

## Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

### DEDICATORIA

A Juan Hernández Canut, al cumplirse  
un cuarto de siglo de amistad constante y pro-  
bada.

SUMARIO: I. CONCEPTOS PREVIOS. a) Esencia de ambos institutos. b) Diferencias con los del C. c.—II. LA PRETERICIÓN COLECTIVA. A. *Cuándo se produce. Casos dudosos.* a) Mención de descendientes mediatos. b) Donación a descendientes inmediatos. c) Donación a descendientes mediatos. d) Descendientes que no llegan a o dejan de ser legitimarios. Imputación de las donaciones hechas a ellos y eficacia de su mención en el testamento. B. *Conocimiento de la existencia de legitimarios. El "nasciturus".*—III. LA DESHEREDACIÓN COLECTIVA. a) Naturaleza. b) Personas futuras. c) Exclusión de la sucesión intestada. d) Casos de concurrencia. e) Fuentes.—IV. EFECTOS DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN COLECTIVAS. A. *El caudal partible.* B. *Apertura de la sucesión intestada y legítima material.* C. *Cómo se forman los dos tercios del caudal.*—V. LA PRETERICIÓN INDIVIDUAL. A. *Quién es preterido.* B. *Título de la sucesión "ex" art. 123.* C. *El índice del "menos favorecido".* a) ¿Se cuentan las donaciones? b) La mera mención de legitimarios. c) Asignación del caudal relicto a extraños. d) Mera mención de donatarios. e) Indiferencia de la legítima material. f) El índice, y los descendientes ulteriores. D. *La contribución al pago de la legítima del preterido.* a) Quiénes contribuyen. Fijación del índice de contribución. b) La reducción proporcional. c) Caudal del que se detrae la legítima del preterido. d) Reducción por lesión de la legítima material, y preterición.—VI. LA DESHEREDACIÓN INDIVIDUAL. a) Naturaleza. El error en la causa. b) Computación de las donaciones al desheredado. c) Otros problemas. d) La desheredación en el derecho de alimentos.

### I. PRETERICIÓN Y DESHEREDACIÓN. CONCEPTOS PREVIOS

En el actual Derecho aragonés la preterición representa la infracción del derecho de legítima formal: se da por falta de mención, en el testamento o contrato sucesorio, de los legitimarios de primer grado no favorecidos *inter vivos*, sea intencionada o no. En este segundo

caso, la ley aporta un complemento a la voluntad del causante expresada en el instrumento sucesorio, de acuerdo con lo que parece su intención más probable; siguiendo la tradición romana, estimaron los compiladores actuales que el causante se ha olvidado, por ejemplo, de los hijos que nacieron luego de disponer, y a los que verosíblemente hubiera favorecido de haber testado o dispuesto cuando ya existían. En el primer supuesto, la ley se limita a castigar el incumplimiento del deber de legítima formal.

A diferencia del Derecho romano, la preterición no se produce, ni en el C. c. ni en Compilación, por no haber instituido heredero al legitimario, ni aun por no haber instituido a ninguno de los legitimarios, sino por no mencionarlos ni (en Aragón) favorecerlos en algún modo colacionable. Tampoco parece preciso dejarles bienes algunos (aun cuando desde el punto de vista práctico, y teniendo en cuenta además que el testamento es acto de disposición de bienes, lo más aconsejable, para evitar cualquier objeción, aun infundada, es cumplir la forma haciéndoles un legado equivalente a los cinco sueldos por sitios y cinco por muebles de la vieja fórmula aragonesa).

En una apreciación estrictamente textual, no es posible la preterición si el testamento no contiene institución de heredero, pues entonces se abre la sucesión intestada. Mas cabría mantener que cuando el testamento se halla dirigido conscientemente a distribuir todos los bienes, las reglas de la preterición son igualmente aplicables.

La preterición supone que el legitimario preterido vive en el momento de abrirse la sucesión, y es capaz de heredar, de modo que, premuerto o indigno, no cuenta a tales efectos: no por aplicación del artículo 814-3.º C. c., sino porque tal conclusión se deduce de ser el momento de la apertura el determinante de las posiciones sucesorias.

Las mismas consecuencias que la preterición tiene la desheredación injusta, es decir, aquella en la que se alega una causa que no se halla incluida en el catálogo legal o que luego se demuestra inexistente.

Pero,

a) Esta identidad de *consecuencias* no implica identidad de *naturaleza* entre ambos institutos;

b) A su vez, los dos, debido al sistema de legítima global y libre elección de heredero entre los descendientes, tienen, en el Derecho aragones, muy distinto significado que en el C. c.;

c) En particular, separándose del C. c., la Compilación distingue entre la desheredación injusta o preterición colectiva, o sea comprendiendo a todos los legitimarios, y la individual, referida a alguno o algunos, asignando a ambas, en los artículos 122 y 123 respectivamente, consecuencias muy dispares.

a) La preterición consiste en una infracción, frente al descendiente inmediato que no ha recibido liberalidades computables, del deber de legítima formal establecido en el artículo 120 Comp. Cuando se produce, aunque la legítima material esté ya satisfecha (por haber recaído en legitimarios las dos terceras partes del caudal computable),

y no obstante no existir en Aragón legítima material individual, el preterido tiene una pretensión que por su contenido será sustancial (pues se dirige a obtener bienes de la herencia), pero que por su procedencia es formal, es decir, nacida a partir de una omisión de tipo formal y con independencia de hallarse cubierta la legítima colectiva.

