

LAS LEGÍTIMAS EN ARAGÓN

PONENTE:

Adolfo Calatayud Sierra

Notario

COLABORADORES:

Ignacio Martínez Lasierra

Abogado

Luis A. Gil Nogueras

Magistrado

MODERADOR:

Francisco Curiel Lorente

Registrador

LAS LEGÍTIMAS EN ARAGÓN

por

Adolfo CALATAYÚD SIERRA (Ponente)

Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA, Luis A. GIL NOGUERAS (Colaboradores)

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta ponencia es doble. Por un lado, examinar algunas de las dudas —que no son pocas— que suscita la regulación aragonesa de la materia en el Título V del Libro II de la Compilación⁽¹⁾, sin pretender su tratamiento exhaustivo, ya que su complejidad⁽²⁾ y lo limitado del tiempo que aquí tenemos nos lo impide. Por el otro, hacer un modesto intento de abrir un debate sobre la posible conveniencia de replantear el tema de las legítimas y discutir la oportunidad de suprimir el sistema legitimario en sí mismo considerado, o, al menos, reducir sustancialmente su importancia. Y ello con la mente puesta en la necesidad, sentida por los foralistas aragoneses, de acometer la segunda fase de reforma de nuestro Derecho Civil, destinada en este caso a modernizar sus instituciones en consonancia con los tiempos que vivimos, al siglo XXI en el que entraremos dentro de nada; y una de las materias acerca de las cuales hay que reflexionar es ésta. Adelanto ya mi opinión favorable a llevar a cabo esta reducción, e incluso supresión, del sistema legitimario, por las razones que en seguida se dirán.

Empezaremos por el contenido propiamente dicho de la legítima, es decir, lo que la Compilación denomina legítima material, dedicando especial atención al derecho de alimentos que se regula. Después trataremos de los mecanismos de protección de legítima, es decir, de las normas sobre la preterición, la desheredación injusta, la reducción de liberalidades inoficiosas, los gravámenes sobre ella y la imputación. Por último, aludiremos a la problemática que plantea la renuncia a la legítima.

(1) En este sentido, resultan imprescindibles los excelentes trabajos publicados por José-Luis Lacruz Berdejo inmediatamente después de aprobada la Compilación, entre los años 1967 y 1969 (*Derecho de Sucesión por causa de muerte. De las legítimas* en el Boletín del colegio de Abogados de Zaragoza, número 26, 1 de Julio de 1967, «*Las legítimas en la Compilación*» en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Marzo-Abril 1968, «*Preterición e injusta desheredación en el Derecho Aragonés vigente*» en el Anuario de Derecho Civil, 1968, y *La defensa de la legítima material en la Compilación Aragonesa* en Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán, Ediciones Universidad de Navarra, 1969). Fue una pena que estos trabajos no tuvieran la continuación que se merecían. Sin olvidar su magnífica labor al frente del Seminario de estudios encargado de preparar los trabajos de redacción de la Compilación de 1967.

(2) Complejidad a todas luces excesiva, sujeta a un casuismo enorme, como lo demuestra la profundización hecha por el profesor Lacruz Berdejo en los trabajos citados. Aunque fuera sólo por ello, sería conveniente una reforma de la Compilación.

LA LEGÍTIMA MATERIAL

Los artículos de la Compilación aplicables en este punto son el 119 y el 121.

«Legítima material colectiva»

Artículo 119.— Dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código civil, deben recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. Esta legítima colectiva puede distribuirla el causante igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo, con las modalidades establecidas en este capítulo».

«Derecho de alimentos»

Artículo 121.— Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores del causante en proporción a los bienes recibidos».

Resumiendo:

1. El contenido total de la legítima es de dos terceras partes del caudal. Es decir, habiendo legitimarios, sólo el tercio restante es de libre disposición.
2. Los legitimarios son los descendientes, sólo ellos, pero todos ellos, de modo que aquí se comprenden incluso los de ulterior grado viviendo los de grado intermedio, es decir, a los nietos viviendo su padre⁽³⁾.
3. Entre los legitimarios la legítima puede distribuirse libremente. Éste es el rasgo más característico de la legítima aragonesa.
4. Como contrapeso de esta libertad de distribución, los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar pueden reclamar alimentos si como consecuencia de la distribución hereditaria quedan en situación legal de pedirlos.

Por lo demás, la mejor doctrina entiende que la legítima aragonesa es una parte alícuota (una «pars bonorum») del activo hereditario resultante después de deducidas las deudas y cargas y añadidas las donaciones computables, por lo que debe ser pagada en bienes hereditarios⁽⁴⁾, sin perjuicio de la posibilidad de ser recibida por cualquier título gratuito, entre vivos o por causa de muerte⁽⁵⁾.

Dicho esto, veamos la opinión que nos merece este sistema.

(3) También son legitimarios los hijos adoptivos y sus descendientes, conforme al art. 19 de la Compilación.

(4) La obligación de pagar la legítima en cuerpos hereditarios y la acción para exigirlo se deducen del art. 119 de la Compilación, y no del art. 124, regulador de los gravámenes sobre la legítima (y aunque ambos supuestos se refieren a la intangibilidad cualitativa de la legítima).

Como explica Lacruz Berdejo (en *La defensa de la legítima ... cit.*, págs. 290-291), en virtud de esta acción, cualquier legitimario (no sólo el designado heredero o donatario universal, como dice el art. 124) al que se le asignen bienes no relictos podría pedir su parte en la herencia del ascendiente en cuanto el importe de los bienes asignados a extraños exceda de la parte libre y por el mismo título por el que los asignó el causante al sucesor no legitimario que ha de satisfacerle el gravamen.

En el caso de que sean varios los legitimarios a los que se atribuyen bienes extrahereditarios y no alcancen los bienes hereditarios recibidos por el conjunto de ellos a cubrir la legítima colectiva, surge la duda de hasta dónde llega la acción de cada uno de dichos legitimarios. Me parece que en primer término habrá que respetar lo dispuesto por el testador, que puede haber querido imputar todo o parte de lo recibido por un legitimario determinado al tercio de libre disposición, con lo cual sólo los demás podrían ejercitar la acción ex art. 119; si nada hubiera dispuesto, creo que el derecho a reclamar bienes hereditarios deberá entenderse proporcionalmente a la parte dejada en el testamento a cada legitimario, probablemente con independencia del título de atribución (universal o singular), ya que todos son hábiles para pagar la legítima.

(5) En el Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Juristas Aragoneses, había un último párrafo del que hoy es el art. 120 de la Compilación, que disponía que *habiendo legitimarios, la institución de heredero en favor de un extraño se presumirá legado*, que, a la contra, implicaba que en concurrencia con terceros se presumía que las atribuciones a los legitimarios se hacían a título de heredero. Esta norma no pasó a la redacción definitiva, por lo que queda todavía más claro, en contra de la opinión de algunos de los juristas que formaban dicha Comisión, que no es preciso que al menos uno de los legitimarios sea instituido heredero.

Juicio crítico

Se hace preciso para el análisis de esta cuestión hacer unas consideraciones generales sobre el FUNDAMENTO DE LOS SISTEMAS LEGITIMARIOS, es decir, de las restricciones a la libertad de disponer por causa de muerte, que es uno de los problemas claves del Derecho Sucesorio⁽⁶⁾.

Como punto de partida, creo oportuno hacer una reflexión –por lo demás obvia– sobre los cambios sociales habidos en las últimas décadas en el mundo occidental y también en Aragón. En efecto, se ha pasado de una sociedad casi exclusivamente agraria y estática a otra post-industrial, urbana y dinámica, de unos vínculos familiares amplios a una familia nuclear; de un patrimonio eminentemente familiar, recibido de la familia y que era preciso conservar por ser la fuente del sustento familiar, a un patrimonio individual, ganado por el trabajo del individuo, y cuya estructura normalmente varía, etc. Todo ello lógicamente debe incidir en las instituciones jurídicas y muy especialmente en ésta.

Pues bien, aunque son muchos los posibles fundamentos que se han defendido para los sistemas legitimarios, a mi juicio, los más significativos son los tres siguientes: (a) la injuria o lesión que se producirían respecto de las esperanzas de los parientes más próximos de percibir algo de la herencia en el supuesto de no disponerlo así el causante, bajo la presuposición de que la generalidad de los hombres dejan al menos una parte de su caudal relicto a los parientes más próximos guardando cierta prelación entre sí, (b) la consideración familiar del patrimonio, lo que obligaría a que los bienes hicieran tránsito a la siguiente generación, y (c) el deber familiar de asistencia mutua que la sangre y el afecto imponen entre los parientes, sobre todo los más próximos.

Examinemos estos tres argumentos, referidos a la legítima de los descendientes, que es la que tiene mayor defensa y además la única existente en Aragón:

a. Por lo que hace referencia a la frustración de la esperanza de heredar, no creo que se le deba dar virtualidad suficiente para limitar la libertad del individuo de hacer lo que estime oportuno con lo que ha adquirido lícitamente con su esfuerzo, al menos en los tiempos en que vivimos, en que la libertad es considerada como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Constitución Española).

b. Respecto al supuesto carácter familiar del patrimonio, aunque desde luego no tiene base jurídica actualmente, reconozco que hay una cierta idea en la conciencia colectiva de que cuando una persona ha recibido un patrimonio de la generación que le antecede tiene al menos una cierta obligación moral de transmitirlo a la siguiente. Ahora bien, a mi juicio, a lo más que podría llevarnos este fundamento sería a establecer una legítima limitada a los bienes de procedencia familiar, es decir, a los troncales, idea, por cierto, que se enlaza muy bien con el Derecho Aragones⁽⁷⁾.

(6) Es éste un tema que ya fue muy debatido en la segunda mitad del siglo pasado, con motivo de la codificación española, donde se enfrentaban la mayoría de los Derechos Forales, en los que existía gran libertad de testar, y el Derecho común, todo ello con el marco de fondo de la posible unificación del Derecho Civil español. Especial valor tiene en lo que a nosotros se refiere la labor de Joaquín Costa, verdadero campeón en la defensa de los derechos forales y del aragonés en particular, y de la absoluta libertad de testar (ver *Una conferencia sobre la libertad de testar y las legítimas*, pronunciada en la Academia de Legislación y Jurisprudencia el 22 de Abril de 1881, y publicada en *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, 1883, págs. 500-531). Un interesantísimo resumen de las discusiones y argumentos de la época sobre la cuestión de la libertad de testar puede verse la obra de Sánchez Román *Estudios de Derecho Civil*, VI-II (2ª edición, Madrid, 1910), págs. 719 y ss. Más recientemente, puede acudir a la exposición de las doctrinas y argumentos y contraargumentos recogidos por Vallet de Goytisolo (en *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, Tomo I *Las Legítimas*, 1974; también en el Anuario de Derecho Civil, 1966, págs. 3 a 44).

(7) Joaquín Costa (*Una conferencia ... cit.*, págs. 512-530) bifurca este argumento en dos, el del fideicomiso tácito y el de la copropiedad de la familia.

El primero, lo enuncia en los siguientes términos: el padre, o ha heredado de sus mayores los bienes que posee o los ha adquirido de propia industria; en el primer caso, sus mayores no se los han transmitido a él para él solo, sino para los descendientes que de él tuvieran; en cuando a los bienes adquiridos de su trabajo, como el padre no es producto de una

c. En cuanto al deber de asistencia, creo que debe canalizarse por una vía diferente de la legitimaria, la de los alimentos. En efecto, lo que realmente es una exigencia moral ineludible es que se dé al hijo que carezca de medios el sustento y asistencia esencial que necesita para vivir y que se le proporcione la adecuada instrucción, ya que lo más seguro es que tenga que vivir de su actividad laboral o profesional, pero no que se le atribuyan forzosamente derechos hereditarios⁽⁶⁾. Es decir, de lo que a mi juicio se trata es de que el hijo tenga aun fallecido su padre los mismos derechos de percibir alimentos de él que habría tenido si siguiera viviendo, pero a cargo de la herencia. Esta idea del derecho de alimentos como derecho derivado de la herencia de los padres para los hijos tampoco es ajena al Derecho Aragonés, que, como hemos visto, la prevé para aquellos que como consecuencia de la distribución de la herencia queden en situación de pedirlos.

Además, pienso que estas ideas son compartidas por la mayor parte de las personas que hoy en día quieren hacer testamento. En efecto, pensemos en aquellas personas cuyo único patrimonio se lo han ganado con su esfuerzo y que no han escatimado apoyo personal ni económico (con éxito o sin él) por dar a sus hijos unos estudios que les permitan ganarse bien la vida; estas personas no pueden entender que, por ejemplo, no puedan designar heredero universal a su cónyuge, idea con la que acuden a la Notaría con la irreprochable intención de que en los años de viudez éste pueda vivir con los menores agobios y estrecheces posibles. Sé que se me puede contestar diciendo que esta libertad de testar también podría utilizarse torcidamente, y en seguida se piensa en el viudo, separado o divorciado seducido por una joven –o no tan joven– privando de la herencia a los hijos en beneficio de ella. Evidentemente la libertad tiene riesgos, pero aquí de lo que se trata es de que la dignidad humana impone que sólo puedan establecerse las limitaciones a aquélla que tengan verdadero fundamento. Además, la libertad de testar tiene otra importante ventaja: los hijos, en muchos casos tan poco atentos con sus padres mayores hoy en día, tendrían que esforzarse por ganarse la herencia; es una pena comprobar el desamparo en el que viven muchas personas mayores con hijos que bien podrían atenderlos mejor; y si quien se gana la herencia es la jovencita –o madurita– quizá no esté tan mal.

Pues bien, estas consideraciones me parece que son perfectamente trasladables al DERECHO ARAGONÉS. Hay que reconocer que éste, en relación con otros de los Derechos existentes en España, parte de un amplio grado de libertad de testar, ya que sólo los descendientes son legitimarios y además entre ellos puede distribuirse la herencia libremente. No obstante, creo que esta libertad hoy es insuficiente, y que una legítima establecida con carácter general en los dos tercios del caudal hereditario resulta excesiva en los tiempos en que vivimos, por todas las razones examinadas. No debe ser argumento suficiente para mantener el sistema vigente la lealtad a nuestro acervo normativo e histórico, del que no

generación espontánea, como la familia ha hecho de él todo lo que es, como aquellos bienes no habría podido adquirirlos sin la inteligencia, la educación y el ejemplo de sus ascendientes, viene a resultar que en realidad son fruto del trabajo secreto e invisible de las generaciones pasadas. Costa combate este argumento diciendo, entre otras cosas, que la consecuencia de semejante teoría sería la vinculación de los bienes a perpetuidad.

Por lo que se refiere al argumento de la copropiedad de la familia, lo describe así: el padre no trabaja ni adquiere aisladamente como individuo sino que trabaja en medio de la familia y adquiere como miembro de ella, con el concurso y la cooperación de todos sus hijos. Lo que Costa critica diciendo que el padre no trabaja solamente en medio de la familia sino en medio de sus deudos, amigos, convecinos, etc., por lo que este argumento llevaría a la copropiedad de la humanidad entera.

(6) En este mismo sentido, Joaquín Costa (en *Una conferencia ...* cit.) dice: *¿El deber de alimentar a los hijos trae como consecuencia necesaria las legítimas? Para creerlo así ha sido menester confundir dos cosas que son radicalmente distintas, dos instituciones irreductibles entre sí: una cosa son los deberes de la paternidad y otra cosa distinta la legítima. Y cuando se juntan en una misma persona la cualidad de padre y la de propietario, como estas dos cualidades no son incompatibles, no es lícito desconocer y vulnerar los derechos que como tal propietario le corresponden, a pretexto de las obligaciones paternas, que ciertamente no se extinguen con la muerte.*

tenemos que sentirnos esclavos, y en el que además, existen importantes tendencias favorables a la plena libertad de testar⁽⁹⁾ y elementos que facilitan la aplicación de estas ideas.

Una propuesta de reforma

Concretamente, la propuesta que formulo se basa en dos ejes:

1. SUPRESIÓN DE LA LEGÍTIMA MATERIAL. En suma, se trataría, ni más ni menos, de profundizar en el principio de libertad civil, tan arraigado en la tradición jurídica aragonesa, y que parte de una idea básica: sólo hay que introducir a la libertad del individuo aquellas restricciones que estén plenamente justificadas, aquellas que demanden ineludiblemente las necesidades sociales⁽¹⁰⁾.

Como mucho, podría pensarse en su mantenimiento para los bienes troncales, sobre la base de lo dicho antes, de ese carácter más o menos familiar del patrimonio formado por dichos bienes. Personalmente, no estoy convencido de que la pervivencia de esta legítima troncal fuera conveniente, ya que podría complicar el sistema y ser un factor conflictivo. En cualquier caso, si se decidiera hacerlo así, sería preciso estudiar detenidamente la forma en que tendría que regularse, y a estos efectos, me parece que podrían ser válidas las siguientes ideas:

(9) No hay lugar aquí para hacer un recorrido histórico de lo que se conoce del régimen de legítimas aragonesas. Pero sí que merece la pena referirnos a los hitos más importantes. Y así, hay que empezar diciendo que dentro de los ordenamientos consuetudinarios comarcales existentes entre los siglos IX y XII, los estudiosos (ver *Los Fueros de Aragón*, Jesús Lalinde Abadía, 1976) distinguen tres direcciones: la burguesa, la militar y la concejil; pues bien, en la primera de ellas, representada fundamentalmente por el Fuero de Jaca, se instaura la más absoluta libertad de testar, a diferencia de las otras dos y particularmente la tercera, cuyo principal prototipo lo constituye el Fuero de Daroca, en el que se impone la distribución igualitaria de la herencia entre los hijos con unas pocas excepciones para disponer en favor del alma.

Esta última tendencia es la que triunfa en la Compilación de Huesca, referida fundamentalmente a los bienes inmuebles, si bien se admite la posibilidad de mejorar a algún hijo en un inmueble pero siempre que quede a los demás hijos otra heredad u otros campos en que partan, e incluso los estudiosos destacan que había una tendencia a permitir disponer libremente, al menos entre los hijos, de los inmuebles adquiridos por el causante de procedencia no familiar. Cuando se introduce expresamente el principio de libre distribución de la herencia entre los hijos, es un poco después, primero para la nobleza por el fuero de *testamentis nobilium* aprobado a solicitud de ésta por Jaime II en Cortes de Alagón en 1307 (*Pueden los caballeros, Nobles, Varones, y Mesnaderos, e Hidalgos arriba, dexar Mayorazgo al uno de sus hijos y a los otros lo que quisieren*), parece que con la pretensión de robustecer la nobleza aragonesa frente al poder real; y se generaliza para todos los ciudadanos del Reino de Aragón por el Fuero de *testamentis civium et aliorum hominum aragonum* aprobado en las Cortes de Daroca de 1311, a petición de los procuradores de las ciudades y villas, (*Como pueden los Hidalgos y los Caballeros, &c., como se dize arriba en el precedente, dexar los bienes, lo puedan los demas, exceptadas los de Teruel y Albarrazin que tiene ellos otros fueros*).

Pero, aun a pesar de esta normativa, numerosos fueristas clásicos, entre los que está el propio Miguel del Molino (y también, con posterioridad a él, Portolés, Lissa, Asso y de Manuel y La Ripa), entendieron que al padre podía dejar toda la herencia a un extraño aun teniendo hijos. Sólo en el siglo XIX la doctrina se mostró claramente en contra a que se pudiera instituir a un extraño habiendo hijos. Y aun en ese siglo, hubo importantes partidarios de la plena libertad de testar, tesis que, según relata Joaquín Costa (*La libertad civil* ... cit., págs. 502 a 504) fue derrotada en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 por el escaso margen de 25 votos contra 22. La conclusión aprobada definitivamente en dicho Congreso (Capítulo IV, Sucesiones, Tema I, 3ª) fue la siguiente: *No obstante lo dispuesto en el fuero de «testamentis civium» de 1311, el testador que tuviere hijos legítimos podrá disponer en favor de extraños de una porción de bienes equivalente a la que señale al hijo menos favorecido, cuando el número de éstos no baje de tres, de la mitad de aquella porción, cuando fueren dos los hijos; y de una quinta parte de la misma, cuando dejare uno solo, sin que pueda imponerse gravamen alguno, en favor de extraños, sobre los bienes correspondientes a los hijos* (como relata Joaquín Costa en *La libertad civil* ... cit., págs. 85 y 86).

(10) Creo de justicia advertir que esta propuesta no ha sido íntegramente compartida por los componentes, el Magistrado Don Luis Gil Nogueras y el Abogado Don Ignacio Martínez Laserra, que si bien no la han rechazado totalmente, han manifestado sus reservas respecto de una supresión de las legítimas, por entender que el Derecho Aragonés tiene suficientes mecanismos de protección del cónyuge viudo (participación en el patrimonio común, derecho de viudedad, posibilidad de disponer libremente de un tercio de la herencia, fiducia), que el sistema vigente está bien asumido por la sociedad y ha generado muy poca litigiosidad y que una reforma de esa envergadura impondría una reconsideración total de buena parte del Derecho Aragonés ya que la regulación de la legítima no es sino una parte del mecanismo que tiende a asegurar la continuidad de la casa aragonesa.

a. Habría que estudiar cuál es el concepto de bienes troncales más adecuado⁽¹¹⁾.

b. Habría que mantener tanto el principio de que los únicos legitimarios son los descendientes como el de libertad de distribución entre ellos.

c. Habría que estudiar la extensión de esta legítima, que creo no debería comprender la totalidad de los bienes troncales sino sólo una porción, probablemente serían adecuados los dos tercios.

d. Los legitimarios a lo que tendrían derecho sería a reclamar el valor de la legítima y no los bienes troncales en sí mismos; es decir, se configuraría como un derecho de crédito, sin gravar con eficacia real los bienes hereditarios; es cierto, que con ello se rompe con uno de los principales fundamentos de la troncalidad, el afecto que los parientes puedan sentir hacia determinados y concretos bienes pertenecientes, más o menos de antiguo, a su familia; pero creo que también puede basarse la troncalidad en la idea que antes mencionamos de la conciencia social acerca de la existencia de un cierto deber por parte de quien ha recibido bienes de las generaciones anteriores de transmitir a sus descendientes lo recibido y en mi opinión no es imprescindible para cumplir con esta finalidad que lo que se les transmite sean exactamente los mismos bienes que se recibieron, bastando con su valor. Este sistema me parece el más adecuado para la seguridad jurídica y para no entorpecer el tráfico de los bienes⁽¹²⁾.

e. También habría que regular la vidriosa cuestión del juego del principio de subrogación real en los bienes troncales para evitar que por el procedimiento de enajenar los bienes recibidos se eludiera la legítima.

f. El valor de lo recibido a título gratuito por los descendientes del causante, tanto entre vivos como por causa de muerte, sería imputable a esos derechos legitimarios, salvo que el propio testador hubiera señalado otra cosa; de modo que bastaría con que alguno de los descendientes hubiera recibido la totalidad de la legítima colectiva para que ya ninguno pudiera reclamar nada.

