la circunstancia principal: **DESCONOCER LA EXISTENCIA O NO CONOCER LA SITUACIÓN DE LEGITIMARIO.**

DESCONOCER LA EXISTENCIA:

1. Por no haber nacido
2. Por creerlo muerto
3. Por desconocer su parentesco.

NO SABER QUE ERA LEGITIMARIO:

Por idénticas causas.

Llegados a este punto he de manifestar que los medios probatorios en este caso me resultan más complicados y que además de ello, debemos incardinar con lo establecido en el art. 10 de la L.S. en cuanto a la capacidad para suceder de las personas físicas:

1. Personas concebidas o nacidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante.

2. En la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión.

3. Salvo prueba en contrario se considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión, al que nazca antes de transcurridos los 300 días siguientes al fallecimiento del causante.

4. Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem, con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión, siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre estas técnicas establece para determinar la filiación.

Llegados a este punto se deben realizar las siguientes puntualizaciones:

1. Tiene capacidad para suceder un no nacido.

2. Tiene capacidad para suceder un no concebido.

Con ello entramos en un «pantanos» terreno a efectos de prueba:

A) No conocer la existencia o su condición de legitimario, **por no haber nacido o desconocer que era descendiente suyo.**

Resulta harto complicada, sobre todo si nos adentramos en el terreno de la evolución de la genética y de las técnicas de reproducción asistida. Por ello creo que el art. 10 L.S. nos da una airosa salida:

— Son capaces para suceder los nacidos o los concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante.

Así pues, un nacido al tiempo de la apertura de la sucesión, si no era conocido por el causante puede demostrarlo claramente, atendiendo a los medios de prueba citados anteriormente: Periciales (ADN) testificales y documentales.

Ahora bien, más problemática resulta si el que ahora pretende probar era *concebido o lo ha sido con posterioridad al fallecimiento.*

• Si *era concebido*, el mismo art. 10.2 nos da la solución: Se le considerará como tal, si nace antes de transcurridos 300 días siguientes al fallecimiento del causante.

Ante esta situación deberá valerse de los medios de prueba, que la acrediten: Periciales (ADN y médicos, matronas y enfermeras que asistieron el embarazo y parto), Testificales (de los mismos profesionales) y Documental (Inscripción en el Registro Civil).

• Si *ha sido concebido post mortem*, con material reproductor del fallecido? En este caso el art. 10.3 de la L. S. nos remite a la legislación sobre reproducción asistida.

Adentrándonos en la Ley 35/88 de 22 de Noviembre que regula las **Técnicas Sobre Reproducción Asistida Humana** y más concretamente en su art. 9, éste señala dos posibilidades:

1. Para que se consideren los efectos legales oportunos, el material reproductor del varón, deberá estar en el útero de la mujer a la fecha de fallecimiento de éste.

2. Sin embargo el marido puede disponer en escritura pública o testamento, que su

material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses posteriores a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Entiendo que la L. S. abre una brecha a favor de la L. R. A. en el sentido de que para la utilización post mortem del material reproductor del fallecido, fija los plazos que ésta última Ley determina, *en el sentido de que considerará concebido igualmente o hijo a efectos de filiación al que haya sido introducido en el útero de la madre, antes de transcurridos los seis meses del fallecimiento del donante del material reproductor, si así lo ha dispuesto el fallecido.*

Se considera concebido y por tanto con derechos sucesorios:

1. Art. 10.2. El que nazca antes de transcurridos 300 días desde el fallecimiento del causante.

2. Art. 10.3. Al material reproductor que se introduzca en el útero de la mujer antes de transcurridos el plazo de seis meses desde el fallecimiento del dueño del material.

La L.R.A. habla en todo caso de marido y mujer.

¿Qué ocurriría si fuese entre hombre casado y mujer distinta a la esposa?

¿Existe en ese caso filiación?

La respuesta se encuentra en el art. 9.3 L.R.A.: «El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad reflejada en el punto anterior...».

Es decir, el varón casado sólo puede disponer de lo establecido en el art. 9. 2 a favor de su esposa. No se considera pues legitimario al que nazca por técnicas de reproducción asistida y de mujer que no sea la esposa del testador.

Sí se considerará legitimario al que nazca por técnicas de reproducción asistida de varón soltero.

B) No conocer la existencia o su condición de legitimario por **creer el causante que estaba fallecido.**

Los efectos de esta situación o circunstancia se encuentran regulados en el art. 193 L.S., que ya han sido definidos.

En este caso la prueba es sencilla, la sola presencia del vivo es la mejor y más convincente.

Hemos de atender igualmente a la situación de desheredación, es decir, cuando teniendo todo el derecho del mundo, se es excluido del testamento.

Puede ser voluntaria: no se nombra, sin ninguna causa aparente. En este caso, si ha existido error en los motivos expresados, éstos se tiene por no puestos, pero si además el legitimario prueba que ese error ha sido determinante para preterirlo o desheredarlo, se producen los efectos de la preterición no intencional: El nacido deberá demostrar su existencia, el vivo la suya y ambos su condición de ser legitimarios.

COLOQUIO

Moderador: D. Antonio COARASA GASÓS

D. Antonio Coarasa Gasós. Moderador

Tras las bellísimas exposiciones de los ponentes y coponentes queda abierto el trámite de coloquio con el ruego únicamente de que aquellas personas que deseen realizar alguna pregunta o una cuestión o plantear algún problema al ponente o coponentes se identifiquen con su nombre y apellidos a los efectos de efectuar la transcripción de las intervenciones. Con esto queda abierto el trámite de coloquio.

Luis Marín. Abogado

Bueno, lo primero felicitar a la ponencia porque ha sido impresionante. Pero tengo tres cuestiones que plantear.

La primera es una pregunta. Tomo el caso práctico que nos ha expuesto el ponente, pero de otra manera: un testamento mancomunado aragonés en el que se menciona expresamente a un heredero legitimario, a un hijo, se atribuye la facultad fiduciaria a uno de los esposos y fallece uno de los esposos; en ese momento, evidentemente, según lo que he entendido, no existe preterición. Bien, el problema viene después, el fiduciario, al ejecutar la fiducia, atribuye toda la herencia a uno solo de los hijos y no menciona a los demás, ¿hay preterición o no hay preterición?

Otra cuestión que creo que es importante, es la caducidad de la acción, la prescripción de la acción. Efectivamente, la acción del preterido es contra un documento notarial, es decir, es una acción de nulidad o de anulabilidad. Si es de nulidad será eterna, si es de anulabilidad serán cuatro años, pues la Ley nos lo prorroga a cinco, no lo entiendo. De acuerdo, el tema es otro, el tema es la colisión de los plazos de caducidad de las acciones con los plazos de otra prescripción: la usucapión.

Es decir, aunque haya cinco años de plazo para ejercitar la acción, los bienes muebles, el dinero, las joyas que haya recibido el heredero, las ha recibido por un título legítimo, y las ha poseído durante más de tres años.

Es decir, que no tendría ningún efecto ese plazo de caducidad de la acción del preterido en el supuesto de los bienes muebles. Si no la ejercita dentro de los tres años se apropia de los bienes muebles, del dinero de las joyas, quizá de lo más importante, el beneficiado en el testamento. Esta es otra cuestión.

Y por último, ya tenía ganas, en un Foro de Derecho aragonés de que al hablar de Derecho aragonés se hablara de Derecho catalán. Estamos en Aragón y estamos en Huesca, y allí, a la derecha, hay una franja limítrofe con Cataluña que habla catalán, pero que son aragoneses y no los podemos olvidar, y me satisfacen muchísimo las referencias al Derecho catalán verificadas por el ponente y dejo aquí, en el aire, la cuestión.

De las fuentes de Derecho en Aragón, admitiremos que primero es la Compilación, después es la costumbre, pero no podemos olvidar, antes de aplicar el Código Civil en la franja, que allí se piensa, a veces, en catalán y se habla catalán, y la interpretación que aquí podamos dar a una cláusula de un testamento, en la franja de Huesca, pensando en catalán, puede ser otra. Simplemente dejo la cuestión encima de la mesa.

Francisco Rodríguez Boix. Ponente

Vamos a ver Luis, en relación con la primera cuestión, en el testamento mancomunado, en el que se menciona a todos los legitimarios de grado preferente y en el que los testadores se nombran, recíprocamente, fiduciarios, con libertad de distribución entre los hijos y descendientes, la mención de todos los legitimarios de grado preferente excluye la preterición, sin perjuicio de que el fiduciario, al ejecutar la fiducia, haga la asignación de los bienes hereditarios en favor de uno solo de tales descendientes.

En el caso de que en el testamento se haya omitido la mención de algún legitimario de primer grado, es cuando hablaba yo de una preterición en potencia que luego podría subsanar el fiduciario al ejecutar la fiducia.