2. MANTENIMIENTO DEL DERECHO DE ALIMENTOS a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante sin mediación de persona capaz de heredar. Los alimentos serían el verdadero cuerpo de los derechos de los descendientes, de ahí, la necesidad de que su regulación fuera clara y precisa.

Por último, decir que no me parece que una reforma basada en las ideas señaladas excediera de las competencias que Aragón tiene en orden a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés» (art. 35.1.4º del Estatuto de Autonomía), ya que si tal vez podría discutirse —no prejuzgo si realmente es así— acerca de si existe competencia para legislar sobre una materia acerca de la cual hasta ese momento no ha habido una normativa aragonesa, es indudable que las facultades de «modificación y desarrollo» incluyen la de actualizar las instituciones propias de nuestro Derecho Civil y adaptarlas a los tiempos que vivimos, por importante que pueda parecer la reforma; ni siquiera pienso que podría

(11) No es éste el momento para referirnos a la complicada materia del concepto de bien troncal. Decir sólo que para la sucesión intestada el primer párrafo del art. 132 da un concepto caracterizado por tres rasgos: se trata de bienes procedentes de los padres, otros ascendientes y colaterales hasta el sexto grado del causante; da igual su naturaleza (muebles, inmuebles, derechos reales o de crédito); y da igual el título de adquisición, oneroso o gratuito. Sobre ello, comentar sólo que si el título de adquisición ha sido oneroso resultaría quizás excesivo incluir los bienes en la legítima, si bien también es verdad que ello tendría la ventaja de evitar fraudes, transmisiones gratuitas encubiertas como onerosas, muy frecuentes todavía, por cierto, en las zonas rurales.

(12) En contra de esta idea se ha manifestado el coponente Magistrado Don Luis Gil Noguera, que insiste en que un sistema como el expresado quebraría la idea de troncalidad, que no sólo tiene base en la necesidad de traspasar a los descendientes lo que antes fue de nuestros ascendientes, sino el valor de afectión que estos bienes conllevan, valor que así sería obviado.

tacharse de excesiva una regulación del derecho de alimentos, ya que aunque Aragón no tiene una normativa específica sobre esta cuestión, la finalidad pretendida y la insuficiencia del Código Civil en este punto para desarrollar la regulación sobre el sistema legitimario aragonés deben ser razones más que suficientes para defender esta competencia⁽¹³⁾.

El derecho de alimentos

Creo conveniente unas referencias específicas a esta materia, que lo cierto es que no ha merecido hasta ahora demasiada atención por parte de la doctrina y está necesitada de un estudio en profundidad. No es mi intención acometer tal estudio ahora, pero al menos voy a referirme a las cuestiones que me parecen más importantes.

Hemos de empezar diciendo que la ausencia de una normativa específica aragonesa sobre el derecho de alimentos del art. 121 de la Compilación lleva en principio a la conclusión de que deben aplicársele los arts. 142 y siguientes del Código Civil⁽¹⁴⁾, y si bien ello así tiene que ser hoy por hoy, también es cierto que aquéllos no han sido pensados para la situación regulada en la Compilación, lo cual produce insuficiencias, que deben llenarse acudiendo fundamentalmente a la finalidad perseguida por ésta. En cualquier caso, creo que sería conveniente que en una futura reforma de la Compilación se regulara esta materia específicamente o al menos se establecieran varias especialidades respecto de la normativa general.

En cuanto a la NATURALEZA de este derecho de alimentos no es exactamente la misma que la del derecho general a recibir alimentos, ya que mientras éste se funda en los deberes que surgen del parentesco y del matrimonio, la obligación de prestar los alimentos derivados del art. 121 de la Compilación se deriva del hecho de haber sido beneficiario de una herencia y de las obligaciones de igual clase que tenía el causante respecto de sus descendientes. Son consecuencias de ello las siguientes:

1. El obligado a prestar alimentos lo hace actuando de algún modo por cuenta del causante; es decir, debe partirse de que estamos ante una obligación de prestar alimentos entre ascendiente y descendiente, aunque en realidad uno y otro no tuvieran ese carácter. Es decir, a estos efectos debe partirse de que es como si el alimentante fuera el causante.

2. La gradación de los alimentos debe partir del caudal heredado, no extendiéndose al resto de los bienes del obligado.

3. Este derecho de alimentos puede coincidir con otro que exista entre los mismos sujetos pero basado en las reglas generales del Código Civil, lo cual planteará problemas de armonización de uno y otro.

Los ALIMENTISTAS, las personas que pueden tener derecho a los alimentos, son las que reúnen tres requisitos:

(13) El coponente Don Luis Gil Noguera insiste en estas mismas ideas, trayendo a colación la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 88/93 sobre constitucionalidad de la ley de reforma de la Compilación de Derecho Civil de Aragón sobre equiparación de los hijos adoptivos, cuyo tercer fundamento jurídico configura el concepto de desarrollo de los Derechos forales, diciendo que la noción constitucional de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de modificación. El desarrollo de los Derechos Civiles Forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rigidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su Ordenamiento. Cabe que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho Civil especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o imprecación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho Foral, indicando la Sentencia que ello no supone una competencia legislativa ilimitada. Este es el criterio mayoritario del Tribunal, ya que hay votos reservados que aún iban más lejos en la interpretación del término desarrollo.

(14) Así, García Amigo, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» de Edersa, Tomo XXXIV, Vol. 2º, pág. 26.

1. Que sean «descendientes sin mediación de persona capaz de heredar». Es decir, los de ulterior grado (nietos) sólo tienen este derecho en defecto de los de grado intermedio (hijos).

2. Que queden en situación legal de pedir alimentos. Es éste un dato esencial, del que resulta que para que este derecho surja es preciso que exista una situación de necesidad, no bastando con una desproporción entre el patrimonio personal del descendiente y el caudal hereditario. Concretamente, existirá esta situación cuando el descendiente no pueda atender las necesidades que este derecho está destinado a cubrir, sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción. Cuando estemos en este caso será una cuestión difícil, que si surge discrepancia entre las partes deberán resolver los órganos judiciales caso por caso, teniendo amplio juego el arbitrio judicial, si bien este arbitrio debe acomodarse a los criterios que la ley establece y a una racionalidad. Y, a mi juicio, en esta apreciación deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

a. Para determinar las necesidades del alimentista puede tenerse de algún modo en cuenta su posición social, lo cual llevaría a que si en la herencia hay medios suficientes no pueda negarse al hijo del causante la ayuda precisa para el estudio de una carrera universitaria o completar su formación en otra vocación⁽¹⁵⁾. Sin embargo, de esta afirmación no deben extraerse consecuencias precipitadas, y el hecho de que la herencia sea voluminosa no puede llevar a pensar que el descendiente pueda exigir, por ejemplo, vestidos o vivienda de calidad superior a la suficiente para sus necesidades, asistencia médica privada, colegios privados si pueden acudir a los públicos, educación en una universidad extranjera, etc.

b. La situación de necesidad no debe ser imputable al propio alimentista en la forma que se deduce del 152 del Código Civil, al que luego nos referiremos.

c. Para juzgar la situación de necesidad deben tenerse en cuenta no sólo los frutos y rentas que obtenga el descendiente, sino también su patrimonio mismo. Es decir, si el alimentista tiene bienes que puede vender para satisfacer sus necesidades o utilizarlos como garantía para tomar a crédito lo suficiente, no podrá pedir alimentos.

d. Respecto de los alimentos generales, se suele insistir en su carácter estrictamente individual, lo que impone que la necesidad que se tenga en cuenta sea la del alimentista mismo y no la de las personas que voluntaria o legalmente tenga a su cargo⁽¹⁶⁾. Me parece matizable esta afirmación, y más cuando del derecho de alimentos del art. 121 de la Compilación se trata. En efecto, no me parece posible separar las necesidades del hijo del causante de la de su cónyuge con el que conviva y sus hijos menores e incluso mayores que con él convivan salvo que sigan en el hogar familiar por causa a ellos imputable, si bien respecto de ellos el contenido de los alimentos creo que deberá ser más reducido, no extendiéndose, por ejemplo, a los estudios universitarios que antes mencionábamos.

3. Que esa situación de pedir alimentos sea consecuencia de la distribución de los bienes hereditarios. En torno a este requisito, cabe hacer tres consideraciones:

a. Para que el derecho surja es preciso que la distribución se haya hecho desigualmente. Y nos referimos a la distribución hereditaria propiamente dicha, no entrando, en consecuencia, los bienes recibidos en donación entre vivos⁽¹⁷⁾. Ello puede llevar a que los descen-

(15) Así, Lacruz Berdejo para el régimen del Código Civil, que cita la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1970 (*Elementos de Derecho Civil*, IV, Derecho de Familia, 1982, pág. 87).

(16) Así, Lacruz Berdejo (*Elementos ... cit.*, pág. 85), afirmando que esas personas, o tienen derecho de alimentos frente al mismo obligado, y entonces deben ejercerlo individualmente y con el rango que le corresponde, o no lo tienen, y entonces no podrían grauar, a través del alimentista, el patrimonio de un tercero.

(17) No obstante, Lacruz Berdejo (*Las legítimas ... cit.*, págs. 527 y 528) cree que el alimentista tiene, para la defensa de su derecho a los alimentos, las mismas oportunidades que los titulares individuales de la legítima global para defender ésta, al ser idénticas las posibilidades de fraude del causante y tan respetables los motivos que impulsan al legislador a establecer la legítima global como los de este derecho, si no más estos últimos, y en consecuencia considera que si las donaciones fueron en favor de extraños y los titulares concretos de la legítima global no intentan reducirlas, podría hacer-

dientes pierdan este derecho o lo vean considerablemente reducido cuando el patrimonio del causante se hubiera transmitido entre vivos por vía de donación, incluso poco antes de su fallecimiento. A mi juicio, aquí debería tenerse en cuenta no sólo la distribución realizada por actos por causa de muerte sino también la llevada a cabo por actos entre vivos. En cualquier caso, si la donación se ha hecho en fraude de los derechos de los descendientes, cabría entender que el donatario responde de los alimentos en función de lo recibido, por aplicación, aunque sea análoga, del art. 643 del Código Civil⁽¹⁸⁾.

b. Probablemente, no puede hablarse de distribución de la herencia propiamente dicha mientras esté vigente el derecho de usufructo viudal, ya que entonces los beneficiarios de la herencia, si bien son nudo propietarios, no pueden disfrutar los bienes y por ello no parece razonable que se les pueda reclamar los alimentos. Por esta razón, el art. 84-4^a de la Compilación dispone que *la obligación de alimentos, con las condiciones y el alcance con que las regula el Código Civil se extiende para el viudo usufructuario a los descendientes no comunes del cónyuge premuerto*. Es decir, que quien tiene obligación de prestar los alimentos en ese período es el usufructuario, además de las demás personas obligadas por el régimen general de alimentos del Código Civil. Es al extinguirse este derecho e incluso al producirse la transformación del mismo por la cusa regulada en el art. 87 cuando entra en juego el derecho de alimentos del art. 121. Más dudoso es el supuesto del art. 73 de la Compilación, es decir, el supuesto en que por tener el premuerto descendencia conocida anterior al matrimonio, el derecho de viudedad de su cónyuge se limite a la mitad del caudal hereditario; el hecho de que el art. 84-4^a imponga al cónyuge usufructuario la obligación de prestar alimentos incluso a los hijos no comunes del cónyuge premuerto es un argumento para defender que tampoco en ese caso surge todavía el derecho de alimentos regulado en el art. 121; pero tal vez podría defenderse que si el cónyuge usufructuario no puede hacer frente al pago de todos los alimentos, los alimentistas podrían dirigirse contra los que resulten obligados en función del art. 121 y hasta donde éstos hayan recibido en concepto de libre del usufructo viudal.

c. Es muy dudoso si para que pueda surgir el derecho de alimentos es preciso que la necesidad exista en el mismo momento de la distribución de la herencia. Por un lado tenemos que este derecho tiene su origen en la distribución desigual de la herencia, de donde podría inferirse que será el momento de llevar a cabo aquélla cuando se podrá determinar si existe, de modo que la necesidad surgida con posterioridad no puede decirse que tenga su causa en dicha distribución, y sin perjuicio de que pueda dar lugar al derecho de alimentos general regulado en el Código Civil⁽¹⁹⁾. Ahora bien, a mi juicio, esta solución no creo que sea absolutamente segura. Pensemos en un niño que de momento tiene suficiente pero que con el tiempo ve incrementadas sus necesidades educativas o de otro tipo; la necesidad tiene como su causa inmediata el crecimiento del niño, pero también se deriva de la desigual distribución de la herencia, sin la cual tal vez estaría en condiciones cuando se plan-

lo, en la misma proporción como máximo, y a los solos efectos del derecho de alimentos, el descendiente con derecho a ellos, y si aquellos titulares intentan la reducción, o son ellos los donatarios, el descendiente alimentista podrá pedirles que contribuyan a los alimentos como si el *donatum* formara parte de la herencia. En los mismos términos el mismo autor en *Derecho de Sucesión ... cit.* pág. 157. Sin embargo, el criterio dominante, más basado en el texto de la norma, es el contrario, el de que no se puedan tener en cuenta las donaciones.

(18) Sin embargo, el coponente Magistrado Don Luis Gil Noguera no cree aplicable dicho art., toda vez que en el momento de la donación el legitimario no ostenta la cualidad de acreedor; si bien tanto él como el otro coponente, Don Ignacio Martínez Lasierra, creen que a una solución similar tal vez podría llegarse a través del principio general de la interdicción del fraude de ley contenido en el art. 6-4 Cc.

(19) Así, Lacruz Berdejo (*Las legítimas ... cit.*, pág. 526) cree que es dudosa la posibilidad de hacer valer un derecho de alimentos que no tenga su origen en el momento de la distribución de los bienes ni obedezca sólo a ella, diciendo que, al menos, tal posibilidad no podría perdurar indefinidamente. Los coponentes, el Magistrado Don Luis Gil Noguera y el Abogado Don Ignacio Martínez Lasierra, también se manifiestan partidarios de esta posición.

tee el problema de hacerle frente. Y en cualquier caso lo que creo que no plantea duda, incluso aunque defendiéramos la primera solución, es que no se pierde el derecho por no ejercitarlo inmediatamente, siempre que se demostrara la concurrencia de todos los requisitos necesarios para su nacimiento.

Estos son los requisitos exigidos para tener derecho a alimentos⁽²⁰⁾.

Problemas específicos plantea el supuesto de pluralidad de alimentistas. Aquí hay que distinguir dos supuestos:

1. Si hubiera varios descendientes del causante con derecho de alimentos, lógicamente todos podrían reclamarlos, si bien, hay que tener en cuenta el pár. 3º del art. 145 del Código Civil, que dispone que si el obligado *no tuviere fortuna suficiente para atender a todos* —en este caso si no llegara el caudal hereditario— *se guardará el orden establecido en el artículo anterior*, el cual entre los descendientes impone la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona a quien se piden alimentos, en este caso, del causante, es decir, los hijos por cabezas y los nietos por estirpes.

2. Más complicado es el caso de que el obligado a prestarlos tuviera otras personas diferentes a las que también debiera prestar alimentos. A mi juicio, aunque la solución a este problema es muy dudosa, creo que así como la obligación de prestar alimentos al descendiente del causante está limitada por el caudal hereditario recibido por el obligado a prestarlos —como luego veremos—, las que resulten directamente del Código Civil pueden entenderse tanto al resto del patrimonio del obligado como al recibido del causante; es decir, el descendiente del causante no es preferente sobre lo heredado de éste por el obligado para el cobro de sus alimentos sobre los otros alimentistas que pudiera haber a su cargo, ya que la ley no establece tal preferencia⁽²¹⁾. Por ello, si el patrimonio privativo del obligado no fuera suficiente para el pago de los alimentos de los alimentistas privativos que pudiera tener, podrá acudir al caudal heredado del causante, y si éste no fuera suficiente para uno y otros alimentistas, se deberá proceder en relación a ese caudal de la forma prevista en el mencionado art. 145 apartado 3º del Código Civil, es decir, se acudirá al orden establecido en el art. 144, que establece el siguiente: *cónyuge, descendientes según el orden de la sucesión legítima, ascendientes según el mismo orden, y hermanos; «a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél»*, si bien a estos efectos, como dijimos, debe entenderse que el alimentista es hijo del que los presta.

Los ALIMENTANTES, es decir, los obligados a prestar estos alimentos, son *los sucesores del causante*. Como ya hemos dicho, de la regulación legal se deduce que los obligados serán *los sucesores por causa de muerte*. Eso sí, creo que serán todos los sucesores, es decir, tanto los que lo sean a título universal como particular⁽²²⁾, y con independencia de que sean otros

(20) Según Lacruz Berdejo (*Los legítimos ... cit.*, pág. 526), hace falta un nuevo requisito: que el descendiente en cuestión no haya recibido en vida donaciones tales que, en relación con el valor de la herencia, equivalgan a ellos, habiendo aquí una suerte de imputación. Sin embargo, creo que este requisito no aparece en ningún lado y que va en contra del concepto mismo de alimentos; sin perjuicio de que no haya derecho de alimentos en caso de mala conducta o falta de aplicación al trabajo del alimentista, conforme al art. 152-5º del Código Civil.

(21) Sin embargo, los componentes, el Magistrado Don Luis Gil Noguera y el Abogado Don Ignacio Martínez Lasietra, creen que puede pensarse que los bienes hereditarios se transmiten a los sucesores con una carga condicional y que en este sentido se integra en el patrimonio del sucesor, por lo que de cumplirse la condición (distribución desigual de la herencia y situación de necesidad del legitimario), éste gozaría de preferencia sobre los bienes hereditarios para satisfacer su derecho de alimentos frente a los parientes del obligado, pues el gravamen ya existía al tiempo de ingresar los bienes en su patrimonio.

(22) Lacruz Berdejo (*Los legítimos ... cit.*, pág. 529) cree no obstante, que, tratándose de legados de pequeña cuantía e imputables a la parte libre, podría pensarse que el causante ha querido liberarlos de la carga alimentaria, aunque su importe se cuente en el caudal para fijar la cuantía de los alimentos.

descendientes o no lo sean⁽²³⁾. No obstante, los donatarios quedarán obligados, según lo dicho, cuando la donación se ha hecho en fraude de los derechos de los descendientes.

En el caso de que el alimentante no pueda prestar alimentos sin poner en peligro la satisfacción de sus propias necesidades, por carecer de otros bienes suficientes, surge el problema de a quién dar preferencia. A mi juicio, esta cuestión deberá resolverse también partiendo de la idea de que a estos efectos es como si el alimentante fuera el causante, y sobre esta base equiparar el supuesto al de que el heredero obligado estuviera también en situación de pedir alimentos; es decir, es como si el heredero obligado y el legitimario concurrieran en su derecho de alimentos sobre el caudal hereditario y respecto del causante, debiendo aplicarse el orden de prelación de los arts. 144 y 145 del Código Civil en función de su relación con éste. De modo que si el heredero obligado es preferente frente al alimentista (el cónyuge lo es frente a los descendientes que no estén sujetos a la patria potestad), no tendrá obligación de prestar alimentos; si ocupan el mismo grado, tendrán que compartirlos; y si el alimentista es el preferente, tendrá derecho a ellos con independencia de que el alimentante necesite también los bienes heredados para cubrir sus necesidades⁽²⁴⁾.

También en este punto plantea dificultades la existencia de una pluralidad de alimentantes, debiéndose igualmente distinguir dos casos:

1. Si los que concurren son varios herederos, la obligación de prestar alimentos se repartirá entre ellos «*en proporción a los bienes recibidos*», tal y como dice la Compilación. Es posible que el testador establezca un orden entre los herederos para pagar los alimentos, pero no podrá liberar a alguno de ellos de esta obligación, de modo que aunque imponga específicamente la obligación a alguno de los herederos, si lo recibido por éste no es suficiente para cubrir las necesidades del alimentista, podrá reclamar a los demás⁽²⁵⁾.

2. Si hubiera otras personas que por las reglas generales sobre obligación de prestar alimentos tuvieran que prestarlos también al descendiente del causante en cuestión, creo que habría que acudir al orden establecido en el Código Civil. Concretamente, el art. 144 para el caso de pluralidad de obligados establece el siguiente orden: el cónyuge, los descendientes de grado más próximo, los ascendientes también de grado más próximo, los hermanos de doble vínculo y los hermanos de vínculo sencillo, y entre los descendientes y ascendientes, por el orden de llamamiento a la sucesión intestada. Y por las razones antes mencionadas, a estos efectos se entenderá que el heredero es ascendiente del alimentista; por ello, el heredero sólo tendría obligación alimenticia en defecto o por insuficiencia del cónyuge o descendientes del alimentista y en concurrencia con el otro padre o ascendiente de éste que pudiera haber⁽²⁶⁾. Si según lo dicho el heredero concurre con un obligado general en el deber de pagar alimentos, se aplicaría el art. 145 del Código Civil, según el cual el pago de la pen-

(23) Sin embargo, García Amigo (*ob. cit.*, pág. 26) entiende que el alimentante ha de ser descendiente del causante. Lacruz Berdejo (*Las legítimas ... cit.*, pág. 527) ve indudable que la reclamación puede hacerse contra cualquier sucesor, sea legitimario o extraño, corroborando esta deducción el hecho de haber introducido la Comisión de códigos el término *causante*, donde el proyecto aragonés decía *ascendiente*.

(24) Sin embargo, el coponente Magistrado Don Luis Gil Nogueras considera que si el alimentante no puede atender el derecho de alimentos sin poner en peligro sus propias necesidades, lo correcto es dar por extinguido el derecho de alimentos, ya que la expresión del Derecho común *posibilidades del alimentante* debiera trasladarse en el ámbito del art. 121 a *posibilidades de los bienes hereditarios*.

(25) Por ello, no coincido plenamente con García Amigo, que (*ob. cit.*, pág. 28) considera que el testador puede determinar la persona del alimentante, lo cual sólo es cierto en la forma limitada que hemos visto.

(26) Un criterio diferente mantiene, sin embargo, García Amigo, que considera que habría una obligación preferente de prestar los alimentos por parte del heredero, así, dice que *está especialmente obligado el heredero del causante, ya que por razón de la herencia el alimentante puede prestarlos y el alimentista queda en situación de pedirlos* (*Ob. cit.*, pág. 26). Lacruz Berdejo (*en «Las legítimas... cit.*, pág. 530) también entiende que el deber de alimentos ordinario actuará sólo como complemento de lo que se obtenga a costa de los sucesores en virtud del art. 121 de la Compilación. También los coponentes, el Magistrado Don Luis Gil Nogueras y el Abogado Don Ignacio Martínez Lasiera, creen que existe esta obligación preferente, sobre la base de la consideración de que los bienes pasan al heredero con una carga o gravamen eventual de pagar los alimentos.

sión se repartirá «en cantidad proporcional a su caudal respectivo», que por lo que se refiere al heredero será lo recibido en la herencia.