Luego, si en el testamento han sido mencionados todos los legitimarios de primer grado (como suele ser lo habitual, porque normalmente la preterición intencional no se suele producir en los testamentos notariales, salvo que el testador omita la existencia de algún hijo al notario, y sí en los testamentos ológrafos), aunque posteriormente se ejecute la fiducia, habida cuenta la naturaleza de la legítima en Aragón, en favor de uno sólo de tales legitimarios, no habría preterición.

En cuanto a la segunda cuestión, yo no soy experto en temas procesales, pero previsiblemente, en el caso de la usucapión de bienes muebles por el transcurso de tres años y siempre que se den los requisitos, como parece que se dan en este caso, de buena fe y justo título, se podría oponer por vía de excepción esa usucapión ya consumada, ante el ejercicio de la acción de preterición.

En cuanto a la franja y su problemática, yo soy del Norte de África y no me parece oportuno, en este Foro, entrar en ese tipo de temas.

Antonio Coarasa Gasós. Moderador

¿Alguna cuestión más?

José Manuel Enciso. Notario

Hay también una cuestión que has dejado abierta, que enlaza también con lo que ha dicho antes Ana, y que vuelve a plantearse de forma recurrente. Cuando en el año 1985 se modifica la Compilación, fundamentalmente para adecuarla a los preceptos constitucionales, entre ellos el de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación matrimonial o no matrimonial, convirtiendo en legitimarios a todos los descendientes con independencia de su filiación, se planteó la cuestión de práctica profesional de si debía hacerse referencia en las disposiciones testamentarias a los posibles hijos nacidos de uniones no matrimoniales, por si una especie de pudor mal entendido silenciador de los mismos podía acarrear las consecuencias de una preterición, más graves entonces que en su actual regulación en la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón. No olvidemos que era el año 1985 y por tanto han transcurrido ya quince años.

Se suscitó esta cuestión en unas charlas que organizamos en el Colegio Notarial, con asistencia del Profesor Delgado Echeverría, y se planteó lo que tu has planteado ahora: la posibilidad de fórmulas de mención colectiva de legitimarios, fórmulas de mención colectiva que, como sabes, las admite la ley 269 de la Compilación de Navarra. Ahora, y a diferencia del texto anterior de la Compilación de Aragón que distinguía entre nombrar y mencionar, la actual Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón utiliza sólo la expresión

mención del legitimario, menos rígida que la expresión nombrar, y por ello no parece existir inconveniente en plantearse una fórmula similar a la de los testamentos navarros en los que se comienza disponiendo que «... a cada uno de sus citados hijos y a cuantos descendientes u otros parientes pudieran alegar algún derecho sobre su herencia, instituye el testador en la legítima foral navarra... etc.» o una disposición similar. A no ser que se entendiera que este sistema de menciones legitimarias colectivas va unido indefectiblemente y es propio sólo de un sistema de libertad absoluta de testar con legítima puramente formularia, como el vigente en Navarra, y que no es el aragonés.

En principio no parece que deba existir inconveniente para ello y además la cuestión tiene trascendencia para el testador. Cuando se planteó la cuestión en el año 1985, recién convertidos entonces en legitimarios todos los descendientes con independencia de su filiación matrimonial o no matrimonial, la razón para apuntar esa posibilidad de utilizar fórmulas de menciones genéricas de legitimarios era salvaguardar las disposiciones testamentarias de los efectos de una posible preterición ante el pudor que podría producir inquirir del testador si además de los hijos matrimoniales tenía algún otro no matrimonial, lo que podría incluso considerarse entonces por el testador como una falta de delicadeza.

Vuelve a suscitarse ahora la cuestión, con menor gravedad que entonces, pero sigue ahí como cuestión abierta.

Francisco Rodríguez Boix. Ponente

Ya he manifestado mi opinión al respecto, con las debidas reservas. Desde luego, no pienso que el tipo de fórmulas genéricas o abstractas de atribución vayan, necesariamente, unidas a un sistema de legítima puramente formularia como la navarra. El único obstáculo que veo, para su aplicación en Aragón, es el famoso «no es mención suficiente respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos».

Pienso que, posiblemente, se trate, también, de un precepto que no debió trasladarse de la Compilación a la Ley de Sucesiones y es el único obstáculo que podría haber. En cualquier caso, como he dicho, hay que incidir en el hecho de que se ha introducido la posibilidad de que la voluntad del causante, en sede de preterición no intencional singular, pueda modalizar los efectos de dicha preterición, por lo que no habría inconveniente para esa fórmula. Tratándose de preterición no intencional total la cuestión es más dudosa, al no reconocerse esa voluntad contraria del causante.

Pero es que, además, no sólo ya el Código Civil, «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador», sino que, por ejemplo, la Compilación de Baleares, después de conceder al preterido no intencionalmente una acción de anulación del testamento, señala que «no se producirá este efecto y el preterido sólo ostentará derecho a reclamar su legítima... si el testador, respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional».

Es decir, creo que hay, en general, una tendencia a admitir la voluntad del causante en esta cuestión y, por tanto, no veo inconveniente para estas fórmulas abstractas o genéricas de atribución, importantes por el hecho de la equiparación, como tú muy bien has dicho, de filiaciones, equiparación que puede producir mayor número de pretericiones, y por el hecho de que, según el Código Civil, la acción para reclamar la filiación pervive durante toda la vida del hijo, incluso, dicha filiación, puede ser declarada a posteriori del fallecimiento del causante. Piénsese en el caso de que el legitimario de grado preferente haya pre-

muerto al causante, antes de que se otorgara el testamento, en cuyo supuesto ya he dicho que no regiría la sustitución del artículo 188.2, y la sentencia declarando la filiación del nieto se dicte después de fallecido ambos.

En definitiva, se trata de una serie de situaciones tan imprevistas que no veo inconveniente en este tipo de cláusulas genéricas o abstractas. No pienso, en absoluto, que vayan unidas a un sistema de libertad de testar, o de legítima puramente formal como la navarra, como lo prueba la amplitud del Código Civil o de la Compilación de Baleares que he puesto como ejemplos.

Antonio Coarasa Gasós. Moderador

¿Alguna otra intervención?

Alfredo Sánchez-Rubio. Profesor Titular de Derecho Civil

Quería plantear un par de cuestiones de las muchas que suscita una Ley tan joven como la que estamos comentando.

Por una parte, el tema de la prescripción. Parece que lo lógico es que el dies a quo, para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones, se empiece a contar desde que pudieran ser ejercitadas, pero, para ello, la norma expresa del Código Civil, no recuerdo, mil novecientos treinta y tantos, establece que es necesario que no haya disposición especial que otra cosa determine.

Con lo cual, nuestro legislador, al establecer expresamente la norma del cómputo, del inicio del cómputo, a contar desde el fallecimiento del causante, o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad, está condenando al fracaso las posibles acciones a ejercitar por nietos, o descendientes de ulterior grado, que puedan ignorar, en el momento del fallecimiento del causante, su condición de descendientes y, por tanto, de legitimarios, al haber sido determinada su filiación una vez transcurridos cinco años desde dicho fallecimiento. Se trata de una solución que a mí me parece un tanto injusta, pero bueno, «dura lex sed lex». Es la norma. No se si es esa la interpretación general.

La otra cuestión, de índole más general, y que quizá se sale un poco de la cuestión, aunque sí tiene una cierta relación con el tema de la preterición y de la legítima en general. Sobre la base de que para ser legitimario y, por tanto, para poder ser preterido, hay que ser descendiente, he oído al ponente solventar muy genéricamente y muy decididamente el tema de la adopción como algo que no nos plantea duda ninguna, es decir: los hijos y descendientes lo son ciertamente los matrimoniales y los no matrimoniales, esto es constitucional de una manera perfectamente clara. Y lo son, dice también, los adoptivos sin duda ninguna.

Entiendo que, cuando se trata de hijos adoptivos del causante, todos los preceptos nos conducirán a que son legitimarios; el problema se nos va a plantear con adoptados de ulterior grado, es decir, adoptados por hijos del causante o por nietos del causante.

En definitiva, es el viejo problema de si la adopción a estos efectos produce en general y produce en Aragón un «status familiae» además de un «status filii», es decir en la relación padre e hijo o en la relación madre e hijo. En la relación de filiación directa, en principio no existe ningún problema.

Sin embargo, el artículo 19 de la Compilación dice que cuando se habla de hijos o des-

endientes se entienden comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes, no los adoptados por los hijos y sus descendientes, es decir, no va más allá.