En cualquier caso de pluralidad de obligados, parece que la obligación será mancomunada, tal y como resulta del art. 145 del Código Civil, sin perjuicio de la regla del párrafo 2º, que habilita al Juez a que en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales obligue a una sola de ellas a que los preste provisionalmente y sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda⁽²⁷⁾.

En cuanto a la EXTENSIÓN de los alimentos, creo que habrá que acudir a las reglas del Código Civil para los alimentos que los ascendientes deben prestar a los descendientes, por las razones ya expresadas. Así, se entenderá por alimentos «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*», comprendiendo también «*la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*» y «*entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo*» (arts. 142 y 143)⁽²⁸⁾.

Otra cuestión capital es la de la CUANTÍA del derecho. El art. 146 del Código Civil lo que dice es que «*será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*», completando el 147 que los alimentos «*se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos*». La aplicación de estas normas al derecho de alimentos del art. 121 de la Compilación requiere hacer una adaptación de las mismas, en el sentido de que aquí la proporción debe referirse de un lado al caudal hereditario y del otro a las necesidades del alimentante.

1. En cuanto a las necesidades del alimentante, me remito a todo lo dicho sobre su concepto y requisitos al tratar del alimentista.

2. Por lo que se refiere al caudal hereditario, repetir la idea ya expresada de que los alimentos no pueden ser considerados una parte alícuota del caudal hereditario, y que el derecho a éstos sólo surge en caso de necesidad del descendiente. Por otro lado, de lo dicho se deduce que los alimentos debidos en virtud de esta obligación tienen como límite máximo el caudal recibido, razón por la que creo que el alimentante tendrá derecho a que el alimentista haga inventario de él. Es más, aunque la cuestión reconozco que es dudosa, tal vez habría defender la existencia de un límite inferior de responsabilidad del caudal hereditario. Este límite creo que podría entenderse hoy que está en los dos tercios del mismo, que comprenden la legítima material, de modo que el heredero en cualquier caso podría quedarse con un tercio de lo percibido⁽²⁹⁾. Es cierto que es difícil cuantificar los alimentos que se pueden haber pagado a lo largo de varios años, pero me parece razonable dar al heredero el derecho a demostrar que lo que ha pagado supera ya las dos terceras partes de la herencia recibida y que por tanto ya no tiene obligación de pagar más. En cualquier caso, este límite debería establecerse expresamente en una futura reforma de la Compilación. Los que no entran, como se ha dicho, son los bienes donados, si bien, en cualquier caso, insisto en la posibilidad de incluirlos en caso de fraude.

La fijación concreta de la cuantía de los alimentos a pagar, en defecto de acuerdo entre alimentista y alimentante, la tendrá que fijar el Juez a través del correspondiente proceso⁽³⁰⁾.

(27) También García Amigo (en *ob. cit.*, pág. 28) estima aplicable aquí esta regla del Código Civil.

(28) Así considera que es para el Derecho vigente Lacruz (Las legítimas ... *cit.*, pág. 530). En contra Manuel García Amigo (*ob. cit.*, pág. 30), por considerar que se tratará fundamentalmente de una deuda de alimentos entre hermanos.

(29) Sin embargo, Lacruz Berdejo (Derecho de Sucesión ... *cit.*, pág. 158) estima que del pago de los alimentos responden los alimentistas con todos los bienes recibidos del causante.

(30) El coponente Magistrado Don Luis Gil Noguearas se plantea la duda de si en caso de discrepancia entre alimentante y alimentista puede fijar la cuantía de los alimentos la Junta de Parientes, como órgano que mejor puede cono-

En cuanto a la FORMA DE PAGO, son aplicables los arts. 148 y 149, que regulan dos posibilidades entre las que puede optar el obligado: (a) el pago de una pensión económica pagada periódicamente (por meses anticipados) y (b) el acogimiento del alimentista en el domicilio del alimentante suministrándole allí lo necesario. Ahora bien, según las circunstancias concurrentes creo que podría entenderse inaceptable y atentadora contra la dignidad del alimentista tener que vivir en casa del alimentante, habiéndolo reconocido así para la obligación de alimentos general en algunos casos la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽³¹⁾.

Lo que no se admite es la posibilidad de que ambas partes acuerden conmutar la obligación de prestar alimentos, es decir, sustituirlos por el pago de una cantidad única o por la entrega de determinados bienes, hereditarios o extrahereditarios. Actualmente, tal pacto chocaría con el art. 151, que prohíbe renunciar o compensar el derecho de alimentos, exceptuando únicamente las pensiones atrasadas. Pues bien, esta regla creo que podría modificarse para los alimentos del art. 121 de la Compilación, respecto de los cuales no veo especiales inconvenientes para admitir la conmutación, igual que sucede con el derecho a pensión compensatoria del cónyuge separado o divorciado, que el art. 99 permite convenir su sustitución por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Ello puede ser muy útil para el alimentista, que de una vez cumple una obligación que de otra forma podría extenderse en el tiempo durante mucho tiempo, y para el alimentante, al que recibir toda la prestación junta le puede ayudar a realizar inversiones con las que poder salir de su situación. Lo que sucede es que si el alimentista entra dentro del círculo de posibles obligados a prestar alimentos por la vía ordinaria quizá haga un mal negocio, ya que esta conmutación no afectará a la obligación general de prestar alimentos, que, como hemos dicho, puede aplicarse de modo concurrente con la derivada del art. 121 de la Compilación; y así si el alimentista hace un mal o desafortunado uso del capital recibido y vuelve a estar en situación de reclamarlos podría volver a hacerlo, en este caso por la vía general, salvo que ese mal uso fuera imputable al descendiente.

Por lo demás, serán aplicables las restantes normas del art. 148 del Código Civil⁽³²⁾.

cer la situación familiar existente. Pregunta que contesta negativamente ya que si bien el art. 109 de la Compilación recoge la intervención de la Junta de Parientes, dicho art. se refiere a la dote, y el art. 121 no prevé ninguna participación del referido órgano, concluyendo, en consecuencia, que tan sólo serán competentes para la fijación los Tribunales, a través del juicio ordinario o del sumario de alimentos provisionales.

También se plantea las posibles peculiaridades que tendrá el juicio de alimentos basados en el art. 121 de la Compilación, concluyendo que no serán sino las derivadas del propio precepto: con la demanda deberán acompañarse los documentos probatorios de la condición de legitimario con relación a la herencia del causante, de la condición de sucesor del demandado y cuantos prueben la situación de necesidad del peticionario y la bondad de los bienes hereditarios recibidos por los sucesores, sin perjuicio de que ello pudiera ser objeto de prueba con posterioridad.

(31) Lacruz Berdejo (Elementos... cit., págs. 88 y 89) cita como doctrina general la sentada por la sentencia de 5 de Diciembre de 1903, en el sentido de que siempre que existan causas graves de orden moral debidamente justificadas que constituyan un serio obstáculo para la convivencia doméstica, debe despojarse al alimentante de su derecho de opción y cumplir la prestación alimenticia en dinero, añadiendo este autor otras sentencias en las que se expresa que sin embargo no se puede desposeer al alimentante de su derecho de opción cuando sólo existe un mero relajamiento de los vínculos de cariño entre los padres y los hijos (sentencia de 6 de Octubre de 1904), o el mero propósito de entablar un pleito (sentencia de 11 de Mayo de 1897), o incluso habiendo un litigio pendiente entre ambos (sentencia de 13 de Noviembre de 1929).

(32) A cuyo tenor:

La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

El juez, o petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades.

También plantea dificultades de aplicación a los alimentos derivados del art. 121 de la Compilación las reglas del Código Civil sobre EXTINCIÓN de la obligación de prestar alimentos. A mi juicio, sobre el particular cabe hacer las siguientes consideraciones:

1. Creo perfectamente aplicables las causas siguientes: el fallecimiento del alimentista (art. 152, número 1^º), el fin de la situación de necesidad (art. 152, número 3^º), y que la necesidad provenga de mala conducta o falta de aplicación al trabajo del alimentista (art. 152, número 5^º).

2. También es aplicable la de que el alimentista haya cometido falta que dé lugar a la desheredación (art. 152, número 4^º), si bien aquí surge la duda de respecto de quién se considera la existencia de justa causa de desheredación, el causante o el alimentista. A mi juicio, lo más razonable es pensar que respecto ambos: el causante, porque, como hemos dicho, de él derivan los alimentos⁽³³⁾, y el alimentista, porque sería indigno, además de muy poco razonable, que éste tuviera que cargar con la obligación de prestar alimentos a alguien que se ha comportado de modo tan grave con él. Matizar que cuándo la causa de desheredación lo es en relación con el causante, lo que sucede no es exactamente que el derecho de alimentos se extinga, sino más bien que no llega a nacer.

3. La causa consistente en que la fortuna del obligado se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacer los alimentos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (art. 152, número 2^º) creo que debe aplicarse en concordancia con lo dicho más arriba sobre el caso de que el alimentante no pueda prestar alimentos sin poner en peligro la satisfacción de sus propias necesidades, a lo que nos remitimos.

4. Por último, personalmente no me parece que se extinga por fallecimiento del alimentante (art. 150). Es decir, esta obligación pasará a sus herederos ya que, como hemos defendido, tiene su origen en la persona del causante. No obstante, creo que sería oportuno poner un límite temporal máximo, un determinado número de años desde el fallecimiento del ascendiente, transcurridos los cuales se extinguiría.

LA PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA

Ya dijimos que aquí entran diversas cuestiones que son tratadas por la Compilación.

A) La legítima formal y la preterición

Son varias las reglas a tratar aquí:

«Legítima formal

Artículo 120. 1. Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados, al menos, en el testamento que los excluya.

2. No equivale a dicha mención, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos».

(33) Puede dudarse de si para que la concurrencia de la causa de desheredación respecto del causante sea hábil para excluir los derechos del alimentista es preciso que el testador la hiciera constar en el testamento. A mi juicio, la cuestión es dudosa, si bien del tenor literal del precepto (haber incurrido en causa de desheredación y no haber sido desheredado) parece inferirse que no es precisa tal constancia. En cualquier caso, si lo que concurrió fue una causa de indignidad sucesoria, me parece que salvo que conste el perdón del testador, no nacerá el derecho de alimentos.

«Preterición o desheredación total»

Artículo 122. La preterición, o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determina:

1º La delación abintestato de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquéllos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición mortis causa.

2º La de todo el caudal, en otro caso».

«Preterición o desheredación singular»

Artículo 123. El descendiente sin mediación de persona capaz de heredar preterido o injustamente desheredado tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios».

Hemos de empezar diciendo que el concepto general de la preterición no es unánime ni en las legislaciones, ni en la doctrina. No hay ahora tiempo para desarrollar con detenimiento esta compleja materia, pero sí que quiero hacer unas consideraciones sobre cómo debe, a mi juicio, perfilarse esta figura, para a continuación estudiar lo que el Derecho Aragonés dispone y hacer un juicio crítico del mismo. En mi opinión, la existencia de la preterición se basa en la razonable idea de que si el testador hubiera conocido al otorgar el testamento la existencia del legitimario, que en ese momento ignoraba (por haber nacido después o haber llegado a conocer su existencia o su condición de legitimario posteriormente), no lo habría otorgado en los mismos términos; es por ello por lo que se anula el acto de última voluntad o parte de él y se abre la sucesión intestada, a la que será llamado el legitimario omitido⁽³⁴⁾. Esta, la preterición llamada *no intencional*, es la verdadera preterición, siendo la omisión voluntaria de un legitimario, la llamada *preterición intencional*, en realidad, un caso de desheredación; y además también por ello los auténticos efectos de la preterición sólo se dan en la que lo es de descendientes, porque en la de otros posibles legitimarios no hay tanta base para mantener que el causante habría obrado de forma diferente de conocer su existencia. En esta línea, aunque todavía con imprecisiones, ha ido la reforma del art. 814 del Código Civil llevada a cabo en 1981.

Pues bien, el Derecho Aragonés no responde a estos principios que se acaban de mencionar.

1. Por un lado, regula una llamada *legítima formal*, que constituye una auténtica obligación de mencionar (con las excepciones que veremos) al descendiente en el testamento que le excluya. Esta obligación procede 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⁽³⁵⁾. A mi juicio, no hay razón en los tiempos que vivimos para establecer derechos honoríficos ni sucedáneos de beneficios patrimoniales, por lo que esta llamada legítima también debería suprimirse⁽³⁶⁾.

2. Por otro lado, regula los efectos de la preterición de un modo insatisfactorio, ya que no distingue adecuadamente la preterición intencional de la que no lo es, y, además, le atri-

(34) A esto tal vez podría contestarse diciendo que la preterición mantiene sus efectos aunque se demuestre que el testador no habría hecho un testamento diferente aun conociendo la existencia de ese legitimario; pero, a mi juicio, lo que sucede es que el legislador no quiere dejar una cuestión tan delicada sujeta a posible pleito acerca de cuál fue la intención del testador—por lo demás difícilísimo de saber—y por ello establece una norma que no admite prueba en contrario.

(35) Ver Lacruz Berdejo, *Las legítimas... cit.*, pág. 522.

(36) Ello sin perjuicio de reconocer la conveniencia de que en los testamentos el padre mencione a todos sus descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, con el fin de evitar la discusión acerca de si el testador se acordaba en ese momento de todos ellos. Lo que discuto es que la omisión tenga que producir siempre y necesariamente los efectos de la preterición.

buye los mismos que a la desheredación injusta, siendo que se trata de figuras muy diferentes.

Se hace precisa una conceptualización moderna de la preterición, basada en las ideas más arriba indicadas.

Dicho esto, veamos el concepto y los efectos de la preterición en Aragón, empezando por precisar que aunque la regulación se refiere al testamento, nada impide la aplicación de estas reglas al contrato sucesorio; por ello, las alusiones que hagamos al testador valdrán también para el disponente por contrato sucesorio.

CONCEPTO

La preterición viene a ser el incumplimiento del deber de la legítima formal, por lo que su concepto hay que deducirlo del art. 120 de la Compilación. Y con arreglo a éste, para que haya preterición deben concurrir cumulativamente los siguientes requisitos:

1. El principal es la falta de mención de un descendiente sin mediación de persona capaz para heredar. Sobre el particular, cabe hacer las siguientes consideraciones:

a. En primer término, no debe olvidarse que las circunstancias de la preterición se refieren al momento en que se abre la sucesión, es decir, de la muerte del testador, no al de otorgamiento del testamento. En consecuencia, si quien fue omitido al hacer el testamento no vive o no es capaz de heredar al abrirse la sucesión, no habrá preterición; y sí que la habrá si con posterioridad al acto de disposición por causa de muerte nace un hijo no tenido en cuenta en aquél.

b. Por otro lado, los omitidos a estos efectos son los «descendientes sin mediación de persona capaz para heredar». La expresión es la misma que utiliza el art. 121 para el derecho de alimentos ya estudiado, por lo que valen las consideraciones que respecto de él se han hecho (es decir, los nietos sólo pueden ser preteridos en defecto de su padre). Ahora bien, puede suceder que el mencionado renuncie, premuera, sea indigno para suceder, o haya sido desheredado, surgiendo la duda de si no se ha mencionado a sus descendientes ulteriores éstos se entienden preteridos. La solución a este problema debe venir de la interpretación del art. 141 de la Compilación: «salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes». Ahora bien, el tema dista de estar claro, dada la oscuridad del precepto⁽³⁷⁾. A mi juicio, hay que distinguir varios supuestos:

- En los casos de premoriencia e incapacidad sucesoria, se operará la sustitución legal regulada en dicho precepto a favor de los descendientes del premuerto o incapaz, la cual debe considerarse suficiente para excluir su preterición. La duda se plantea en el caso del testamento en que el padre se limita a mencionar a un hijo al solo efecto de evitar la preterición pero sin dejarle nada o dejándole una cantidad simbólica, ya que en tal supuesto no puede hablarse en sentido estricto de sustitución legal en la porción correspondiente, puesto que no hay porción alguna en la que pueda operar la sustitución; ello no obstante, me inclino por pensar que la sola mención a efectos de evitar la preterición de un hijo excluye la preterición de los nietos si aquél premuere al testador; entender lo contrario supondría obligar al testador al mencionar al hijo que excluye a excluir también expresamente a los hijos de éste, y no creemos que ello sea necesario.

(37) Sobre la problemática de esta norma, ver *La sustitución legal en Aragón*, Adolfo Calatayud Sierra, Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón, número 120 de 1 de Enero de 1991, págs. 12 y 13.

– En cuanto al renunciante, en mi opinión, la sustitución legal del art. 141 no se aplica a la legítima en sí misma considerada, de modo que, al igual que sucede en la mayor parte de los Derechos, la renuncia a la legítima agota los derechos de la stirpe. En consecuencia, aunque pueda haber sustitución en la parte de herencia renunciada, no la habrá en la condición de legitimario, y por ello no cabrá hablar de preterición de los descendientes del renunciante.

– Más complicado es el problema del desheredado, puesto que no lo prevé el art. 141. Es cierto que los derechos del desheredado ya están regulados específicamente. El problema surge cuando el desheredado premuere al testador dejando descendientes. ¿Se considera que la desheredación es mención suficiente para excluir la preterición de ellos? (a) Si la desheredación es justa, en principio, los descendientes del desheredado a nada tendrían derecho, dada la inexistencia de legítima individual en Aragón. Ahora bien, si sólo hubiera un hijo, dado que en ese caso la legítima colectiva y la individual coinciden, me parece que sería defendible aplicar la regla del art. 857 del Código Civil, con lo que los descendientes del desheredado conservarían el derecho a la legítima. (b) Más dudoso es el supuesto de la desheredación injusta, si bien en mi opinión, lo más correcto sería atribuir a los descendientes del desheredado premuerto los mismos derechos que correspondían a éste, por vía de sustitución, aplicando por analogía el art. 141; lo contrario sería también obligar al testador que deshereda a mencionar a los descendientes del desheredado para evitar que pudiera darse su preterición⁽³⁸⁾.

c. La Compilación utiliza los términos *nombrar* y *mencionar*. Suele entenderse que en el primero se incluyen las referencias nominales a los legitimarios, es decir, aquellas en las que el testador o instituyente llama con sus nombre y apellidos (o con otras expresiones nominales con que los mismos sean conocidos) a sus hijos y descendientes excluidos; y en el segundo se comprenderían cualesquiera otras referencias no nominales, a través de las cuales se esté llamando a algún hijo o descendiente con expresiones que no ofrezcan duda acerca de la persona a la que aluden (por ejemplo, «mi hijo mayor», «mi hijo menor», «el hijo militar», etc.)⁽³⁹⁾. En cualquier caso, no creo que haya que sacar más conclusiones de esta duplicidad terminológica⁽⁴⁰⁾.

En cualquier caso, creo que la mención testamentaria por sí sola es suficiente para excluir la preterición. No es desde luego preciso dejar nada a un descendiente para apartarle. Y tampoco es necesario decir que no se le deja nada. Por ello, me parece rechazable la tesis de exigir que la mención del apartado tenga carácter patrimonial y por tanto que aparezca en la parte dispositiva del testamento con expresión de que nada se le deje, sin bastar con que se le mencione en la parte expositiva del testamento; exigir tal cosa supondría resucitar un formalismo y sacramentalismo totalmente fuera de lugar en los tiempos en que vivimos, violando lo que resulta ser de un modo indubitado la voluntad del testador, ya que si éste menciona a todos sus hijos y a continuación deja su herencia a sólo alguno de ellos, está claro que a los demás no les quiere beneficiar; máxime si se tiene en cuenta que el testamento se otorga en unidad de acto y que por ello no cabe decir que el testador, de la primera parte del testamento a la segunda, de repente se olvida de la existencia de uno de los legitimarios mencionados en la primera⁽⁴¹⁾.

(38) Sin embargo, Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, pág. 348) opina lo contrario: si el desheredado injustamente fallece antes que el ascendiente el hecho de nombrarlo en el acto *mortis causa* no vale como mención y sus descendientes están preteridos.

(39) Así, Manuel García Amigo, *ob. cit.*, pág. 22.

(40) El componente Magistrado Don Luis Gil Nogueras observa que no obstante lo dicho no son mención suficiente las llamadas «por referencia»: «Dejo a mi hija Raquel el campo en que solía jugar con mi hijo Juan», sin otra mención en testamento para este último.

(41) Esta cuestión, de suma importancia, sin embargo no está todo lo clara que debería, con grave riesgo para la eficacia de los testamentos. Así, Lacruz Berdejo (*Las legítimas ... cit.*, pág. 523) dice que el nombramiento o mención debe tener

d. La mención puede ser válida también respecto de los descendientes que todavía no existan, siempre que se utilicen expresiones referidas especialmente a ellos. Esto quiere decir que la no existencia al tiempo del otorgamiento de un descendiente hace presumir que el testador no lo ha tenido en cuenta, si bien si éste ha expresado con la suficiente claridad que tenía en cuenta en ese momento que podía nacer otro descendiente y su voluntad de que el testamento valga a pesar de ello, no habrá preterición.

2. Que el descendiente omitido no hubiera sido favorecido ya en vida del causante. Por mucho que hubiera sido omitido en el testamento, si resulta que recibió en vida del causante atribuciones gratuitas no habrá preterición. Desarrollo de esta regla es la del art. 126.1, según la cual *no se considerará preterido el legitimado que, a costa del ascendiente, haya seguido carrera profesional o artística, o recibiera de él liberalidades no usuales*.

3. Que el descendiente omitido no fuera favorecido en la sucesión intestada del causante. No olvidemos que ésta puede abrirse aun habiendo acto de disposición por causa de muerte⁽⁴²⁾.

EFFECTOS

La Compilación distingue dos supuestos: la preterición total y la singular.

1. **Preterición total** aparece regulada en el art. 122, que la caracteriza como la *falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios*. Lo primero que sorprende de este precepto es su caracterización diversa respecto del concepto de la preterición que hace el art. 120. En efecto, del texto de este precepto parece deducirse que no habría preterición total si se ha mencionado a un descendientes de segundo grado, que también es legitimario, y en cambio sí que la habría aunque alguno de primer grado omitido hubiera sido favorecido en vida o lo resultara en la sucesión intestada. Se ha debatido en torno al procedimiento de armonizar estos preceptos⁽⁴³⁾. Por mi parte, creo que la mejor forma de resolver esta cues-

carácter patrimonial y que no valen las menciones indirectas, por ejemplo, para elogiar sus virtudes, sin decir si se le deja o no algo; según este autor, el proyecto aragonés de Compilación, en una posición muy acorde con la finalidad de la norma, exigía la mención, *al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia (la del mencionado) al asignar las legítimas, y él cree que ésta es la interpretación más probable del texto actual, que si distingue entre «nombrar» y «mencionar», tampoco dice que valga cualquier clase de alusión o referencia, aun muy remota e indirecta, y al contrario, en el art. 122 habla de «mención formal»*. En iguales términos se manifiesta Manuel García Amigo *ib. cit.*, pág. 120). Y la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de Septiembre de 1993 insiste en que la mención *ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva, aunque sea para manifestar que a determinado o determinados legitimarios no se les deja nada, y ello porque lo que debe de tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquellos* (el caso tratado por la Sentencia era prototípico: el testador había expresado en la parte expositiva del testamento tener cuatro hijos y en la parte dispositiva se había limitado a instituir herederos a dos de ellos). Ya he expuesto más arriba mi opinión totalmente contraria a esta tendencia. También Jesús Delgado Echevarría (en *Derecho de Sucesiones*, 5ª edición, p. 437) dice, para el Derecho común, si bien es una afirmación que creo que vale igualmente para el Derecho Aragonés, que la mención en la parte expositiva sólo deja de ser suficiente para evitar la preterición si se prueba el ulterior olvido del testador. En la misma crítica a la solución dada por la citada Sentencia coinciden los coponentes, el Magistrado Don Luis Gil Noguera y el Abogado Don Ignacio Martínez Lasiera.

Decir también que es precisamente por estas dudas, además de por el arrastre histórico, por lo que sigue siendo relativamente frecuente en la práctica atribuir en pago de los derechos legitimarios cantidades de dinero simbólicas (por ejemplo cien pesetas).

(42) Sin embargo, Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, pág. 514) entiende que cabría mantener que cuando el testamento se halla dirigido conscientemente a distribuir todos los bienes, las reglas de la preterición son igualmente aplicables.

(43) Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, págs. 516 a 519) explica el origen de esta diferente redacción diciendo que la redacción del Seminario y la Comisión Aragoneses hacía coincidente los conceptos de preterición con el de incumplimiento de la obligación de legítima formal, y que la redacción actual, causante de las dudas, fue introducida por la Comisión General de Codificación. Este autor hace un tremendo esfuerzo por evitar las contradicciones de estos arts., sobre todo en relación a la preterición total, llegando a las siguientes conclusiones:

1. La donación a un legitimario inmediato excluye la preterición de éste y por tanto la total (art. 120). No así, la donación a un legitimario de segundo grado.

2. La mención en el testamento de un legitimario de segundo grado excluiría la preterición total (art. 122).

ción es considerar que el art. 122 se expresa con impropiedad terminológica, haciendo una repetición parcial e inexacta del art. 120, que es el que verdaderamente recoge el concepto de preterición. Por tanto, la preterición total es la de todos los legitimarios preteribles según el art. 120, es decir, de todos los descendientes sin mediación de persona capaz para heredar⁽⁴⁴⁾.

Pues bien, dentro de este caso, la Compilación vuelve a distinguir:

a. Si la existencia de todos ellos era conocida⁽⁴⁵⁾ por el testador al tiempo de hacerse la disposición por causa de muerte⁽⁴⁶⁾, se produce la delación intestada de dos tercios del caudal.

b. En caso contrario, se defiere abintestato todo el caudal.

De este precepto, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

a. En primer lugar, que a la llamada preterición total mixta, en la que algunos de los legitimarios son preteridos intencionalmente y otros erróneamente, se le aplican los efectos más robustos: se defiere abintestato la totalidad del caudal hereditario⁽⁴⁷⁾. No me parece acertada la regulación de la Compilación, ya que no respeta la clara voluntad del testador; en efecto, si éste ha omitido voluntariamente a alguno de sus legitimarios es porque no quería dejarle nada y la apertura de la sucesión intestada supondrá que entre a compartir la herencia con los omitidos por desconocimiento, y como dije al principio, la razón de ser de la regulación sobre la preterición se encuentra en la razonable idea de que si el testador hubiera conocido al otorgar el testamento la existencia del legitimario omitido, le habría atribuido algún beneficio. En consecuencia, a mi juicio, los derechos derivados de la preterición deben limitarse a los preteridos no intencionalmente.

b. En segundo lugar, la delación se refiere al caudal relicto, sin incluir el *donatum*, como resulta de la naturaleza de la sucesión intestada, sin perjuicio del posible ejercicio, en su caso, de la acción de reducción⁽⁴⁸⁾.

(44) Es dudoso si, cuando sólo fueron favorecidos en vida o nombrados en testamento descendientes que fueron desheredados con causa, premurieron al causante, renuncian a la herencia o han incurrido en causa de indignidad que se hace valer oportunamente, hay preterición colectiva de los demás. Lacruz Berdejo (en *Preterición... cit.*, págs. 519 a 524) cree que no, que en tal supuesto lo que habrá será preterición singular, siempre que hubiera en el acto *mortis causa* un término de comparación para formar la cuota del preterido o injustamente desheredado (por ejemplo, cuando se deje algo a un legitimario premuerto) y una posibilidad de obtener dicha cuota del caudal relicto; no habiéndolos, se aplicarán las reglas de la preterición colectiva en la misma forma relatada en la nota anterior. Únicamente considera dudoso el supuesto de premoriencia del legitimario cuando el testador la preparó (como si dispuso la sustitución o derecho de acrecer a favor de extraños), sobre todo si se tiene en cuenta que la vacante del instituido se produjo en vida de dicho causante, de modo que normalmente pudo modificar sus disposiciones a fin de evitar una omisión de legitimarios que de hecho, desde la muerte del mencionado, era ya completa.

(45) Lacruz Berdejo (en *Preterición... cit.*, págs. 525 y 526) dice que la prueba del conocimiento incumbe a quien lo afirme y que no equivale a él la situación de incertidumbre. Sin embargo, para el Código Civil, el mismo autor (en *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 1981, pág. 523) entiende que es la preterición errónea la que debe probarse, ya que la regla es la preterición intencional, que, además, tiene efectos más leves. Personalmente, creo que esta segunda solución es la más aceptable, por las mismas razones expuestas, para el Derecho Aragonés.

(46) Se ha discutido el tratamiento que merece el descendiente concebido al tiempo de hacerse el testamento. Según Lacruz Berdejo (en *Preterición... cit.*, pág. 525), la no mención de un concebido cabe incluirla entre los supuestos del número 1 del art. 122, es decir, como equivalente al conocimiento por el causante de su existencia, posición contra la que reacciona Merino Hernández (en *Comentarios Edersa*, Tomo XXXIV, Vol. 2º, pág. 44), afirmando que el texto foral habla bien claramente de conocimiento por el causante de «la existencia» de sus legitimarios en el momento del otorgamiento sucesorio y que respecto del concebido y no nacido en modo alguno puede hablarse de «existencia», al menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico y legal.

(47) En contra del sistema del art. 814 del Código Civil, que reserva los efectos más poderosos para el caso de que la preterición no intencional lo sea de todos los legitimarios.

(48) Lacruz Berdejo (en *Preterición... cit.*, págs. 528 y 529) explica que en realidad la proporción que se defiere abintestato podría haber sido cualquier otra, pero la señalada en el art. 122-1º es la única que ofrece probabilidades de coincidir, en muchos casos, con la cuantía de la legítima materia, concretamente, cuando no hubiera donaciones en vida del causante, y cuando se dé esa coincidencia se resolverán a la vez los problemas planteados por la infracción del deber de legítima formal y la lesión de la material.

c. En tercer lugar, cuando lo que se defiere abintestato son sólo los dos tercios, no queda claro qué parte de la herencia es la que se defiere abintestato y cuál se respeta. Para el Derecho común, el art. 851 dispone que primero se anula la institución de heredero y sólo después se procede contra los legados. En el Derecho aragonés, la solución más defendida es la de que todas las atribuciones patrimoniales testamentarias se reducirán a prorrata, ya que no puede presumirse que el testador tuviera mayor interés en la conservación de los legados que en la del nombramiento de heredero⁽⁴⁹⁾.

2. Preterición singular del art. 123. Podemos definirla por omisión como la que no es total. Aquí no se distingue en absoluto según que la preterición sea errónea o intencional⁽⁵⁰⁾. Pues bien, la Compilación, para fijar los derechos que tendrá el preterido, establece una solución muy discutible y que, además, lleva a un casuismo excesivo. Concretamente, el art. 123 dice dos cosas:

a. Que tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Estos derechos me parecen un tanto arbitrarios, excesivos si el testador no le mencionó porque no quiso pero pudiendo ser muy escasos si la preterición es no intencional. En cualquier caso, son innumerables las cuestiones que aquí se plantean. Veamos las más importantes:

– Es dudoso el título por el que el preterido va a obtener la satisfacción de su derecho. Probablemente la mejor opinión es la que entiende que el preterido será heredero cuando lo sean todos los otros legitimarios, siendo titular de una especie de legado legal de parte alícuota en los demás casos⁽⁵¹⁾.

– Parece claro que ese *menos favorecido* cuyos derechos sirven de término de comparación para fijar la participación del preterido lo será entre los legitimarios preteribles, es decir, entre los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, sin tener en cuenta otros descendientes no legitimarios o terceras personas que pudieran ser beneficiadas en el testamento. Y seguramente para calcular la cuota habrá 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⁽⁵²⁾.

(49) Es la opinión de Lacruz Berdejo (en *Preterición... cit.*, págs. 531 y 532), a la que se adhiere Merino Hernández (ob. cit., pág. 43), el cual propone que esta cuestión quede definitivamente aclarada en una futura reforma de la Compilación.

(50) Explica Lacruz (en *Preterición... cit.*, pág. 534) que no pareció oportuno a los redactores de la Compilación trasladar a la preterición individual la distinción entre omisión voluntaria o involuntaria, pues en ella, habiendo institución desigual, del hecho del olvido o desconocimiento de la existencia de un legitimario (o superveniencia ulterior del mismo) no cabe deducir que el causante le hubiera otorgado en su herencia una porción igual a la mayor, resultando harto probable lo contrario, y eso es lo que hace la ley. Sin embargo, esto no resulta, a mi juicio, coherente con lo que añade poco después, cuando dice que el proyecto del Seminario Aragonés sólo se refería en este punto a los descendientes sobrevenidos, de modo que los existentes, no habiendo preterición colectiva, carecían de todo derecho, reconociendo que esa redacción simplificaba mucho el funcionamiento del precepto y se ajustaba más a la presumible intención del disponente, si bien, añade, incurría en cierta contradicción con el hoy art. 120, que concede un derecho de legítima formal, cuya infracción sólo se sancionaba en determinadas y raras circunstancias. En realidad, a mi juicio, como ya se ha dicho, todos estos problemas se solucionarían con la supresión de la legítima formal como tal y la concesión de los derechos de la preterición sólo a los que lo han sido por desconocer el testador en el momento de hacer el testamento su existencia o condición de legitimario.

(51) Así, Lacruz Berdejo (en *Preterición... cit.*, págs. 534 a 536).

(52) Así lo entiende Lacruz Berdejo (en *Preterición... cit.*, págs. 540 y 541). Según explica el proyecto del Seminario lo decía expresamente y su finalidad se veía clarísima en los casos de preterición involuntaria, para los cuales se redactó inicialmente; la Comisión suprimió el inciso, por creerlo innecesario, pero igualmente suprimió la limitación de los efectos de la preterición singular a los descendientes sobrevenidos, con lo que la cuestión ya no quedó tan clara. Aun así, Lacruz siguió creyendo que era la posición más justa y conforme con la voluntad del legislador, de acuerdo también con el sistema de sucesión intestada por estirpes del Código Civil. No obstante, él mismo reconoce que cuando todos los instituidos sean de una generación ulterior (nietos) viviendo los de la anterior (hijos), la regla de equiparación dentro del grado será más difícilmente aplicable, y lo mismo en caso de concurrencia de herederos de una y otra generación, cuando los nietos no representan a sus padres y concurren juntamente con ellos; por ello, concluye que en estos casos la equiparación dentro del grado sólo jugará en los supuestos de sustitución legal del art. 141.

- La *porción en el caudal* que corresponde al preterido está claro que estará integrada por todos los beneficios recibidos a causa de muerte por el menos favorecido de los legitimarios preteribles, tanto se han recibido a título de institución de heredero como de legado⁽⁵³⁾, y tanto en la parte que resulta imputable a los dos tercios de legítima como del tercio libre, ya que la Compilación no distingue y lógicamente debe recibir el mismo trato todo lo que reciba por *vía mortis causa* cada legitimario preterible⁽⁵⁴⁾. Más dudoso es que se computen a estos efectos las donaciones *inter vivos*, siendo la postura más segura la negativa⁽⁵⁵⁾.

Ahora bien, puede haber casos en los que, siendo la preterición singular, no haya ningún descendientes de primer grado favorecido en el testamento, como cuando el testador ha satisfecho la legítima global mediante donaciones *inter vivos* y destina la herencia a extraños. Entonces, a falta de solución legal, posiblemente la mejor solución consista en aplicar parcialmente las normas de la preterición absoluta y abrir la sucesión intestada en la proporción de los dos tercios de los bienes relictos, con arreglo al art. 122-1; pero como el supuesto no es de preterición colectiva, ni el donatario puede ejercitar la acción de preterición, ni se defiere todo el caudal cuando el testador desconozca la existencia de algún legitimario de primer grado⁽⁵⁶⁾.

Por otro lado, surge la duda de qué sucede si en el testamento hay algún legitimario mencionado pero al que no se ha dejado nada o se le atribuye una cantidad simbólica, ¿será esa «porción» la que corresponderá al preterido? A mi juicio, aquí es donde se aprecian mejor los fallos de no haber tenido en cuenta la distinción entre la preterición errónea y la intencional; en efecto, si la preterición es intencional, no se ve razón para darle nada al preterido, pero si es errónea sería injusto equipararle con aquel al que el testador quiso excluir no dejándole nada o sólo algo simbólico, por lo que sería lógico interpretar la norma en el sentido de atribuirle en tal caso la porción que reciba el menos favorecido entre los que hayan sido realmente favorecidos⁽⁵⁷⁾.

(53) Así, Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, pág. 536).

(54) Sin embargo, la Sentencia antes citada del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de Septiembre de 1993 sienta el criterio de que los legitimarios preteridos tienen derecho a una participación en los dos tercios del caudal hereditario que constituye la herencia colectiva (art. 119 de la CDC) con una porción igual a la del legitimario que resulte menos favorecido (art. 123 CDC), ..., sin que en la porción de la herencia que corresponde a la libre disposición (el tercio restante) proceda hacer alteración alguna en la atribución testamentaria, porque las normas contempladas se encuentran en el Capítulo II del Título IV del Libro III de la Compilación que contiene, como su propio Título indica las normas «De protección a la legítima». No parece razonable esta solución, que olvida que el precepto habla de porción en el caudal, sin distinguir entre una y otra parte, además de que el criterio de esta Sentencia llevaría a tener que distinguir la porción de cada legitimario imputable a la legítima y la imputable a la parte libre; es por ello por lo que a estos efectos suele considerarse que todo lo que se deja a los legitimarios constituye legítima.

(55) Sin embargo, Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, págs. 536-538) reflexiona en el sentido de que quizá se ajuste más a la voluntad probable del causante tener en cuenta lo recibido por cualquier título, si bien, ante la literalidad del texto legal, propone una solución intermedia, a saber: en principio, la cuota del preterido se calcula exclusivamente con arreglo a los beneficios percibidos por los legitimarios con cargo al caudal relicto, pero el legitimario demandado de reducción proporcional por el art. 123 podrá objetar que la cuantía de la cuota del preterido es superior a los beneficios recibidos *inter vivos* por otros descendientes inmediatos no mencionados en el testamento. Así, dice, se conserva el texto legal, y simplemente se le adiciona algo que no está en él pero que no va contra su sentido y finalidad, sino que, al contrario, traduce mejor a la realidad el concepto del *menos favorecido por el testador*.

También entiende este autor (en *Preterición ... cit.*, págs. 539-540) que si el testador excluye a algún legitimario expresando lo que le ha dado en vida, esa sola mención es suficiente para que lo recibido *inter vivos* sea el índice para fijar los derechos del preterido, ya que esa mención representa la reproducción en el testamento de las asignaciones hechas.

(56) Esta es la solución que daba el Apéndice y la que según Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, págs. 517, 518 y 539) resulta la más adecuada, pues de lo contrario se viene a negar toda satisfacción a los preteridos, manteniendo la disposición del causante en favor de extraños, la cual no podría servir de índice, ni permite que los preteridos cobren sobre un caudal que no está destinado a los legitimarios.

(57) Merino Hernández (*ob. cit.*, págs. 48 y 49) entiende que el legislador no puede querer llegar a dejar sin nada al legitimario preterido y recuerda que en el Derecho anterior a la Compilación, y singularmente en el Apéndice, siempre la acción de preterición ha tenido como finalidad atribuir al preterido un cierto *quantum* en los bienes del causante; de todo ello deduce que la Compilación se está refiriendo al legitimario menos favorecido de los que reciban algo.

Por último, decir que aunque a lo que tiene derecho en principio el preterido es a una porción de los mismos bienes hereditarios calculada en la forma vista, puede suceder que algunos de estos bienes se hubieran enajenado válidamente, en cuyo caso su derecho se convertirá en un crédito contra los demás legitimarios⁽⁵⁸⁾.

b. Que *esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios*, con exclusión, por tanto, de lo que hayan recibido otras personas que no sean legitimarios. Tampoco veo razones demasiado sólidas para que los efectos de la preterición individual sean soportados exclusivamente por los legitimarios, a diferencia de lo que sucede con la preterición total. Sobre este apartado igualmente surgen infinidad de dudas:

- Si la proporción en que contribuyen los legitimarios no preteridos se calcula teniendo en cuenta lo que cada uno ha recibido sólo por causa de muerte o incluyendo también las donaciones. Parece que lo más lógico aquí también es excluir las donaciones, ya que tampoco se han tenido en cuenta para calcular la porción que le va a corresponder al preterido⁽⁵⁹⁾.

- La reducción se hará en la porción correspondiente a todos los legitimarios favorecidos, incluyendo el menos favorecido, en contra de lo que podría deducirse de una interpretación puramente literalista de la norma⁽⁶⁰⁾.

- Es discutible si resultan afectados por la reducción proporcional aquellos legitimarios a quienes se aparta de la herencia mediante un legado por legítima de cuantía módica, si bien al no distinguir la ley, en principio habría que incluirlos⁽⁶¹⁾.

B) La desheredación injusta

La Compilación regula la desheredación de un modo fragmentario e insatisfactorio. Fragmentario porque sólo regula los efectos de la desheredación injusta, razón por la que para determinar cuáles son las justas causas de desheredación hay que acudir a los arts. 852 y 853 del Código Civil. E insatisfactoria porque atribuye a la desheredación injusta los mismos efectos que a la preterición, en los arts. 122 y 123, lo cual ha sido muy criticada por la doctrina, por las siguientes razones:

1. Por un lado, al haber una legítima material colectiva, en Aragón sólo puede hablarse de desheredación propiamente dicha cuando se deshereda a todos los posibles legitimarios, es decir, en la desheredación total, ya que para excluir a solo alguno o algunos de los

Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, págs. 538-539) también distingue. Dice: *Lo más conforme con los principios que se deducen de los artículos 119 y 122 y con la redacción inicial del 123, sería emplear como término de comparación al legitimario sólo mencionado o favorecido con cantidad simbólica en los casos ordinarios, y en particular cuando no se observa en el causante intención de sancionar a un concreto heredero o grupo de ellos. Y añade: En cambio, corrigiendo el texto de la ley sobre la base de que en el artículo 123 hay, junto a la sanción de la omisión voluntaria, una interpretación de voluntad, la equiparación entre el preterido y el favorecido «cum res» con una parte sustancial de la herencia— valdría para casos muy claros de distribución más o menos igualitaria de la herencia entre los restantes sucesores, salvo uno o algunos, meramente mencionados, a quienes se quiso privar de aquella.*

(58) Como acertadamente pone de manifiesto Merino Hernández (*ob. cit.*, pág. 49).

(59) Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, págs. 541-543) cree que posiblemente sería más justo tener en cuenta tales donaciones, aunque lo ve difícil por el tenor literal del art. 123. No obstante, dice que en último extremo, y mediante una interpretación muy amplia de las palabras finales del artículo 123 («las participaciones de los restantes legitimarios»), se podría pensar en que los que participan en el caudal (no los otros donatarios) contribuyeran, *siempre con el caudal*, y en tanto lo permita, en proporción a todo lo recibido del causante, al pago de una cuota para la que ha servido de índice exclusivamente el caudal, y, por tanto, no puede ser mayor que él, solución discutible—dice—, pero más equitativa, y que no cabe excluir totalmente.

(60) Así lo ponen de manifiesto Lacruz Berdejo (*Preterición ... cit.*, pág. 543) y Merino Hernández (*ob. cit.*, págs. 47 y 48).

(61) Lacruz Berdejo (en *Preterición ... cit.*, págs. 543-544), no obstante, dice que cuando quepa presumir que la legítima del hijo no heredero es una cuota fija, independiente del número de hijos y ajustada al uso de la casa, resulta preferible la solución contraria.

legitimarios no es preciso desheredarle, basta con mencionarle, tal y como hemos dicho. Surge entonces la duda de qué debe entenderse por la desheredación singular a que se refiere el art. 123. Y el criterio más acertado que ha dado la doctrina consiste en entender que la llamada «desheredación singular» no es una verdadera desheredación, sino más bien un supuesto de inexistencia del motivo alegado por el testador para excluir a ese legitimario⁽⁶²⁾. Es decir, aunque, como hemos visto, el testador puede excluir a un legitimario con sólo mencionarle sin tener que expresar las causas por las que lo hace, también puede suceder que manifieste esas causas y que no sean ciertas; es entonces cuando surgiría esta peculiar *desheredación singular*.

La regulación merece críticas no sólo por falta de precisión conceptual, sino también por la solución que da y por la ambigüedad de la misma. A mi juicio, resulta mucho más acertada la regulación que para el mismo problema establece el art. 767 del Código Civil, según el cual *la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa*. Me parece conveniente hacer un esfuerzo por intentar reconducir los efectos de esa desheredación singular aragonesa con arreglo a las orientaciones que resultan de este art. Y aunque no es posible hacer aquí un estudio en profundidad del mismo, creo que puede decirse que de esa reconducción derivaría que para que existiera la desheredación singular serían precisos los siguientes requisitos: (a) que la causa de la exclusión apareciera formulada en el mismo testamento, (b) que el testador ignorara la falsedad de dicha causa, puesto que si la conocía es que quería excluir al legitimario con pleno conocimiento de lo que hacía, y (c) que la causa falsa haya sido verdaderamente determinante de la exclusión, cuestión ésta que resultará de la interpretación del testamento, y que el Código Civil no la presume en caso de duda⁽⁶³⁾.

2. Por otro lado, centrándonos en la desheredación total, la regulación conjunta con la preterición lleva al absurdo de prever el supuesto de desheredación de legitimarios cuya existencia ignoraba el testador. Por ello, suele entenderse que el efecto de la desheredación total injusta siempre es la delación abintestato de los dos tercios del caudal hereditario y nunca la de todo el caudal⁽⁶⁴⁾.