Hay sentencias del Tribunal superior de Justicia de Castilla resolviendo en casación; del Tribunal Supremo también, y alguna incluso del Tribunal Constitucional. Aunque últimamente se haya orientado en otro sentido diciendo que no es un mandato constitucional, o sea, que no está en el artículo 14 ni en el 39 de la Constitución, la equiparación de los hijos de sangre con los hijos adoptivos, porque es un vínculo distinto al de un nacimiento que es al que alude directamente el artículo 14 en su dicción y el artículo 39 por el marco de la regulación de la familia.

Además, si recordamos, en el Código Civil el artículo 108, que es el que se puede citar para la equiparación de todas las filiaciones, es coetáneo del viejo artículo 176, que establecía expresamente que la adopción, porque parecía necesario, causaba parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante, precepto éste que, en una rocambolesca derogación, se derogó en julio del propio año 81, se repuso en una Ley destinada a otros fines, pero que reformaba también el Código Civil, en el año 83, rigió desde el 83 al 87 y se silencia absolutamente en el año 87.

Evidentemente, la adopción se regula en el Código Civil, pero claro, si no hacemos distinciones, si decimos «el adoptivo es exactamente igual», pensemos también en sus consecuencias. Por ejemplo, el adoptado por el hijo de mi primo hermano va a excluir a mi cónyuge porque es heredero troncal de abolorio. Si no hacemos distinción ninguna, tenemos una sucesión legal con herederos troncales y con herederos troncales de abolorio que extiende, en los colaterales, muy lejos el grado entre los que son llamados, excluyendo a otras personas mucho más vinculadas, porque claro, si no existen herederos troncales pues entonces se defiende conforme a las normas ordinarias de la sucesión legal.

Si partimos de la base de la absoluta equiparación del adoptado, dados los textos que no son del todo claros ni concluyentes, tendremos que aceptar, también, la adopción y la cláusula «si sine liberis deciserit», si en lugar de tener hijos por naturaleza se tienen por adopción, y tantas y tantas cuestiones extrañas que nos aparezcan sobre todo en un Derecho de raigambre familiar como es el aragonés. No sé cual es la opinión de la ponencia a este respecto.

Francisco Rodríguez Boix. Ponente

En cuanto a la primera cuestión, la interpretación literal del artículo 178 puede originar consecuencias injustas y, por ello, he propuesto una interpretación correctora del mismo, porque entiendo que el 178.1, el plazo de prescripción y el «dies a quo», para el cómputo de dicha prescripción, pueden constituir un semillero de problemas. Se ha hecho una copia del artículo 378 del Código de Sucesiones catalán, que habla de cinco años a contar, en este caso, exclusivamente desde la fecha de fallecimiento del causante, lógicamente, y no desde la delación de la herencia, habida cuenta la ausencia de la fiducia en el Derecho catalán. Pero a lo mejor hubiera sido mejor fijar simplemente un plazo de cinco años y que luego, por aplicación del principio de la «actio nata», contemplado, con carácter general, en el Código Civil, el plazo hubiera empezado a contar desde que la acción, según los distintos casos, pudiera haber sido ejercitada. Sobre todo en cuestiones de preterición y de determinación de filiación, la cual se puede producir con mucha posterioridad al fallecimiento del causante, la rígida aplicación del precepto podrá dar lugar a situaciones injustas. Por eso, he pretendido una interpretación correctora, sin perjuicio de reconocer que la pura aplicación de la doctrina de la «actio nata» puede originar, también, inseguridad jurí-

dica, por prolongar en el tiempo la falta de certeza y de certidumbre de las relaciones jurídicas.

En materia de adopción me pillas un poco fuera de juego. No obstante opino que, dada la diferente redacción entre los artículos 108 del Código Civil y 19 de la Compilación, el segundo no establece, a diferencia del primero, ningún tipo de matización o de salvedad en la equiparación, me inclino a pensar que, en Aragón, el hijo adoptivo del hijo por naturaleza es, también, a efectos legitimarios, descendiente respecto de su abuelo.

Antonio Coarasa Gasós. Moderador

¿Alguna otra cuestión, o pregunta, o problema, o intervención?

Entonces, como al parecer no hay más preguntas ni más intervenciones vamos a dar por terminado este acto, dando gracias en primer lugar a los ponentes y coponentes por tan brillantísima intervención. Igualmente gracias a las instituciones que han promovido este acto en esta ciudad de Huesca y, muy especialmente, a todos los asistentes y también, sobre todo, a los de fuera, que han tenido que soportar climatológicamente esta tarde tan mala.

Por eso, es todo, muchas gracias a todos y se levanta este acto. Nada más y muchas gracias.