Por último, decir que se ha discutido si debe entenderse como desheredación total o como singular el caso de que sean desheredados todos los legitimarios pero unos lo sean con justa causa y otros no. Existen opiniones discrepantes en la doctrina sobre el particular, pero me parece más acertada la que considera que estaremos ante un supuesto de desheredación singular injusta de los que lo hayan sido sin justa causa, entendida en la forma que hemos dicho antes⁽⁶⁵⁾.

(62) Así, Lacruz Berdejo (*Preterición ... cit.*, pág. 547) y Merino Hernández (*ob. cit.*, pág. 35).

(63) Sin embargo, Lacruz Berdejo (*El Derecho de Sucesión ... cit.*, pág. 160 y *Preterición ... cit.*, pág. 547) cree que con arreglo a este precepto en Aragón se presume que la causa expresada es determinante.

En cualquier caso, parece un buen consejo, dadas las dudas que plantea la regulación aragonesa, que si no se quiere que lo expresado como motivo de la exclusión se le dé la consideración de determinante, lo mejor es no expresar causa alguna.

(64) Así, Merino Hernández (*ob. cit.*, págs. 40 y 41), quien alega en favor de esta solución la propia interpretación literal del artículo en cuestión, que prevé la delación abintestato de dos tercios del caudal cuando la existencia de todos los legitimarios era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición por causa de muerte, lo que sucede por definición en el caso de los legitimarios desheredados, y el antecedente del Apéndice foral de 1925, que establecía precisamente esa solución en el art. 32.

(65) Es la solución de Merino Hernández (*ob. cit.*, pág. 39), sobre la base de considerar que para que haya desheredación total es preciso que la misma sea injusta respecto de todos los legitimarios. Sin embargo, Lacruz Berdejo (*Las legítimas ... cit.*, pág. 527) cree que en esta materia existe una laguna en la Compilación y que debe resolverse igual que si de un supuesto de desheredación colectiva se tratara.

C) La lesión de la legítima

«Lesión de la legítima colectiva»

Artículo 124. *No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de legitimarios a la cuantía de la legítima colectiva, cualquiera de ellos designado heredero, donatario universal o, en otro caso, cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, podrá pedir, en cuanto le perjudiquen, la reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes».*

Se refiere este precepto a la reducción de liberalidades inoficiosas, es decir, las hechas a no descendientes que excedan del tercio de libre disposición (las hechas a legitimarios, en Aragón, por definición, nunca son inoficiosas). A mi juicio, la expresión *liberalidades* hay que entenderla en un sentido amplio, que comprenda no sólo los legados y las donaciones sino también las atribuciones percibidas en concepto de institución de heredero. Es decir, este art. se refiere tanto a la llamada acción de suplemento de legítima, dirigida contra los herederos, como a las de reducción de legados y donaciones inoficiosas.

El principal problema que plantea esta acción en Aragón es el de conjugarla con el carácter colectivo de la legítima. Parte de la doctrina ha entendido que la solución adecuada sería permitir a cada legitimario accionar para el conjunto, pidiendo la supresión o reducción de liberalidades hasta encerrar éstas en el límite de la porción libre⁽⁶⁶⁾. El Proyecto Aragonés de Compilación facultaba al legitimario para pedir la reducción de liberalidades *en beneficio propio*, de donde parecía inferirse que la reducción podía abarcar la totalidad de la medida en que el causante infringió la legítima aun accionando un solo heredero. El texto definitivo de la Compilación, sin embargo, al utilizar la expresión *en cuanto le perjudiquen*, hace compatible la legítima colectiva con la pretensión legitimaria individual sobre la parte proporcional de aquella en poder de terceros correspondiente a cada legitimario, solución que me parece más acertada y justa, ya que aunque la legítima sea colectiva para el testador, una vez que éste ha distribuido su herencia entre los legitimarios, ya tienen una pretensión legitimaria individual referida a la parte de legítima que aquél les haya atribuido, y es esa pretensión individual la que deben poder defender a través de esta vía.

La norma tiene dos partes.

1. En primer término, se atribuye la acción a cualquiera de los legitimarios designado heredero o donatario universal⁽⁶⁷⁾. Creo que esta atribución preferente de legitimación no deja de ser discutible⁽⁶⁸⁾. En cualquier caso, se deduce de esta norma que en estos casos los demás legitimarios no podrán recibir parte alguna de la legítima en poder de terceros, correspondiendo ésta íntegramente a los legitimarios que reúnan tales requisitos. Y el que de éstos ejercite la acción, lo que obtendrá será una porción de esa parte de legítima en poder de no legitimarios equivalente a la proporción de la legítima colectiva atribuida por el

(66) Así, Lacruz Berdejo (*La defensa de la legítima ... cit.*, pág. 286, y *El Derecho de Sucesión ... cit.*, pág. 165) y Merino Hernández (*ob. cit.*, págs 54 y 55).

(67) Lacruz Berdejo (en *La defensa ... cit.*, pág. 281) excluye de este apartado al legatario de parte alícuota e incluye al instituido ex re certa cuando sea verdadero heredero y no un legatario designado impropiaamente. El componente Magistrado Don Luis Gil Nogueras hace notar que según el art. 101 de la Compilación el donatario universal puede no tener la consideración de heredero contractual, cuando así se haya pactado. Y cree que, aunque el art. 124 se olvida de tal posibilidad, el donatario universal sólo tendrá la legitimación reforzada que le otorga este precepto cuando sea heredero.

(68) Lacruz Berdejo (en *La defensa ... cit.*, págs. 280 y 281) explica que la Comisión compiladora aragonesa, y antes el Seminario que preparó sus trabajos, trataron aquí de adecuar la atribución del resto de legítima global no señalado ni satisfecho por el causante a su presumible voluntad, y por ello la reducción de las liberalidades la concede la ley al heredero o donatario universal, en quien se concentra la legítima global, entendiéndose que los demás legitimarios sólo tienen derecho a la cosa o cantidad concretas señaladas por el causante. Ahora bien, él mismo reconoce a continuación que alguna vez, como ocurre siempre con las reglas abstractas, el resultado será contradictorio con la voluntad del causante, como si éste ha hecho importantes donaciones in vida a hijos suyos, y otras a extraños, hasta el punto de no quedarle prácticamente nada al fallecer, e instituye entonces heredero universal a un hijo a quien nada donó, con ánimo de darle alguna cosa, si algo queda pagadas las deudas, pero no de igualarle o preferirle en relación a sus hermanos; puede suceder que, mediante el ejercicio de la acción de reducción, consiga mayor suma de bienes que todos los demás juntos.

testador a todos los legitimarios herederos o donatarios universales que haya correspondido al accionante. A estos efectos, creo que sería más justo tener en cuenta todas las vías a través de las cuales el testador haya distribuido su legítima, es decir, tanto lo percibido por vía de herencia, como de legado, como de donación entre vivos. Sin embargo, el criterio dominante es el de hacer la proporción a la parte en que sean herederos⁽⁶⁹⁾.

2. En otro caso, nos dice el precepto, podrá accionar *cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar*. Surgen varios problemas:

a. Cómo debe interpretarse la expresión en otro caso, es decir, cuándo podrán ejercitar esta acción los legitimarios no herederos ni donatarios universales. Parece claro que cuando no haya testamento o contrato sucesorio o habiéndolo falte o no llegue a surtir efectos la institución de heredero o el nombramiento de donatario universal o cuando los designados sean extraños. Ahora bien, cuando hay legitimarios herederos o donatarios universales y sencillamente no ejercitan la acción, surge la duda de si lo podrán hacer los que no lo sean. En mi opinión, se debería permitir ejercitarla a estos legitimarios, si tienen el consentimiento de los que sean herederos o donatarios universales e incluso no teniéndolo si previo requerimiento que se les haga al efecto no ejercitan la acción en un plazo razonable, pudiendo tal vez servir como orientación las reglas sobre la *interpelatio in iure* del art. 1.005 del Código Civil⁽⁷⁰⁾, calculándose en tal supuesto la pretensión legitimaria individual teniendo en cuenta a todos los legitimarios, con independencia de su título.

b. En cuanto a qué podrían obtener los legitimarios por esa vía, suele entenderse que habrá que estar a las proporciones en que heredarían abintestato, sin tener en cuenta las atribuciones singulares, donaciones o legados⁽⁷¹⁾. Vuelvo a insistir en que me parecería más justo tener en cuenta todas las vías a través de las cuales el testador ha distribuido la legítima entre sus descendientes, sin excluir estas últimas⁽⁷²⁾.

c. Es también discutible si es preciso para que el legitimario pueda ejercitar la acción que haya recibido algo de la legítima material. Probablemente, la mejor solución es la que entiende que los que nada han recibido se entiende que el testador los ha querido excluir incluso por vía de suplemento o de reducción de liberalidades inoficiosas⁽⁷³⁾.

(69) Así, Lacruz Berdejo (*El Derecho de Sucesión ... cit.*, págs. 154 y 155 y *La defensa ... cit.*, pág. 282) cree que la pretensión de legítima se ha de dividir entre los legitimarios herederos o donatarios universales considerando que a cada uno le corresponde una fracción de esos dos tercios del caudal computable proporcional a la cuota en que ha sido instituido heredero, sin tener en cuenta las atribuciones singulares que a cada uno pudo hacer el testador.

(70) Sin embargo, Merino Hernández (*ib. cit.*, págs. 52 y 53) considera que no pueden ejercitar la acción estos legitimarios cuando existiendo herederos o donatarios universales dejen de ejercer la acción, pues el «en otro caso» del art. 124 hace referencia exclusivamente a la existencia o no de herederos o donatarios universales, y no al hecho de que ejerciten o no la acción de defensa, si bien reconoce que en la práctica puede resultar injusto y gravemente lesivo para el legitimario no heredero que, por inacción de los herederos o donatarios universales ve perjudicada su cuantía legitimaria, y concluye diciendo que esta cuestión merecería la pena resolverla en una próxima reforma de la Compilación aragonesa. También el componente Magistrado Don Luis Gil Nogueras cree que la redacción del precepto fuerza la solución negativa, añadiendo que la respuesta positiva produciría problemas derivados de la situación de interinidad que se crearía, porque de los que no hay duda es de la subsistencia de la acción del heredero o donatario universal; según él, los demás legitimarios podrán ejercitar la acción cuando haya caducado la de éstos; si bien, personalmente no parece muy favorable tal interpretación, ya que llevaría a duplicar los plazos durante los cuales estas acciones pueden ejercitarse, alargándolos excesivamente.

(71) Así, Lacruz Berdejo (en *El Derecho de Sucesión ... cit.*, pág. 156, y en *La defensa ... cit.*, págs. 281 y 282).

(72) Coincidiendo con esta última postura, el componente Magistrado Don Luis Gil Nogueras cree que no tiene sentido que la acción se atribuya también a los legitimarios meramente nombrados o mencionados pero a los que el testador nada dejó.

(73) Así lo entiende Merino Hernández (*ib. cit.*, pág. 53), si bien dice que no sería disparatado pensar que también los descendientes que no se encuentren en la situación de favorecidos por su causante puedan tener un interés indirecto para salvaguardar la legítima material colectiva, e impedir que bienes que deberían incluirse en ella puedan pasar a manos de terceras personas, incluso extraños a la familia, y considera que quizá el legislador debería haber ampliado la acción de defensa también a estos otros legitimarios, siendo, según él, un nuevo punto sobre el que reflexionar para una futura reforma del texto compilado.

Por último, decir que, como en tantas otras materias, la regulación de la Compilación es sólo fraccionaria, por lo que para el resto de las cuestiones que plantean las acciones de suplemento de legítima y de reducción de legados y donaciones inoficiosas, habrá que acudir al Código Civil en cuanto no se oponga a los principios básicos en que se inspira el Derecho Aragonés⁽⁷⁴⁾.

D) La intangibilidad de la legítima.

«La intangibilidad de la legítima.

Artículo 125. Los gravámenes sobre la legítima se tendrán por no puestos, salvo:

1º Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes.

2º Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto.

3º Las prohibiciones de enajenar u otras limitaciones establecidas con justa causa.

4º Los demás gravámenes y prohibiciones previstos por la Compilación».

El principio en que se basa esta norma es el de que los legitimarios deben recibir la legítima sin sujeción a cargas, gravámenes o limitaciones que el testador quisiera imponer⁽⁷⁵⁾. Es uno de los aspectos de lo que se denomina la intangibilidad cualitativa de la legítima.

La Compilación admite 4 excepciones a este principio general:

1. Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes. Lo cual es coherente con el carácter colectivo de la legítima material aragonesa.

2. Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto. Son las disposiciones de tipo preventivo, que no coartan la voluntad del legitimario favorecido y simplemente se sobreponen a las normas de la sucesión intestada⁽⁷⁶⁾.

3. Las prohibiciones de enajenar u otras limitaciones establecidas con justa causa. El examen detallado de este supuesto nos tendría que llevar necesariamente a estudiar complicadas materias como las prohibiciones de disponer, el modo, la condición, etc. Por ello, vamos a tratar sólo los aspectos más relevantes y la norma aragonesa. Por de pronto, la redacción es confusa, ya que no deja claro si la exigencia de justa causa es predicable sólo respecto de esas «otras limitaciones» o también de las prohibiciones de enajenar, si bien me parece que debe entenderse exigible para ambas, ya que esa justa causa ha sido una exigencia muy vinculada a las prohibiciones de disponer y no tendría mucho sentido hacer un

Sin embargo, Lacruz Berdejo (en *La defensa ... cit.*, pág. 282) cree que en defecto de heredero o donatario universal todos los legitimarios de primer grado tienen la pretensión de legítima igual que si se tratase de herencia intestada, y con independencia de si han sido o no mencionados en el testamento, o favorecidos con legados o con donaciones entre vivos.

(74) Sobre los preceptos del Código Civil aplicables aquí, el componente Magistrado Don Luis Gil Noguera hace algunas consideraciones. Así, entiende inaplicable en buena medida el art. 820-3, toda vez que el régimen de gravámenes sobre la legítima es distinto en Derecho Aragonés y en Derecho común; también cree que no puede aplicarse el art. 821-2, ya que difícilmente el legatario legitimario podrá ver cómo el legado obtenido supera su cuota legitimaria individual, ya que ésta no existe (salvo que sólo haya un descendiente); tampoco puede regir el art. 655-1º, por establecer una legitimación activa con relación a la acción de reducción distinta de la prevista por el art. 124 de la Compilación; y tampoco su párrafo 2º, ya que en Aragón se permite la renuncia a la legítima con carácter previo a la muerte del causante (art. 106 de la Compilación) y si se puede lo más, la renuncia a la legítima, cómo no se va a poder renunciar a lo menos, que es la acción de cumplimiento de la misma.

(75) Distinto sería que los bienes o derechos que constituyen el caudal relicto ya tuvieran algún gravamen previo, si bien Lacruz Berdejo (en *La defensa ... cit.*, pág. 292) exceptúa el supuesto de que esa situación se hubiera buscado de propósito.

(76) Lacruz Berdejo (*La defensa de la legítima ... cit.*, pág. 295).

régimen más beneficioso para éstas que para las demás limitaciones. Por otra parte tampoco se aclara la naturaleza del gravamen a que se refiere la norma y el significado del requisito causal que exige.

a. En cuanto a la naturaleza del gravamen, el precepto habla de *prohibiciones de enajenar u otras limitaciones*. El concepto de las *prohibiciones de enajenar* está más o menos claro: se trata de las que el testador impone a alguno de los sucesores y que conllevan una auténtica reducción de la facultad dispositiva, sin atribuir derecho determinado a la persona a la que puedan beneficiar las prohibiciones. En este sentido se distinguirían de las sustituciones fideicomisarias, en las que sí que existe esa atribución de un derecho a favor de determinada persona⁽⁷⁷⁾.

Más dudoso es qué deba entenderse por esas *otras limitaciones* a que se refiere el precepto. El Proyecto aragonés de Compilación en este punto hablaba de *otras limitaciones de tipo puramente negativo*, pero esta última referencia se suprimió posteriormente, por lo que hoy no parece que existan inconvenientes a las limitaciones de tipo positivo, y en consecuencia aquí podrían incluirse, en principio, todas las que admiten los actos de disposición por causa de muerte⁽⁷⁸⁾: el modo, la condición, el término, la sustitución fideicomisaria, las sustituciones pupilar y ejemplar, la prohibición de partir la herencia o de dividir la cosa común, las restricciones a la administración de los bienes heredados, la prohibición al descendientes que limite el usufructo viudal de su cónyuge conforme al art. 72-2 de la Compilación, etc. Lo que realmente va a actuar como delimitador del supuesto va a ser el otro requisito, el de la justa causa.

b. El aspecto esencial es el de determinar cuándo existe «*justa causa*». En materia de prohibiciones de disponer, suele entenderse, como se ha dicho, que es precisa la existencia de una justa causa para su eficacia, y se considera normalmente como tal un interés justo y legítimo en cuyo servicio se impusieran aquéllas, interés que podía ser del propio disponente, del mismo gravado o de un tercero⁽⁷⁹⁾. Pues bien, a mi juicio, el significado de esa «*justa causa*» en el ámbito que tratamos es necesariamente más estricto, sin perjuicio de que en Aragón también quepa establecer este tipo de limitaciones fuera del campo legítimo con arreglo a las reglas generales de Derecho. Concretamente, el interés justo y legítimo protegido por la prohibición de disponer o esa otra limitación tiene que ser del propio legitimario al que se le impone⁽⁸⁰⁾. De aquí, y dentro de lo dudoso de la materia, podemos deducir varias conclusiones: (1) No existirá nunca esa justa causa en la condición, el término y la sustitución fideicomisaria, ya que en ellos siempre se busca favorecer previa o posteriormente a un tercero a costa en este caso del legitimario⁽⁸¹⁾. (2) La admisión en

(77) Lo cual quiere decir que, como señala Vallet de Goytisolo (en *Panorama de Derecho Sucesorio*, I, p. 370 y ss.), las prohibiciones absolutas de disponer por causa de muerte, es decir, las que impiden disponer con independencia de la persona a cuyo favor se haga el acto de disposición, implican sin duda sustitución fideicomisaria, y si se han autorizado las enajenaciones entre vivos significan una sustitución fideicomisaria de residuo; ello es así porque en estos casos está claro que hay una finalidad de que determinadas personas adquieran la herencia o legado después de los primeramente designados, y de este modo fue razonado por la STS 27-IX-30; y si el testador nombra a determinada persona con el fin de que adquiera la herencia o el legado después del heredero o legatario sujetos a la prohibición, estaremos también ante una sustitución fideicomisaria.

(78) Merino Hernández (*ob. cit.*, págs. 65 a 67), sin embargo, al comentar este precepto, sólo se refiere a las prohibiciones y limitaciones de disponer, con lo que parece dar a entender que esas «*otras limitaciones*» lo son de disponer también.

(79) La Compilación de Derecho Civil de Cataluña en su art. 117 concretaba normativamente este requisito, no establecido en el Derecho positivo común, diciendo que era preciso que la prohibición o limitación respondiera a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien. Curiosamente, el reciente Código de Sucesiones en su art. 166 no ha recogido esta exigencia, discutiéndose si se ha querido suprimir el requisito.

(80) Lacruz Berdejo (en *La defensa de la legítima ... cit.*, pág. 297) identifica la justa causa con «el mayor beneficio del legitimario». También sería válida cuando el beneficio se predica respecto de cualquier otro legitimario, pero esa validez se basaría en el número 1 del precepto.

(81) Sin perjuicio de que puedan ser admisibles los establecidos a favor de otros descendientes, pero sobre la base de la excepción 1ª y no de ésta.

Aragón de las sustituciones pupilar y ejemplar creo que no admite duda, puesto que aunque no se regulan expresamente en la Compilación, nada se opone a la aplicación supletoria de las reglas del Código Civil, por lo que su admisión, además, podría fundarse en la excepción 4ª que luego veremos⁽⁸²⁾. (3) La admisión de los modos positivos viene siendo discutida, y sobre la base de que éstos pueden dar lugar a la resolución por incumplimiento consideraran algunos autores que sólo podrían admitirse si se prevé que en tal supuesto los bienes recibidos con esa sujeción vayan a parar a otros legitimarios⁽⁸³⁾; por mi parte, y dado que en muchos casos será posible exigir el cumplimiento forzoso del modo y establecer cautelas y garantía para asegurar su cumplimiento, creo que como regla de principio hay que admitirlos (por ejemplo, imponer que los bienes heredados se destinen al pago de los estudios del legitimario), si bien si al final se llega a la resolución, no parece viable evitar la regla de que la legítima debe ser para descendientes.

En cualquier caso, si hay discrepancia sobre la existencia de la justa causa, tendrá que ser el Juez el que determine si concurre, sobre la base de las alegaciones y las pruebas aportadas.

Para el Derecho general, se ha discutido si la justa causa que la mayoría de la doctrina exige para toda prohibición de disponer en general es preciso que se exprese en el título sucesorio, si bien la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18-1-63, dictada para Cataluña, dio por buena la eficacia de una prohibición de disponer sin expresión de causa, impidiendo la inscripción de una escritura de hipoteca otorgada por los gravados. Personalmente y en concreto respecto de Aragón tampoco creo imprescindible esa constancia expresa de la justa causa de la prohibición de disponer u otra limitación impuesta al legitimario⁽⁸⁴⁾, si bien su mención en el testamento facilitará su prueba y de ahí la conveniencia de que se haga constar en él.

Puede plantearse cuál ha de ser el tratamiento registral de estas limitaciones. Es decir, si la calificación registral puede extenderse a la existencia de esta justa causa, de modo que el Registrador de la Propiedad debería denegar o suspender la inscripción de la prohibición de disponer o limitación mientras no se justificara la concurrencia de la misma. A mi juicio, la solución debe ser negativa, igual que no es objeto de calificación la existencia de esa justa causa que también se exige para las prohibiciones de disponer en general, entre otras cosas porque el marco del procedimiento de inscripción es demasiado estrecho para el tratamiento de esta cuestión.

Por lo demás, me parece claro que estos gravámenes necesitarán para su eficacia los requisitos precisos según su propia naturaleza. Así, por ejemplo, tratándose de prohibiciones de disponer no podrán exceder de los límites del art. 781 del Código Civil⁽⁸⁵⁾.

(82) Distinto es el complicado tema de si estas sustituciones se extenderán a los bienes propios del menor o incapaz, en el que aquí no puede entrarse. Únicamente, decir que el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 estableció entre sus conclusiones la siguiente (Capítulo IV, Sucesiones, Tema 1, 4ª): *Los padres podrán nombrar sustitutos a sus hijos menores o incapacitados tan solamente en los bienes procedentes de los mismos. Esta sustitución se extinguirá cuando el menor llegue a la edad en que pueda hacer testamento o cuando cesare su incapacidad* (así lo relata Joaquín Costa en *La libertad civil ... cit.*, pág. 86).

(83) Así, Lacruz Berdejo (en *La defensa ... cit.*, pág. 297) dice que *no parece entren en el concepto de «limitaciones» los gravámenes o modos positivos, aun justificados: entregar una cantidad, establecer una industria, cursar una carrera, etc., los cuales sólo podrían imponerse si los bienes, caso de no cumplirse, fueran a parar a otros legitimarios*. Ahora bien, no deja de ser curioso que el mismo autor inmediatamente antes pusiera como ejemplo ejemplo de limitación admisible que se ordene conservar en la empresa a un leal empleado que la salvo de la ruina, lo cual tiene un carácter predominantemente positivo.

(84) En este sentido, Merino Hernández (*ob. cit.*) dice que Roca Sastre considera acertadamente que no siempre será preciso que la justa causa se manifieste de forma expresa en el otorgamiento sucesorio, y que la misma podrá deducirse de la propia voluntad manifestada por el causante.

(85) Así, Lacruz Berdejo (*La defensa de la legítima ... cit.*, pág. 296). Sin embargo, Merino Hernández (*ob. cit.*, págs. 65 y 66) no cree aplicables a las prohibiciones de disponer en general en Aragón las limitaciones del art. 781 del Código Civil, considerando que si se exige la justa causa, éste es un elemento bastante más importante que el de la temporalidad, basándose además en el principio de autonomía de la voluntad y libertad civil, si bien admite que no caben prohibiciones perpetuas de enajenar. Coincide con esa última posición el componente Magistrado Don Luis Gil Noguera.

4. Los demás gravámenes y prohibiciones previstos por la Compilación. Es una norma de cierre absolutamente innecesaria, donde se incluye como supuesto más típico el del derecho de usufructo universal de viudedad⁽⁸⁶⁾. En relación con éste, se plantea un problema relacionado con el art. 73 de la Compilación. Éste regula el supuesto de matrimonio de persona que tuviera descendencia conocida con anterioridad, disponiendo que en tal caso el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. Pues bien, cabe plantearse sobre qué recaerá este derecho de usufructo. Son varias las posibles soluciones. Podría pensarse que lo que pretende el legislador es separar al máximo los intereses de los hijos anteriores y el cónyuge viudo, por lo que el usufructo debería recaer lo mínimo posible sobre la legítima, y en consecuencia tendría que gravar todo el tercio de libre disposición, mientras que la legítima sólo en lo que excediera hasta completar la mitad de la herencia. Ahora bien, la cuestión puede complicarse mucho si entramos en el casuismo que puede darse: junto a los hijos no comunes puede haber otros que sí que lo sean y en ese caso puede que el testador haya atribuido toda la herencia a los de un origen o a los del otro o la haya distribuido igual o desigualmente entre unos y otros, etc. Por ello, me parece que la solución más segura es entender que el usufructo en tal caso recaerá sobre la mitad de la herencia entendida globalmente, afectando a toda ella proporcionalmente. Lo que no creo posible es dejar al testador la facultad de determinar la parte afectada por el derecho de viudedad, ya que el espíritu que emana de la norma es el de la imperatividad.

Por otro lado, creo que en este cuarto apartado entran también los gravámenes y prohibiciones regulados en el Código Civil y admitidos en Aragón por vía de supletoriedad, como las citadas sustituciones pupilar y ejemplar, los nombramientos por el testador de albacea y de contador-partidor, etc.⁽⁸⁷⁾.

Por último, quiero tratar específicamente la cuestión de la admisibilidad en Aragón de las llamadas **cautelas de opción compensatoria de legítima**, prototipo de la cual es la llamada «cautela socini», es decir, la disposición por causa de muerte en la que el testador deja a un legitimario bienes superiores a su legítima pero sujetos a algún gravamen y con la prevención de que si no acepta dicho gravamen su derecho se reducirá estrictamente a la legítima. Es cierto que en Aragón, y dada la existencia del derecho de viudedad, estas cautelas tienen menos utilidad que en el Derecho común, donde se utilizan para atribuir al cónyuge el usufructo universal; pero también lo es que su utilización puede igualmente pretenderse (imaginemos el supuesto del cónyuge de hecho o sencillamente que el testador quiera dejar algún beneficio a un tercero), lo que nos impone plantearnos su eficacia. En el Derecho común, la mejor doctrina⁽⁸⁸⁾ pone de manifiesto que su aplicación a la mejora es problemática, ya que al atribuirse ésta en favor del hijo o hijos que acepten el gravamen, la entidad global descendientes sufre colectivamente una condición que favorece al titular de ese gravamen, un no legitimario; y por ello, dicha doctrina considera que estas cautelas aplicadas a la mejora sólo son eficaces cuando se las hace jugar junto con el tercio de libre disposición, es decir, cuando se da a elegir a los legitimarios entre recibir la mejora y el ter-

(86) Como dice Merino Hernández (*ob. cit.*, pág. 67), el cual añade que debería modificarse la Compilación en el sentido de admitir la imposición de gravámenes sobre la legítima en beneficio del cónyuge, que permitieran establecer una sustitución fideicomisaria de residuo, en la que resultara llamado como heredero de primer grado el cónyuge viudo y como herederos fideicomisarios los correspondientes descendientes, ya que entiendo que tal cosa es deseada por muchos testadores. Por mi parte, como ya se ha dicho al principio, voy más lejos y digo que debería establecerse una plena libertad de testar, con las únicas limitaciones ya comentadas.

(87) Sin embargo, Lacruz Berdejo (en *La defensa... cit.*, págs. 297-298) dice que la redacción del apartado parece excluir las limitaciones previstas por el C.c., que sólo serían admisibles mediante alegación de justa causa y si se adaptan al sentido del n.º 3. Y en parecidos términos se manifiestan los componentes Ignacio Martínez Lasiera y Luis Gil Noguera, arguyendo que lo que sucede es que en los casos mencionados siempre existirá la justa causa, de modo que en realidad tendrán cabida en el supuesto tercero. Sin embargo, me parece que decir que siempre habrá justa causa es como decir que el requisito es inútil.

(88) Vallet de Goytisolo (*Estudios de Derecho Sucesorio, Volumen III. Estudios dispersos sobre las legítimas*, págs. 493-500).

cio de libre disposición aun con el gravamen o sólo su legítima, puesto que así el condicionamiento global que sufre la entidad global hijos puede estimarse compensado con la posibilidad de recibir parte del tercio de libre disposición. Pues bien, esto viene a cuento de que la legítima colectiva aragonesa tiene unas características equivalentes al tercio de mejora común. Y por ello me parece que estas consideraciones son válidas para la legítima aragonesa: en consecuencia, para que la cautela sea válida lo inicialmente atribuido a los legitimarios, aun gravado, debe incluir también el tercio de libre disposición.

El Reglas especiales sobre imputación

«Imputación en la legítima

Artículo 126. 1. *No se considerará preterido el legitimario que, a costa del ascendiente, haya seguido carrera profesional o artística, o recibiera de él liberalidades no usuales.*

2. *Si con ocasión del nombramiento de heredero en contrato se asignan a cargo del instituido donaciones o dotes a los otros legitimarios, éstos habrán de imputar en pago de su haber lo recibido posteriormente del causante o del heredero, por los conceptos del párrafo anterior.*

3. *La imputación de lo gastado en una carrera se hará en la medida establecida para la colación en el Código Civil».*

Este precepto establece varias reglas:

1. En el apartado primero, se aclara el concepto de preterición, al disponer que no es preterido el legitimario al que, aun no mencionándosele en el testamento, hubiera seguido carrera profesional o artística o hubiera recibido de él liberalidades no usuales. Se trata de una repetición-aclaración del art. 120 sobre legítima formal y del concepto de preterición en el Derecho Aragonés, ya examinados. A mi juicio, la *carrera* a que se refiere este precepto no es preciso que sea necesariamente universitaria; y tampoco es necesario que la carrera se finalice con provecho, ya lo que se tiene en cuenta es el gasto hecho, el sacrificio económico realizado por el padre, y no el resultado obtenido⁽⁸⁹⁾.

2. El apartado segundo se refiere al supuesto en el que el padre ha designado heredero contractual a uno de sus descendientes imponiéndole a su cargo determinadas donaciones o dotes a favor de otros legitimarios; pues bien, en tal caso lo recibido por éstos posteriormente del causante o del heredero, por los conceptos del apartado anterior (es decir, gastos de carrera y liberalidades no usuales) se imputarán a lo que tendrían que recibir según el contrato sucesorio. Se ha discutido si esta norma, en principio prevista para la sucesión contractual, es aplicable también a la sucesión testamentaria. Personalmente, creo que la identidad de razón que permite la aplicación de la analogía existe en este caso⁽⁹⁰⁾.

3. Por último, el apartado tercero completa los dos anteriores añadiendo cuándo esos gastos son imputables a la legítima y por tanto producen los efectos expresados en los dos párrafos anteriores. Concretamente, dice que la imputación de los gastos hechos por el padre en dar una carrera al legitimario se hará en la medida establecida para la colación en el Código Civil, lo cual supone la aplicación del art. 1.042 de dicho cuerpo legal, con arreglo

(89) Merino Hernández (ob. cit., págs. 70 y 71) dice que dado que actualmente y según el art. 142 del Código Civil es obligación de los padres proporcionar educación e instrucción a sus hijos aun alcanzada por éstos la mayoría de edad, dar al hijo una carrera profesional o artística no debería ser causa de exclusión de la preterición. Por mi parte, no estoy de acuerdo, ya que en mi opinión de lo que se trata es de no castigar la libertad de testar del padre que ha llevado a cabo un importante esfuerzo personal y económico dándole una educación a su hijo.

(90) Así lo piensa también Lacruz Berdejo (*Derecho de Sucesión ... cit.*, pág. 169). Sin embargo, Merino Hernández (ob. cit., pág. 74) cree que el precepto está impregnado del supuesto que representa el pacto sucesorio. Con esta última posición coincide el coponente Magistrado Don Luis Gil Negueras, por similitudes razones.

al cual se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres⁽⁹¹⁾.

RENUNCIA A LA LEGÍTIMA

El estudio de la renuncia a la legítima en Aragón plantea bastantes problemas. Vamos a centrarnos en dos cuestiones: sus requisitos, y sus efectos.

Por lo que se refiere a los **REQUISITOS** de la renuncia de la legítima, hay que decir que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho común, en Aragón la legítima puede ser renunciada tanto después de fallecido el causante como en vida del mismo.

1. La hecha después de fallecido el causante se regirá por las mismas reglas que la renuncia hereditaria en general. En materia de forma, se aplicará el art. 1.008 del Código Civil, que exige que se haga en instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaria o abintestato. En cuanto a la capacidad, hay que tener en cuenta la especialidad aragonesa existente en el art. 137, que dispone que *los menores de edad mayores de catorce años pueden aceptar por sí una herencia, pero no repudiarla*, lo cual ha sido interpretado por la mayor parte de la doctrina, en coordinación con el art. 5 de la Compilación, en el sentido de que el mayor de catorce años puede repudiar la herencia, si bien necesitará para ello la asistencia de sus padres, tutor o Junta de Parientes⁽⁹²⁾.

2. La realizada en vida del causante tiene una regulación específica en la propia Compilación:

«Renuncia a la legítima.

Artículo 106. La renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que le provengan de disposiciones testamentarias del causante».

Si aparece en sede de sucesión paccionada es porque se entiende que aun siendo un acto unilateral, en la medida en que la misma no sea aceptada por el causante de cuya sucesión se trate carecerá de verdadera efectividad, por cuanto su autor podrá arrepentirse de la misma y dejarla sin valor ni efecto alguno⁽⁹³⁾. De hecho, lo normal es que esta renuncia no sea gratuita sino que se haga a cambio de la entrega de dinero o bienes, con ocasión del matrimonio o del establecimiento profesional del renunciante, de ahí su carácter eminentemente contractual. Lo que no cabe es el pacto de renuncia entre varios de los hijos, es decir, sin intervención del causante, ya que los pactos sucesorios que la Compilación permite son los que se otorgan sobre la propia sucesión (art. 99.1).

(91) Merino Hernández (*ob. cit.*, págs. 71 y 72) también critica este criterio por la injusticia que según él puede conllevar, añadiendo que puede ser lógico y hasta cierto punto coherente cuando el hijo ha salido fuera de casa a estudiar por capricho o sin verdadera necesidad, pero deja de serlo y raya en la injusticia cuando esa salida del hogar familiar le viene impuesta al hijo como consecuencia de la propia estructura educativa española, concluyendo que esta norma viene a primar, discriminatoriamente, a los que viven habitualmente en importantes ciudades universitarias y «castiga» injustamente a los habitantes del medio rural o de ciudades de escasas posibilidades a estos efectos. Ahora bien, me parece que a quien habría que tener en cuenta es al padre que ha realizado un sacrificio económico importante para dar una carrera a su hijo, con independencia de cuáles sean las causas, y no creo que sea justo que ese padre vea limitada su libertad de testar más que en una parte razonable; lo que exceda de lo normal, por tanto, ha de ser imputable a la legítima; además, no hay que olvidar que la legítima en Aragón es colectiva y que por tanto a lo mejor los beneficiados por esa no imputación a la legítima son otros hijos.

(92) Ver Merino Hernández (*ob. cit.*, págs. 138 a 140).

(93) Así, Lacruz Berdejo (*Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1971, pág. 752), Cristóbal Montes (*La sucesión contractual aragonesa*, 1978, pág. 124) y Merino Hernández (*ob. cit.*, pág. 239).

Como tal pacto sucesorio, requerirá capitulaciones matrimoniales o al menos documento público (art. 99 de la Compilación), si bien no parece haya inconveniente en que la renuncia y la aceptación se produzcan en momentos diferentes, siempre que ambas se hagan en documento público⁽⁹⁴⁾. En cuanto a la capacidad para llevar a cabo esta renuncia, un sector de la doctrina deduce del art. 99 que habrá que distinguir entre la renuncia llevada a cabo en capitulaciones matrimoniales, para la que bastará la capacidad para otorgar éstas, y la extracapitular, que requerirá los 18 años exigidos por la segunda parte del apartado primero de ese precepto⁽⁹⁵⁾.

En lo relativo a los EFECTOS de la renuncia, surge concretamente el problema de a quién favorece la misma. El estudio de esta cuestión requiere plantearse dos problemas:

1. En primer lugar, si la legítima correspondiente al renunciante pasa a sus descendientes. Ello no puede suceder por derecho de representación, puesto que éste no juega en el caso de renuncia (art. 923 del Código Civil). El tránsito a los descendientes del renunciante donde podría fundarse en el art. 141 de la Compilación, que, como ya sabemos, bajo la rúbrica «sustitución legal», dispone en su primer apartado que *salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes*. No podemos ahora entrar en el estudio de toda la problemática que plantea dicho art.⁽⁹⁶⁾, pero creo que sí que es útil hacer unas referencias a su ámbito de aplicación. Y sobre esa cuestión me parece que, a pesar de su situación sistemática, tal precepto sólo se aplica a las atribuciones voluntarias testamentarias. En efecto, no se aplica a la sucesión contractual porque para ella existe un precepto específico en el art. 105 de la Compilación⁽⁹⁷⁾. Tampoco se aplica a la sucesión intestada sencillamente porque tal cosa nos llevaría a resultados disparatados⁽⁹⁸⁾. Pues bien, a mi juicio, igualmente no rige para la legítima en sí misma consi-

(94) Así, Merino Hernández (ob. cit., pág. 242).

El coponente Magistrado Don Luis Gil Noguera deduce de que estemos ante un pacto, que en consecuencia requiere una conjunción de voluntades, que la renuncia tiene carácter recepticio, de modo que para su eficacia requiere que llegue a la contraparte.

(95) Sin embargo, el coponente Magistrado Don Luis Gil Noguera considera que esta renuncia requiere siempre los 18 años de edad, lo cual a su juicio es lo más correcto dada la importancia y complejidad de las consecuencias del pacto; deduce de ahí que no podrá hacer la renuncia el mayor de edad (por matrimonio) menor de 18 años. Igualmente deduce de que el art. 99-1 utilice la expresión *personalísimo* que no cabe hacer la renuncia a través de representante legal ni voluntaria.

(96) Sobre el art. 141 de la Compilación, ver «La sustitución legal en Aragón», Adolfo Calatayud Sierra, Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón, número 120 de 1 de Enero de 1991.

(97) Este precepto, bajo el epígrafe *Derecho de transmisión*, señala que *salvo lo establecido en el pacto sucesorio, el favorecido por un ascendiente que premuera a éste, dejando descendientes, transmite a ellos su derecho*. Es decir, los presupuestos para su aplicación son diferentes a los del artículo 141, ya que el «derecho de transmisión» del artículo 105 se limita al caso de premoriencia y a la sucesión en la línea recta descendente. Merino Hernández (ob. cit., pág. 169) no obstante, cree aplicable el artículo 141 también al pacto sucesorio, aunque *habrá que tener en cuenta las especialidades previstas para éste por el artículo 105 de la Compilación, el cual regula un derecho de transmisión a los descendientes del instituido, de corte similar (aunque no idéntico) a la sustitución legal del artículo 141*. A mi juicio, habiendo una norma tan específica que regula esta cuestión, no parece que quepa la superposición de otra que da una solución tan diferente.

(98) Al haberse suprimido en 1985 la limitación existente ante de dicha reforma en el sentido de que la sustitución sólo jugaba cuando el causante era ascendiente o hermano del heredero, tenemos que la sustitución habría que aplicarla a todos los órdenes sucesorios, y su juego en el orden de los ascendientes lleva a consecuencias absurdas. En efecto, si no hay descendientes, sucederían los padres, pero si faltara alguno de ellos (por premoriencia, que será lo más frecuente, repudiación o incapacidad) jugaría el derecho de sustitución legal a favor de los descendientes del que faltara por estirpes, con lo que los hermanos y en su defecto sus descendientes concurrirían con el otro padre; y si faltaran ambos padres y no quedan descendientes de éstos, heredarían los ascendientes más próximos en grado, es decir, los abuelos: faltando uno, éste sería sustituido por sus descendientes por estirpes (tíos, primos, sobrinos segundos, y así sucesivamente, del testador) concurriendo con los otros abuelos; y faltando los dos abuelos, concurrirían por estirpes los descendientes de ambos; faltando ambos abuelos y no quedando ningún descendiente de éstos, heredarían los bisabuelos, sustituidos los que faltaren por sus estirpes de descendientes. Así pues, dicha aplicación sería totalmente contradictoria con la remisión que para la sucesión intestada no troncal hace el art. 135 de la Compilación a la regulación del Código Civil, y además, llevaría a resultados completamente absurdos. En consecuencia, en la sucesión intestada lo que jugará será el derecho de representación

derada, es decir, al igual que pasa en la mayor parte de los Derechos, la renuncia a la legítima agota los derechos de la estirpe; el art. 141 creo que no está pensando en la condición de legitimario sino en la atribución recibida y por ello, aunque se refiere al «legitimario» dice que la sustitución lo es en la «porción correspondiente»⁽⁹⁹⁾.

Como consecuencia de todo lo dicho:

a. Si al legitimario se le ha hecho una atribución testamentaria imputable a su legítima, su renuncia a esa atribución supone la renuncia a la legítima, con la consiguiente pérdida de la posibilidad de ejercitar las acciones que en su caso pudieran corresponderle en defensa de la legítima, como la de suplemento de legítima o la de reducción de liberalidades inoficiosas. Y aunque la atribución pueda pasar a sus descendientes por la vía del art. 141 de la Compilación, lo que no pasará a ellos será la condición de legitimario. Sí que será posible, sin embargo, aceptar la atribución por causa de muerte y renunciar al resto de la legítima que le pudiera corresponder por vía de las acciones por lesión de la legítima colectiva.

b. Si la atribución se le ha hecho en contrato sucesorio en el que no participó el beneficiado, la renuncia que éste haga no beneficiará a los descendientes del renunciante, ni en cuanto a la atribución misma, ni respecto del carácter de legitimarios.

c. Si el pacto mismo era de renuncia a la herencia o a legítima entre el causante y el renunciante, tampoco pasará a los descendientes de éste la condición de legitimarios; pero hay que tener en cuenta que según el art. 106, salvo declaración en contrario, esta renuncia a la legítima no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que le provengan de disposiciones testamentarias del causante. Por otro lado, parece que sí que se podrá imputar a la legítima lo que se dio al renunciante a cambio de la renuncia⁽¹⁰⁰⁾.

d. Si a lo que se renuncia es a la sucesión intestada, tampoco habrá sustitución legal a favor de los descendientes del renunciante y si éstos llegan a heredar por derecho propio no tendrán la condición de legitimarios y en consecuencia no podrán ejercitar las acciones que en su caso tuviera en defensa de su legítima, más concretamente la de reducción de liberalidades inoficiosas.

e. Puede suceder por último que el legitimario no haya recibido ninguna atribución imputable a su legítima pero que no obstante tenga derecho a una acción basada en su condición de legitimario, como si se le ha preterido o injustamente desheredado, o ha habido lesión de la legítima colectiva. O puede pasar que aún habiendo recibido y aceptado una atribución imputable a su legítima, tenga posibilidad de ejercitar alguna de esas acciones. Pues bien, en tal caso, la renuncia a la legítima supone la de ejercitar esas acciones, y tampoco pasará ese derecho a sus descendientes.

2. En segundo lugar, cabe preguntarse si, ya que la legítima renunciada no pasa a los descendientes del renunciante, «acrececerá» a los demás legitimarios, igual que en el Derecho común. Si al renunciante se le ha dejado alguna atribución por causa de muerte, está claro que podrá jugar el derecho de acrecer conforme a las reglas generales del Código Civil. Pero aquí de lo que se trata es de la legítima en sí misma considerada. Pues bien, a esta pregunta se ha contestado que, ante la ausencia de una legítima individual en el Derecho Aragonés, la renuncia de uno de los legitimarios no debe afectar al global de la legítima,

en los casos y con los límites que regula el Código Civil, quedando expresamente excluido de su ámbito el supuesto de la renuncia (art. 923).

No obstante, Merino Hernandez, después de la Reforma, afirma la aplicación del artículo 141 también a la sucesión intestada (*Ob. cit.*, pág. 169).

(99) A diferencia de lo que sucede con los descendientes del justamente desheredado y del indigno, que sí que adquieren la condición de legitimario que tenía su padre.

(100) Así, Lacruz Berdejo (*Derecho de Sucesiones cit.*, pág. 755).

que seguirá siendo de los dos tercios del caudal y corresponderá íntegramente a los demás legitimarios; es decir, se produciría ese «acrecimiento» impropio; si bien se reconoce que también se imputará a la legítima la donación entre vivos que el testador pudiera haber hecho a favor del renunciante, que no pierde su eficacia por la renuncia a la herencia. Ahora bien, dejando aparte el complicado problema de cómo jugaría ese derecho de acrecer, a mi juicio, aunque en Aragón no hay legítima individual, cuando el testador ha hecho una distribución de sus bienes entre los legitimarios, sí que ha establecido unos derechos individuales de éstos sobre la legítima colectiva, y esa legítima individual así entendida es lo que se renuncia; y dada la tendencia histórica del Derecho Aragonés a proteger la libertad de testar, me parece más acertada la solución de entender que la renuncia a las atribuciones *mortis causa* imputables a la legítima suponen la extinción de la parte proporcional de legítima imputable a esas atribuciones; es decir, si lo que han recibido del caudal (incluyendo las donaciones entre vivos) los legitimarios supera los dos tercios de la legítima colectiva, habrá que prorratear la legítima entre todas las atribuciones a ella imputable, y la parte que correspondiente a la atribución renunciada dejará de ser legítima⁽¹⁰¹⁾.

EPÍLOGO

Para acabar, decir que quienes hayan intentado seguirme hasta aquí, en medio de esta avalancha de problemas jurídicos, tal vez puedan pensar que estamos tratando de una materia poco relevante, de interés sólo para ricos, y se extrañen de que heredar pueda resultar tan complejo. Sin embargo, no estamos ante una cuestión menor. No sólo es del máximo interés para cualquier persona decidir quién va a heredar el producto del esfuerzo de toda una vida y de asegurar al cónyuge el máximo bienestar en los años de viudez, sino que a la organización social y política tampoco le es en absoluto igual la solución que demos a toda esta problemática. Y voy a concluir recordando parte del pensamiento de Joaquín Costa que creo que conserva su vigencia⁽¹⁰²⁾: su afirmación de que la libertad de testar es el prototipo de libertad civil, y su convicción de que ésta, la libertad civil, es esencial para el desarrollo de la sociedad y que conculga de la misma naturaleza que la libertad política.

(101) Ésta es la solución que se establece para el Derecho Catalán en el art. 357.1 del Código de Sucesiones (que recoge lo que ya antes imponía el art. 130 de la Compilación): *para determinar la legítima individual entre varios legitimarios hacen número el que sea heredero, el legitimario que la haya renunciado, el que haya sido desheredado justamente y el declarado indigno de suceder al causante.*

(102) *Una conferencia ... cit.*, págs. 500-502.

COLOQUIO

Moderador: Francisco CURIEL LORENTE (Registrador de la Propiedad)

José Manuel Enciso. Notario.

Ha sido ya tocada por el ponente la cuestión que yo quisiera remarcar y como sé que después de la mía va a haber intervenciones de mucha mayor altura doctrinal, voy a hacer una apreciación muy modesta con relación a esta sentencia que ha levantado mucho morbo. La sentencia dice que la mención ha de realizarse en la parte dispositiva del testamento y considera que han sido preteridos los herederos al no haber sido citados o mencionados al disponer de los bienes. El ponente ha remarcado la unidad de acto del testamento, pero es que hay más. En el testamento no hay partes, ni expositiva ni dispositiva; más aún, en el Reglamento Notarial, que es únicamente supletorio de la legislación civil, cuando se regulan las partes del instrumento público, se habla de la comparecencia, de la intervención, de la exposición, del otorgamiento y finalmente de lo que es común a todo instrumento, la autorización. Tanto la Ley Orgánica del Notariado de 1872, como el Reglamento Notarial vigente se cuidan muy mucho de advertir que todo lo que se establece en materia de formas del instrumento público no es aplicable en los testamentos, en los cuales se aplica la legislación civil, de la cual el Reglamento Notarial es solamente supletorio en lo que no se oponga o en lo que aquella no cubre. Quiero decir que la cuestión de la parte dispositiva o expositiva es una cuestión de mera técnica de redacción, ni más ni menos; es decir, simplemente por claridad —aunque yo he visto testamentos redactados de otra forma— es costumbre que el testador declare sus datos personales, amplíe su filiación, manifestando su matrimonio, los hijos, etc; luego existe otra parte en la que se hacen no solamente disposiciones sobre bienes sino también sobre el alma, sobre sufragios, sobre el entierro,.... Valdría exactamente igual si el testador o la testadora otorgarán su testamento con estos términos: primero, declara ser hijo de fulanito y fulanita y haber nacido en tal sitio, segundo manifiesta que está casado con don fulano o doña zutana, tercero que de este matrimonio tiene un hijo o del anterior tiene los que sean, llamados fulano, fulano, y cuarto, instituye herederos a fulano y fulano. Encuentro incorrecto distinguir entre una parte dispositiva y una parte expositiva. Si en la misma causa que se ha visto en esta sentencia el testamento se otorga así, me pregunto cuál hubiera sido la sentencia de la Sala. Nada más.

Vicente García Rodeja. Magistrado.

El compañero nos ha dado una lección de formalismos, pero cada caso es un problema; las sentencias no sientan doctrina general; de las sentencias hay que sacar principios. En el caso concreto del testamento que se impugnaba, había claramente un encabezado y una parte dispositiva y en ese testamento debía de haberse comprendido al heredero en la parte dispositiva; ese testamento, que decía soy casada, tengo cuatro hijos, ... , y en virtud de todo lo anterior dispongo; ésa es la parte dispositiva, lo anterior era el encabezado. La interpretación de un testamento se puede hacer unitariamente pero ese es otro problema; lo que dijo la Sala, y no se pueden sacar seriamente las frases sueltas de un contexto, es que cuando alguien quiere que su hijo no se lleve nada lo debe decir expresamente. Se han acabado las dudas y se han acabado los criterios de determinados aplicadores del derecho muy respetables, se ha acabado su interpretación en este momento. Si alguien no quiere dejar nada a un legítimo descendiente, tiene que decir que a fulanito no le dejo nada y se acabaron todos los problemas de olvido, de omisión o de lo que sea. El maestro Lacruz, al que todos respetamos, termina diciendo que esto es tan dudoso que aconsejamos a los que tengan que hacer un testamento que le dejen algo al preterido para acabar con todas las cuestiones. Y la Sentencia ha dado un criterio, que será discutible, todos los criterios son

discutibles, pero se ha dado un criterio que no existía y cada uno interpretaba como quería; eso en este momento se ha acabado y los notarios que tengan hecho testamento de otra manera que pongan un anuncio en el periódico advirtiéndolo a sus clientes de que si no quieren que su testamento se declare nulo comparezcan por la Notaría y se les hará un testamento gratuito; si lo tienen que hacer lo siento, pero la vida jurídica es así.

Moderador

Vamos a ver, por seguir el turno.

Pedro López Abecia. Abogado.

Comparto por supuesto el criterio de Don Vicente García Rodeja, y además es verdad que la sentencia está dictada para un caso concreto. Yo en la preparación de la demanda y del recurso especialmente, tuve un cuidado exquisito y la estadística nos podría dar aquí auténticas sorpresas. A los efectos de evitar preterición en Derecho Aragonés, he recogido 18 fórmulas distintas utilizadas en la práctica notarial y me remito a los archivos del Colegio Notarial. Manuel García Amigo en los comentarios a la Compilación Foral Aragonesa ya determina que algunos notarios, para evitar una posible preterición, utilizan el criterio de dejar algo. La sentencia para mí, y en eso discrepo radicalmente de la ponencia, no introduce un sacramentalismo, sino que interpreta lo que ha de entenderse por la mención formal en Aragón. Un testamento es un acto de disposición de bienes. Discrepo también de que el fundamento de la preterición o de la desheredación sean distintos por cuanto que desde luego en las Instituciones del Derecho Romano y en las Partidas, la tradición jurídica entiende que su regulación es similar. Se ha acabado ya la duda de cuál es la mención formal, y en esto debemos agradecer el criterio de la Sentencia. La Compilación lo único que determina es esa exigencia y la Sala lo que determina es el criterio de lo que constituye mención formal, nada más.

José Manuel Enciso. Notario.

Bien aunque sólo sea por leves alusiones y lamentando que Don Vicente García Rodeja haya abandonado la Sala después de su intervención, en la que ha dicho que la mía era una lección de formalismo. Quiero decirle todo lo contrario, quien da una lección de formalismo es la Sala encontrando en el testamento partes que, así hay que decirlo claramente, no existen, y que nadie dé vueltas a la cuestión o realice ejercicios dialécticos. En cuanto a que la Sentencia se aplica a un caso concreto, desde luego, pero en lo que no se da un caso concreto es en la estructura del testamento que es la misma para todos. En realidad esta sentencia no entra en cuestiones de fondo propiamente dichas, sino que, y no estoy sacando las frases fuera de contexto como se me ha atribuido, sino leyendo literalmente la sentencia, dicha mención, a juicio de la Sala, debe realizarse necesariamente en la parte dispositiva y vuelve a insistir «no haber sido citado o mencionado al disponer de los bienes»; eso sí que es resucitar un formalismo que no tiene ningún sentido, es decir, con el ordenamiento jurídico en la mano, que se indique qué norma legal se considera infringida, dónde está la parte dispositiva y expositiva en un testamento. Por lo que respecta al consejo que da Lacruz me parece muy bien, pero eso es un consejo, a mayor abundamiento o aplicando el principio de que lo que sobra no daña; pero aquí no se está discutiendo eso, se está discutiendo si hay preterición o no, se está atribuyendo el testamento unas partes que realmente no tiene. Y la referencia a la práctica notarial no hace más que decir eso: la práctica notarial lo hace de una forma o de otra, pero es la práctica notarial. Yo quiero insistir en que el testamento no tiene parte expositiva ni parte dispositiva, y que es el único instrumento que además exige rigurosamente la unidad de acto.

Daniel Bellido. Abogado.

Yo quería traer a colación del tema debatido de esta sentencia el problema de que ciertamente existe en su exposición un fundamento histórico al derivar todo el argumento de

dos fueros de 1307 y 1311, el Fuero Primero De testamentis nobilium, y el Único De testamentis civium, de los que quiere seguir la sentencia la interpretación de la archiconocidísima locución «quantum eis placuerit dimittendo» o «relinquendo». Bien, ese debate para mí estaba agotado en el siglo XVII y lo ha reverdecido esta sentencia; estaba para mí cerrado en el diecisiete porque casi todos habían llegado a la conclusión de que con dejar cinco sueldos quedaba el tema solucionado, es decir, quedó claro hace aproximadamente 300 años que dejando una cantidad simbólica se cumplía el «quantum»; es decir, hay que dejar una miseria, una ridiculez, algo simbólico. Con el adelantamiento del antiformalismo sucesorio suponíamos todos que con la letra de la ley que considerábamos vigente bastaría la mención de aquéllos que eran legitimarios para superar el obstáculo, el valladar de la preterición. Hemos visto con la sentencia que no, y por tanto hemos vuelto a reverdecer un debate que para mí estaba cerrado en el siglo XVII; bien, parece ser que hay que dejar una peseta. Yo, rebuscando la jurisprudencia, porque me gusta leer a mis mayores, he encontrado, como imagino que habrán podido ver otros, una sentencia de 31 de diciembre de 1909 en la que el Tribunal Supremo casa una sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza que había estimado la existencia de preterición en un testamento, por el mismo argumento que ha esgrimido la Sala, el no haber dejado nada en la parte dispositiva. Es un criterio que me parece que no ha tenido en cuenta la Sala y que podía haber tenido en cuenta puesto que el Tribunal Supremo casó la sentencia y consideró no preterida a esa persona y el testamento válido y heredaron las otras dos personas que fueron llamadas a suceder universalmente, gracias.

José María Navarro Viñuales. Notario.

Bueno en primer lugar, felicitar a la Mesa porque la ponencia me ha parecido espléndida, y comentar que el problema no es tanto que el Tribunal dé un criterio interpretativo sino que dé el criterio interpretativo que consideremos más correcto; no basta dar un criterio sino que tiene que ser el mejor posible. En relación a este punto, el argumento fundamental en el cual está basada la sentencia es el carácter formal de la mención, pero en mi opinión aquí hay que hacer alguna observación. Es cierto que el artículo 122 en relación a la preterición total habla de la falta de mención formal, pero la sentencia se ocupa de un supuesto de preterición parcial. Además, como se ha dicho en la propia exposición de la ponencia, hay una contradicción entre este artículo 122 y el artículo 120; el artículo 120 no pide en ningún lado que la mención tenga carácter formal, y pienso que es más correcto en la línea de favorecer una interpretación simple de carácter espiritualista, en primer lugar. En segundo lugar, nótese que aún cuando en el artículo 122 se habla del carácter formal de la mención, en ningún lado se habla de que la exclusión del legitimario tenga que tener carácter formal; por tanto perfectamente se puede deducir de la lectura del testamento en su conjunto la voluntad del testador, porque si hacemos interpretación sistemática de los contratos o de los Estatutos de la sociedad, pienso que con mayor razón hemos de hacer una interpretación sistemática de un documento que se rige por el principio de unidad de acto, de lo cual expresamente el notario da fe. Luego por otro lado, la cita que se realiza de los textos medievales es muy interesante sin duda, pero no aborda el tema concreto del carácter formal o no de la mención; se ocupa del tema de la libertad de testar, de la reserva obligatoria; se cita una sentencia del siglo pasado de la Audiencia, también interesante, sobre el carácter dispositivo de la preterición pero resulta que en 1967, que creo que es la fecha en que aparece la Compilación, surgen unos textos legales que hay que tener presentes y entre ellos el artículo 120 que a mí me parece de una redacción sumamente correcta, mucho mejor que el criticado artículo 122. Y es que además hay otros argumentos a la hora de interpretar la voluntad lícita del testador, y hay que subrayar lícita, hay que hacer siempre una interpretación favorable de la misma.

El sistema legitimario implica una limitación a la libertad de disponer, muy bien. Respetémosla, pero vamos a no llevar más allá de lo que sea necesario tales limitaciones y en

este caso concreto se reciben dos terceras partes de la herencia o del caudal hereditario por alguno de los legitimarios, con lo que se ha cumplido con el aspecto material de la legítima; enfrentémonos ahora al aspecto formal pero hagámoslo siempre desde una perspectiva no ritualia o sacramental como también se ha hecho referencia expresa en la Mesa. Estamos en Derecho Aragonés; vamos a olvidarnos del tema de la preterición dispositiva o institutiva; estamos con preterición enunciativa: la mera enunciación de una persona reconocida como tal, como tal hijo, por ejemplo el legitimario de primer grado, es suficiente en mi opinión para cumplir no tanto con la mención formal sino con algo mucho más importante, con la mención suficiente.

¿Cuál es el interés que se protege en Aragón en relación a la preterición singular? En realidad el interés primario que se protege es siempre el de testador, en cuanto que como ya han recibido los demás hijos o dos de los demás hijos la legítima material no se puede hablar de una lesión desde ese punto de vista; entonces sólo vamos a proteger el presuntamente preterido singularmente en la medida de lo cual eso sea el instrumento para hacer prevalecer la voluntad presunta del testador. Con otras palabras, siempre que estemos ante una voluntad lícita del testador hay que tratar de interpretar las normas en el sentido de que prevalezca. Y lo cierto es que en el caso de la Sentencia, el testador tenía perfectamente conocimiento de los cuatro hijos; y les dió la herencia a dos; y eso es totalmente lícito desde el punto de vista de la legítima material. Muchas gracias.

Honorio Romero. Notario.

La verdad es que poco más se puede añadir a todo lo que se está diciendo, sino un llamamiento en primer lugar para mantener la serenidad porque es una sentencia que, como decía anteriormente José Manuel Enciso, traía mucho morbo; la prueba está en que lastimosamente y lo siento mucho, el Magistrado Vicente García Rodeja ha dado sus opiniones y se ha marchado; he salido fuera, le he dicho que entrara, que no era cuestión de criticar la sentencia, la sentencia la acatamos, acatamos la sentencia porque tenemos obligación, pero los criterios de esta sentencia no los compartimos, y que por favor entrara para discutir cuáles eran los criterios de esa sentencia, ya que los que ha dado a mí no me han convencido nada. El Sr. García Rodeja ha dicho que la Sentencia llenaba un hueco en el aspecto formal al señalar en qué parte del testamento había que establecer la asignación de la legítima. Creo que voy a añadir poco, simplemente dos principios: El de que la voluntad del testador, que es Ley Suprema en la sucesión, solamente se ve limitada por las disposiciones imperativas y no hay ninguna disposición ni en el Derecho Aragonés ni en el Código Civil que determine en qué parte del testamento debe mencionarse a los hijos. Las formas de los testamentos, como decía muy bien José Manuel Enciso, ya están reguladas suficientemente. Además el derecho escrito no es más que un instrumento para conseguir un resultado justo. Los notarios, los abogados, los registradores, y sobre todo los jueces al interpretar, deben perseguir o conseguir el resultado de la justicia, y la justicia en una sucesión es conseguir la voluntad del testador, y esa voluntad del testador, como digo, solamente tropieza con las normas imperativas, y aquí no hay ninguna norma imperativa transgredida. Creo que se están confundiendo elementos históricos; pero además de lo que se trata ahora mismo es de los criterios de la Compilación y lo cierto es que hay muchos criterios de derecho común en la sentencia; no sé si es copiada, pero refleja íntegramente lo que dice De la Cámara en su libro de Derecho Sucesorio para un asunto igual en derecho común; también se dice en ella «como dice el artículo 122 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón la preterición de un legitimario...» y te vas a la Compilación y ese artículo dice: «la preterición de todos los legitimarios», es decir, que se está confundiendo a todos con uno. Nada más. Aquí podríamos estar horas y horas y a lo mejor he pedido calma y he sido el que más me he acalorado pero realmente no sé si tendrá alguien más que hablar. Creo que hay temas muy interesantes pero el tema es muy delicado y creo que la postura de la Sentencia, no sé, es lastimosa.

José Luis Merino. Notario.

Bueno, yo también lamento que en estos momentos las intervenciones se estén centrandó única y exclusivamente en un tema y que hasta el propio Magistrado que decís que ha salido haya dicho que la Sentencia era para un caso concreto; no sé si esto es doctrina general. Yo ya sé que voy a recibir en estos momentos a lo mejor las iras de mis compañeros, pero tengo que ser coherente conmigo mismo. Yo, no ahora a propósito de la sentencia, sino cada vez que he pensado en este tema, he tenido un criterio que voy a exponer; a lo mejor tenéis razón y un tribunal debe interpretar las leyes en cada momento conforme sea más adecuado y en eso estoy de acuerdo, pero también hay otra vía de interpretación de las leyes, la de determinar qué quiere decir el legislador. Y yo cuando pienso en la legítima y en la mención legitimaria, estoy absolutamente de acuerdo con el resultado de la sentencia y no estoy nada de acuerdo con los argumentos de la sentencia, porque distinguir entre parte dispositiva y expositiva no me parece que sea muy fundamental en un testamento. Hay criterios contradictorios y distintos en el sentido de los Fueros de Aragón; por ello, me centro exclusivamente en lo que es el texto de la Compilación actual. Y creo que la mención legitimaria no es una enumeración de legitimarios; a mí me habría gustado que la Sentencia hubiese jugado con los artículos 120 y 119 porque en ellos hay dos expresiones que dan pie a interpretar que cuando se quiere excluir a un legitimario sin que exista preterición hay que mencionar a cada uno expresamente y que no vale con una enumeración de los nombres de los legitimarios. En primer lugar, hablan de que esta legítima colectiva la puede distribuir el causante igual o desigualmente; la palabra distribución está aludiendo a un acto expreso dispositivo del causante; cuando queremos que la legítima sea distribuida tenemos que decir cómo queremos distribuirla y para ello hay que decir qué se deja a cada uno, incluso cero, dejar a uno con cero no es sencillamente enumerarlo. Y en eso sí doy la razón a García Rodeja cuando decía si una persona quiere excluir a un legitimario en su testamento que diga expresamente que nada le deja. Por otro lado, la propia definición de la legítima formal en el artículo 120 dice que «habrán de ser nombrados o mencionado al menos», y aquí creo que sí que había una diferencia importante en el comienzo de los trabajos de la Compilación entre nombramiento y mención. El nombramiento es nominar a una persona con su nombre y apellido y la mención se refiere a personas que todavía no puedes nombrar, como por ejemplo los hijos venideros, y se evita la pretención diciendo: tengo 3 hijos y dejo mi patrimonio a éstos y a cualesquiera otros que pudiera tener en lo sucesivo. El significado de la palabra excluir en el diccionario de la Real Academia está muy claro, es sacar a alguien o a algo de un sitio que le pudiera corresponder. Sacar, no meramente enumerar. En el primer borrador de la Compilación, el del Seminario de juriconsultos aragoneses del año 1961, antecedente del de la Comisión de Juristas, cuando se habla de este mismo tema, de la mención legitimaria, se dice que los excluidos deberán ser mencionados al asignar las legítimas, artículo 72.1 del borrador del Seminario de Jurisconsultos Aragoneses del año 1961. Yo creo que está clarísimo lo que el legislador quiso. Cuando una persona quiere excluir a un legitimario dígallo, dígallo expresamente, no sencillamente enumérello; dígallo en el momento en que se hace esa atribución o distribución de la legítima. La ley, concluyo ya porque sí me gustaría si hay tiempo entrar en otros temas tan o más interesantes que éste probablemente, dispuso que la mención legitimaria no es mera enumeración. Cuando se nos presenta en la notaría un matrimonio o un padre, una madre que tienen varios hijos y quiere excluir a alguien, que lo diga, no que diga el porqué, lo cual también podría ser importante en los casos en que le haya favorecido en vida porque justamente sería determinante de la no existencia de preterición; yo creo que es importante que lo diga, que no se limite a decir tengo cuatro hijos y distribuir el patrimonio. Muchas gracias.

José Ramón San Román Moreno. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

He asistido siempre a las sesiones jurídicas del Foro Aragonés y únicamente por razones ajenas a mi voluntad falté a la anterior sesión de los Encuentros; hoy he asistido porque

me considero obligado a asistir y además, por una cuestión de cortesía, porque sabía que se había de discutir este tema como efectivamente ha sido; además se está convirtiendo en tema vedette y nosotros no hubiésemos deseado que fuese así. De esta sesión estoy aprendiendo mucho, acepto las críticas, porque tienen un perfecto sentido jurídico y además las críticas nos sirven a todos para aprender. El hecho de que me haya sentado al lado del señor Letrado López Abecia, es pura coincidencia porque lo he conocido en este momento, físicamente. No quiero defender en absoluto la tesis de la sentencia, que de tesis se convierte en una resolución que a todos vincula. El Tribunal ha tenido muy en cuenta los posibles efectos de esa sentencia, pero claro está el Tribunal está vinculado por la ley, y ha tenido muy en cuenta las opiniones doctrinales e incluso la evolución del derecho aragonés y no se diga que el Derecho Aragonés en esta materia se quedó anclado en el siglo XVII porque la sentencia del Tribunal Supremo que ha citado un interviniente anterior dice otra cosa que de lo que él ha expuesto y además está reconocida en la Legislación Aragonesa.

En esa época para que no hubiera preterición los testadores e instituyentes en los contratos sucesorios habían de dejar poco o mucho a los legitimarios de primer grado, a los legitimarios inmediatos no instituidos herederos; la sentencia del Tribunal Supremo revoca la de la Audiencia Territorial de Zaragoza porque el instituyente –no es el testador, sino instituyente en contrato sucesorio– había en vida favorecido al hijo que se había preterido mediante el abono de la cantidad correspondiente para evitar que prestase el Servicio Militar. Esta solución también está en la actual Compilación, que dice que no se considerará preterido al legitimario que hubiese sido favorecido en vida por el causante. Además esa sentencia del Tribunal Supremo ha sido muy criticada porque decía que desconocía el Derecho Aragonés o los Derechos Forales, y resulta que esa sentencia se adelanta a lo que la actual Compilación de Derecho Civil Aragonés establece en su artículo 120, primero, que dice: «Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante... habrán de ser nombrados o mencionados al menos, en el testamento que los excluyan». Necesariamente deberán ser nombrados o mencionados. Don Vicente García Rodeja ha citado la opinión del maestro Lacruz, que aconsejaba para terminar este tipo de dudas que los testadores dejasen algo a sus legitimarios no instituidos herederos, pero es que además hay otro prestigioso aragonés que dice que una práctica notarial muy extendida es hoy la legítima formularia. Me parece además muy sensata esa trayectoria histórica que exige, para que no exista preterición, dejar algo a los legitimarios de primer grado. El Tribunal no se si ofrecerá mucha ciencia, pero sí ofrece al menos seguridad jurídica, sea su opinión acertada o desacertada. Por lo que he oído, la mayoría se inclina por que es desacertada; es posible que sea así, pero lo que sí da, de cara al futuro, es una solución clara. El testamento y el contrato sucesorio son actos dispositivos, además de otras cosas que pueden ser, y en este testamento casualmente, el señor notario, en el uso de su facultad aplicadora del derecho en el ámbito privado, dice que comparece esta señora, que es viuda, y expone y luego más adelante otorga o dispone; esto es una cuestión formal, pero ahí está y de ella ha tratado el Tribunal; si en ese testamento no hubiese existido esa diferenciación entre parte expositiva y parte dispositiva sería diferente. Al menos seguridad jurídica de futuro ofrece esa sentencia, porque dice que para que no exista preterición habrán de dejar los testadores algo a sus legitimarios no instituidos herederos o excluidos de una manera expresa; pero es que la Compilación es lo que dice y los Tribunales están únicamente vinculados a la Ley, no a las opiniones doctrinales que son muy respetables y de hecho las utilizamos; y dice el artículo 120, y perdón por que me permíta leerlo, que «aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar...; ... necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya»; pero es que además en Aragón no sólo hay la institución testamentaria sino también el contrato sucesorio, y también entiende la doctrina unánimemente que la preterición puede darse en contrato sucesorio. Ahora estamos interpretando un testamento y entendemos que este pre-

cepto es aplicable a él. Los términos del legislador y este problema se han discutido antes de la Compilación de 1967 y sin embargo el legislador aragonés en la Compilación de 1967 dice: necesariamente habrán de ser mencionados o nombrados en el testamento que los excluya, de ahí parte el Tribunal cuando dice: habrán de ser excluidos expresamente o habrá que dejarles algo.

Adolfo Calatayud Sierra. Notario.

Una aclaración: cuando se me encargó, junto con mis compañeros copONENTES, la preparación de la ponencia era antes del verano, con lo que esta polémica todavía no había surgido, ni teníamos idea de que pudiera surgir. Quiero decir que el hecho de que en este caso la designación del ponente haya coincidido en un notario no tiene ningún significado más que la casualidad. Yo creo que los presentes que defienden la sentencia, por supuesto muy legítimamente, insisto, creo que están utilizando argumentos puramente formales y se está volviendo a pasar por encima de la voluntad clara y rotunda del testador, que ha de ser lo único que debemos de tener en cuenta. Yo creo que en el fondo de la sentencia late, y no digo que ésta sea la intención o la idea de cada uno de los magistrados, ni mucho menos, pero en la sentencia de algún modo late un miedo a la libertad de testar; es decir, la ley le da libertad al testador para distribuir sus bienes, pero de algún modo al Tribunal le parece mal que un testador pueda dejar a un hijo sin nada y entonces de lo que se trata es de ponerle el máximo número de obstáculos para que esta exclusión del hijo tenga eficacia; se le exige cumplir una determinada fórmula, un determinado requisito puramente formal que no añade nada a lo que claramente es la voluntad del testador, que es lo único que deberíamos tener en cuenta. ¿Qué es lo que el testador ha querido?, ¿eso que ha querido lo permite la ley?, pues ya está, todo lo demás es ponerle obstáculos para ver trampas, para ver si yerra en la fórmula usada y entonces lo que ha dispuesto no vale. Hay un prejuicio a la libertad de distribución, incluso a la libertad de testar que en este caso es la libertad de distribución y esto lo conecto con el contenido de mi ponencia, porque yo iba un poco más allá.

Jesús Martínez Cortes. Notario.

Tenía el propósito de no intervenir para nada en esta ponencia pero pienso que me veo obligado por algunas manifestaciones que se han hecho en el curso de esta tarde. Respeto, naturalmente como no puede ser de otra manera, el criterio de la Sala, pero discrepo radicalmente del contenido de esa sentencia. Al legislador no hay que hacerle decir cosas que no dice. Mi compañero José Luis Merino antes citaba los trabajos preparatorios de la actual Compilación, el proyecto de 1961, después el proyecto de 1965, que como ha puesto en relieve en la Comisión de Cultura del Colegio Notarial nuestro compañero Ricardo Giménez, marcan un cambio radical con relación al criterio que hasta entonces estaba en vigor en el Apéndice de 1925. La legítima formal, como atribución de los 5 sueldos jaqueses decae radicalmente precisamente en esos trabajos preparatorios; antes se decía que había que hacer esa mención al asignar las legítimas y después en el artículo 120 que está donde está y dice lo que dice, se dice simplemente que habrán de ser nombrados o mencionados, y eso es simplemente a una persona identificarla con nombres y apellidos o con circunstancias suficientes para ello, y eso es la legítima formal. No se nos quiera decir que todavía sigue siendo la legítima formal con fórmulas sacramentales. Aquí también se ha hablado de la palabra del maestro Lacruz; yo invito a todos los presentes, -he intentado traerlo pero se me ha olvidado y lo he pedido pero no está en este momento aquí- a que lean los comentarios de Lacruz a estos artículos de legítimas en el número monográfico que el Colegio de Abogados de Zaragoza publicó el año 1967; muchos lo recordarán, un libro monográfico de tapas verdes con la imagen del Justicia. Lacruz Berdejo, claramente se pronuncia en favor de que basta la simple nominación de los legitimarios, y eso sí, dice que por sí acaso hay opiniones en contra, y él las califica literalmente de objeciones infundadas, conviene poner la fórmula

de toda la vida y eso es lo que venimos haciendo muchos notarios, precisamente porque tenemos miedo de que a pesar de la claridad del legislador se produzcan sentencias como la que se ha producido. Mi intervención no es para añadir más leña a la oposición notarial contra la sentencia, sino precisamente para defender el buen hacer de los notarios. Esta sentencia quieran o no, está clarísimo, está poniendo en duda, no la actuación de un notario concreto que autoriza este testamento, sino la actuación de todos los compañeros que han hecho testamentos así amparándose en el cambio de criterio legislativo y en la claridad que el artículo 120 actual de la Compilación del 67 introdujo. Entonces, no se puede decir trivializando como se ha dicho aquí esta tarde que se ponga un anuncio en el periódico para que cambien el testamento. ¿Qué pasa con los testadores que han fallecido?, ¿qué pasa con esos testamentos? Este tema es muy serio. Mi intervención ha querido simplemente poner de relieve el buen hacer de todos los compañeros notarios, que uniéndose al sentir de la doctrina jurídica aragonesa después de la Compilación de 1967, han hecho y siguen haciendo testamentos como el que ha sido objeto de esta impugnación y de esta sentencia.

Nada más, muchas gracias.

Honorio Romero Herrero. Notario.

He traído aquí las notas que presentó el otro día Ricardo Giménez sobre los trabajos preparatorios de la Compilación. Además tengo otra pregunta, para cambiar de tema y dar un poco de juego a Adolfo Calatayud y Luis Gil Noguera. De todas formas, no vamos a pasar a otro tema antes de terminar todas las intervenciones que hay sobre este tema.

El anteproyecto que el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses nombrados por el Ministerio de Justicia redactó en el año 1961, decía en su artículo 72 párrafo primero, que el legitimario que no hubiera sido favorecido en vida del causante mediante sucesión testada deberá ser nombrado en el testamento al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas. Es decir, este anteproyecto sí que decía clarísimamente que la exclusión tenía que ser en la parte en que el testador asigna la legítima. Pero el texto definitivo ya no contiene tal exigencia. Aquí pasa como con el banco de la mili recién pintado; el Apéndice decía esto, seguimos haciendo testamentos o se seguían haciendo testamentos dejando cien pesetas para proseguir con el criterio de Apéndice aragonés; incluso, como digo, aquí en este anteproyecto del año 1961 recogía el mismo criterio. Ricardo Giménez hace un estudio muy completo y al final dice: en este artículo 120 el tema de preterición de todos los legitimarios exige la mención formal, o sea algo más que la simple referencia de pasada o mención, así que esta exclusión tiene que ser en el testamento que lo excluya; es decir, que aquí no se distingue al designar legítimas, aquí dice en el testamento, el testamento es un tema voluntario; aquí hay 2 partes, la parte material que parece que ninguno la discutimos: no hace falta dejar a nadie nada, y segundo, la parte formal: excluir es no incluir y la exclusión puede ser expresa o tácita, es la voluntad del testador no incluirlo ahí. Esta clarísimo, el criterio del Apéndice de 1925, que siguió el anteproyecto de 1961 no lo ha recogido la Compilación. La Compilación no exige como exigía el Apéndice que sea en la parte de asignación de las legítimas, es suficiente con hacerlo en el testamento que los excluya y el testamento en este caso los excluye.

Nada más ya, porque es conveniente que agotemos el tema ya.

Pedro Albiol. Notario.

La verdad, es que ya me han pisado mis compañeros la intervención. Simplemente, para puntualizar y si no hay ningún inconveniente, yo resumiría la postura al menos mía y creo que de muchos de mis compañeros en los términos siguientes:

Como tuve ocasión de exponer en otro foro yo creo que la sentencia se apoya en 2 pilares básicos que a mi juicio son falsos: la distinción entre exposición y disposición sería el primer pilar básico, y el segundo, el entender que testamento es sólo el acto en el que se

dispone de bienes. Pues bien, en cuanto al primer pilar básico, el intentar distinguir entre exposición y disposición, es falso y diré porqué. La distinción se predica de todos los testamentos, no únicamente del testamento abierto notarial sino de todos los testamentos y desde luego al ológrafo y al cerrado no le vamos a pedir exposición y disposición. La exposición y disposición simplemente es una formalidad de la forma, el testamento abierto no exige otros requisitos de forma sustancial que los del artículo 695 del Código Civil, y ahí no habla de exposición ni disposición, por tanto el primer pilar básico es falso, rotundamente.

El segundo pilar básico es el de que sólo hay testamento cuando se dispone de bienes. Miren ustedes, a mí se me ocurren 4 ó 5 preceptos del Código Civil que entienden que son también testamentos aquellos donde no se disponen de bienes, por ejemplo un testamento en el que se reconozca un hijo en filiación no matrimonial, artículo 120 del Código Civil, que también es testamento. También es testamento aquel en el que se designa un tutor testamentario, artículos 223 y 224 del Código Civil. También es testamento aquel en que sólo se designa administrador testamentario, artículos 164 y 227 del Código Civil, etc. Hay muchos testamentos en los que no se dispone de bienes, que, como determina el artículo 912 en sus puntos primero y segundo, requerirían que hubiese que abrir la sucesión intestada. Hay 2 maneras de testamento, el testamento perfecto, que es aquel en que se hacen disposiciones de bienes y aquel testamento es el que no se hacen disposiciones de bienes. Por tanto, destruidos los pilares básicos en los que se apoya la sentencia, sin perjuicio de lo que han expuesto mis compañeros de la interpretación histórica, me parece que no tiene sentido la sentencia. Francamente, distinguir entre exposición y disposición, como he explicado, es simplemente una formalidad de la forma y nada más.

José Ramón San Roman. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Yo he escuchado cosas y opiniones que ciertamente me han impresionado. Al Tribunal le han planteado un problema y le ha dado la solución que le ha parecido acertada, pero en absoluto trata de desconocer, minimizar o poner en entredicho el excelente quehacer de todo un cuerpo profesional, prestigioso y al que todos admiramos. No quiero decir nada más.

Moderador

Creo que este tema está suficientemente tratado.

Pedro López Abecia. Abogado.

Yo solamente quiero puntualizar 2 cosas. No se puede admitir, y lo debo de rebatir contundentemente, que se diga que la sentencia se apoya en 2 pilares falsos; se podrá estar en discrepancia, y buen motivo es este debate, pero creo que es impertinente decir que son falsos los pilares básicos de la Sentencia.

Hay otra cosa; vamos con los argumentos jurídicos. Yo no sé si a lo mejor la sentencia va a ser producto de las dudas del maestro Lacruz; vamos a hablar con claridad, porque es que en las monografías, se dice lo que se dice, Lacruz concluye, y pone claros ejemplos, que para evitar preterición hay que hacer atribución patrimonial efectiva; perdona, lo dice Lacruz, y pone un ejemplo muy claro, cual es que no valdría la mención de un hijo para elogiar sus virtudes personales; lo dice textualmente. La preparación técnica de los notarios, su buen hacer, y su capacitación yo nunca las he puesto en entredicho, y vaya mi homenaje a ellos para que no sientan una lesión corporativista; pero hay una cuestión que está muy clara, la sentencia también será producto de las dudas de los notarios; seamos claros también, porque hay testamentos en los que, al objeto de evitar preterición, el causante hace mención de que ya en vida le donó bienes al legitimario; otros en que al objeto de evitar preterición, el causante manifiesta que le deja cien pesetas; y así podríamos seguir. Lo que pasa es que este tema se ha desbordado. La sentencia en definitiva, hace una interpretación que me parece coherente con lo que es el propio texto legal, del artículo 120 en rela-

ción con el 119. Hay una falta de acuerdo en lo que es la mención del legitimario, no es problema de preterición sino un problema de lo que es la naturaleza de la legítima. Ahí es donde está el verdadero debate, no en la preterición; y evidentemente la preterición tiene fundamento para el Derecho Aragonés en la obligación que la ley impone a todo instituyente de al menos tener en cuenta, mencionando a todos los legitimarios inmediatos que no hayan sido favorecidos en vida en el momento de formalizar la institución testamentaria, refiriéndola al momento de distribuir, disponer u ordenar sus bienes. Nada más.

Moderador.

Después de este análisis de la sentencia, yo creo que sería una pena desperdiciar los temas preparados por los ponentes. Es la última palabra ya sobre el tema.

José Manuel Enciso. Notario.

Quiero decir que ni atribuyendo el carácter de una falsedad, casi penal, a la intervención de mi compañero, ni elevando el número de decibelios, ni marchándose intempestivamente de la sala, ni diciendo lo del anuncio en el periódico, que es una broma de mal gusto, se arreglan los problemas entre juristas. Se arreglan con documentos y argumentos. Para mí esta sentencia está completamente equivocada, lo que deseo es que haya otra en sentido contrario, nada más. Animamos a todos los que tienen la herencia abierta para que acudan al Tribunal.

Moderador.

Alguna pregunta más que no haya sido contestada.

Honorio Romero. Notario.

Habéis afirmado que la renuncia hecha en vida requiere los 18 años. No estoy muy de acuerdo, ya que con el art. 5 de la Compilación debía bastar con 14 años y la asistencia. Es cierto que se trata de un acto muy importante, pero en el Código Civil también es un acto importante y el art. 166 párrafo último permite que el padre con consentimiento del hijo mayor de 16 años renuncie.

Aprovechando la ocasión, otra pregunta, sobre la renuncia de la herencia en relación con el derecho intertemporal o transitorio, ¿qué pasa con aquellas sucesiones, causadas antes del año 85, en que se renuncia?

Luis Gil Nogueras. Coponente.

Con relación a la primera pregunta tengo la opinión de que debe exigirse la mayoría de 18 años y me fundo en el artículo 99 de la Compilación; sé que es un criterio bastante dudoso y discutible, que hay autores que opinan lo contrario, pero yo entiendo que del artículo 99 se puede deducir la exigencia de la edad precisa de 18 años, no de la mayoría de edad sino de la edad precisa de 18 años.

Adolfo Calatayud Sierra. Ponente.

Con relación a la segunda pregunta, la ley sucesoria es la que debe regir los efectos de la renuncia, y por tanto ésta se regirá por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión; además hay una sentencia del Tribunal Supremo que confirma este criterio que me parece razonable.

José María Navarro Viñuales. Notario.

Tengo una pregunta que hacer: la renuncia a la legítima se regula en sede de sucesión contractual. Esto ha planteado algún problema en relación a la renuncia hecha por varios hijos sin intervención del padre en el propio negocio, en cuanto que podría ser un pacto sobre sucesión de otros y por tanto no admitido por la Compilación; en la ponencia, parece que no se considera admisible la renuncia a la legítima con carácter ajeno al pacto sucesorio.

Adolfo Calatayud. Ponente.

A mi juicio, la renuncia en vida del causante, cuando menos, es una figura anómala. Se está renunciando a algo futuro que todavía no se sabe qué será y por tanto yo creo que no hay que interpretarlo en un sentido amplio; si la Compilación la regula con carácter de contrato y nos dice además que los contratos tienen que ser sobre la propia herencia, bueno yo personalmente creo que el art. 99 nos impondría la intervención del causante; por lo menos, la aceptación puede hacerse en documento independiente; también he dicho la opinión de mi compañero Luis Gil Nogueras, en el sentido de que se trata de una declaración recepticia.

En materia de pacto sucesorios, yo creo que hay unas normas que tienen unos requisitos muy claros.

José Luis Merino. Notario.

Una cuestión de presente, que estáis tratando, la renuncia a la legítima, y una cuestión de futuro, yendo al comienzo de tu intervención que para mí es la más fascinante de toda la ponencia, la de la discusión acerca de si legítima sí o legítima no.

La renuncia de la legítima sirve fundamentalmente para conseguir lo que tú quieres, la libertad de testar, a través de un pacto sucesorio, pero no necesariamente con una contraprestación; los legitimarios lo que hacen es dejar la vía libre a los testadores para poder disponer uno a favor del otro normalmente. Es decir, evidentemente en Aragón estamos viendo el peso enorme que tiene la legítima, y hay una cosa muy clara, si el Derecho queremos que sea práctico, hay que ver a quién va dirigido; hay una cuestión puramente estadística, todos sabéis sobradamente que la mayor parte de las sucesiones, causadas en Aragón no pagan impuesto por la reducción que se aplica y porque se refiere a unos patrimonios que no son altos. A mí el Director General de Tributos me hablaba hace unos años de que por encima del 80 por cien de las herencias estaban exentas; pero si eso fuera así, significaría que la inmensa mayoría de las sucesiones en Aragón están haciendo referencia a un patrimonio muy escaso, el piso y una cuenta. Ese es el Derecho que se vive en Aragón. Entonces, evidentemente la legítima es una tremenda cortapisa y enlace una cosa con otra, con la libertad de testar en beneficio y en protección del cónyuge viudo. No tiene sentido, cuando lo único que tienen los cónyuges que dejarse es el piso, que tengan que venir unos hijos a reclamar los 2 tercios de su legítima colectiva.

Ahora yo plantearía otra cuestión, y esto ya es de futuro. De momento decirte que has puesto una pica en Flandes y no sabes con quién te topas, te topas en primer momento con la tradición; no sabes cuántas vestiduras se rasgarán en esta región cuando se empiece a hablar de la supresión de la legítima o de la sustitución de la legítima por la legítima de alimentos, que me parece muy correcta. No sabes la inercia del legislador autónomo para no hacer reformas en esta legislación actual; por tanto tienes listo el tema si piensas en una reforma. Pero lo único que te plantearía es una cuestión: ¿reforma por principio y por respeto al principio de libertad en términos absolutos o reforma de la legítima por protección al cónyuge viudo?. Si es lo primero evidentemente, supresión de la legítima o sustitución de la legítima por el derecho de alimentos. Ahora, si vas a una cosa mucho más moderada, que es sencillamente quitar el valladar y la cortapisa que supone la legítima para que los cónyuges se puedan instituir herederos, en primera instancia, yo creo que tienes fórmulas mucho más sencillas; has estado dando vueltas en torno a las famosas limitaciones a la legítima y la justa causa y casi te has acercado, yo creo que queriéndolo podría ser de verdad la fórmula, es decir, permitir gravar la legítima, siempre que sea en beneficio del otro cónyuge mediante sistema de sustitución fideicomisaria de residuo, que en definitiva responde a lo que la inmensa mayoría de los testadores quieren; yo diría, y no creo que exagere, que el 95 por ciento de los que vienen a testar a las notarías quieren que el cónyuge sea primero. Puede ser que en un futuro no muy lejano nos encontremos con esta reforma ya en el Código Civil.

No estaría mal que Aragón empezase a dar ejemplo, como los ha dado en otras materias y luego nos han copiado otras legislaciones, incluso la del Código. Por lo tanto lo que sí me gustaría es una definición sobre lo que preguntaba: ¿No a la legítima como principio de libertad o como protección al cónyuge?

Adolfo Calatayud Sierra.

Bueno, yo sé que la propuesta que he hecho es muy lanzada; no tengo, por supuesto, la pretensión de conquistar unánimemente al auditorio ni al legislador aragonés; sólo pretendo abrir, modestamente como decía al principio, un debate, que se vuelva a discutir del tema, y yo desde luego la propuesta la orienté como una apuesta por la libertad. Esta libertad normalmente se utiliza para favorecer al cónyuge, pero es que puede haber otros fines igualmente lícitos; y vuelvo al principio, insisto en que creo que lo que una persona lícitamente ha ganado con el esfuerzo de su vida, una vez que ha cumplido con sus hijos, les ha dejado perfectamente situados en la vida, a veces con sacrificio por su parte, no creo que sea razonable que esté obligado a dejar 2 tercios a los hijos, aunque sea con libertad de distribución; creo que el padre ha cumplido suficientemente. Además normalmente el padre va a favorecer a los hijos; no se trata de convencer a los padres para que no dejen la herencia a los hijos, se trata de que el padre no tenga por qué necesariamente tener esta limitación. Cuando se ha planteado en algún momento la posibilidad de establecer un sistema de plena libertad de testar en seguida ha habido quien ha dicho que eso será una barbaridad, que las concubinas son las que se van a beneficiar; bueno, Navarra tiene un sistema de absoluta libertad de testar y no ha habido ningún drama social, no ha pasado nada; los sistemas anglosajones se basan en la misma idea, ¿por qué este miedo a la libertad?. De lo que se trata es de que los hijos no queden en el desamparo; bueno ya existe el derecho de alimentos, pero por lo demás, yo no veo por qué tenemos que ponerle una obligación mayor al testador.

Moderador.

Damos las gracias a todos los ponentes y nos despedimos hasta el día 14 de diciembre que continuaremos con el artículo 29 de la Compilación.