El preterido hace efectivo el derecho sustancial que deriva para él de la infracción del artículo 120 en bienes del caudal relicto, sin consideración alguna, en principio, al *donatum* ni a las proporciones de la legítima colectiva. Sólo cuando, además de preterición, hay lesión de la pretensión global de los descendientes a los dos tercios, pueden fundirse a veces, por economía, ambas transgresiones en un mismo procedimiento.

Salvo esto, el preterido no percibe su derecho en concepto de legítima global (aunque de ser preciso se impute en ella lo percibido). Lo dispuesto por los artículos 122 y 123 viene a ser una especie de sanción pecuniaria al causante, en castigo de su omisión; un nuevo reparto del caudal relicto distinto del previsto en el testamento y en perjuicio de los herederos y legatarios nombrados en él, los cuales no podrán excepcionar que su porción se halla dentro del tercio libre del caudal computable, porque esos tercios sólo cuentan a efectos de las infracciones materiales.

Estos principios, para el supuesto de preterición colectiva vienen enmascarados por la lesión de la legítima global que, casi siempre, implica esta suerte de omisión: al no resultar favorecido en el testamento ningún legitimario, normalmente el testador habrá incumplido su deber frente a ellos.

El otro instituto objeto del presente estudio, la desheredación, es, en Aragón, algo realmente contradictorio. Opuestamente a la preterición, no supone nunca perjuicio de la legítima formal, porque su propio concepto implica la mención del desheredado en el testamento. Pero puede ocurrir que tampoco atente contra la legítima material, satisfecha totalmente en otros descendientes: además, las infracciones sustanciales se hallan comprendidas, todas, en el artículo 124. Quedando entonces la desheredación, o como un instituto ajeno a las legítimas, y situado en el campo de la interpretación de voluntad, o como una especificación del régimen del artículo 124, para la privación expresa colectiva de legítima; o meramente una sanción, para el caso de la desheredación injusta consciente.

b) Preterición y desheredación presentan una diferencia fundamental con sus homónimas del C. c., nacida de la falta de legítima material individual en Aragón. En el C. c., ambos institutos constituyen infracción de pretensiones sustanciales propias individualmente del preterido o desheredado, mientras en Aragón ninguno de ellos constituye, por sí, infracción material, que cuando existe es un fenómeno accesorio.

## II. LA PRETERICIÓN COLECTIVA

Como he dicho, el régimen de la desheredación injusta y el de la preterición pretende ser, en el nuevo cuerpo legal, idéntico. Este distingue exclusivamente, entre la preterición o desheredación injusta de todos los legitimarios y de parte de ellos.

En cuanto al primer supuesto, el artículo 122 dispone que,

*La preterición, o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determinan:*

*Primero. 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".*

*Segundo. La de todo el caudal, en otro caso.*

### A. Cuándo se produce la preterición colectiva

Fijemos, en primer lugar, el ámbito de aplicación del precepto; es decir, cuándo hay omisión o desheredación de todos los legitimarios.

a) El artículo 122 habla simplemente de *legitimarios*, en oposición al 123, que se refiere al "descendiente sin mediación de persona capaz para heredar". Parece, pues, como si bastase la alusión a un legitimario de grado ulterior para eliminar la preterición (o injusta desheredación) colectiva.

No era ese el sentido de los proyectos iniciales e intermedios del Seminario, en los que se consideraba preterición colectiva "la infracción del artículo (actual 120) o la injusta desheredación de todos los legitimarios". Mientras en el último proyecto del Seminario se habla ya de "la preterición o injusta desheredación de todos los legitimarios", aunque, creo recordar, sin intención de alterar el sentido del precepto.

Es el proyecto de la Comisión de Codificación el que, cualesquiera que sean sus antecedentes, parece cambiar tal sentido, y así el texto legal: literalmente en él la preterición colectiva ya no coincide con la falta de mención del grupo de descendientes inmediatos del causante, es decir, de quienes tienen derecho a legítima formal, sino que es un concepto más estricto; para que se dé es preciso, además, que no haya sido mencionado en el acto *mortis causa* ningún legitimario, de modo que si, omitidos los descendientes inmediatos, el ascendiente nombra heredero o legatario a otro de grado ulterior, a pesar de la infracción colectiva de la legítima formal no parece haber preterición colectiva, y, al contrario, debe aplicarse el artículo 123.

b) De la letra y el sentido del artículo 122 podría deducirse que la *preterición* consiste precisamente en la falta de mención formal del descendiente inmediato, pues el precepto presenta como equivalentes a una y otra. Pero del artículo 120 resulta que la legítima formal sólo corresponde a los no favorecidos por el testador en vida (que tampoco sean herederos abintestato de la parte de su patrimonio de que no dispuso), de modo que, favorecido uno de los legitimarios formales mediante

donación, cabe pensar igualmente que no puede considerarse preterido. ¿Qué concepto de *preterición* debe aceptarse, en definitiva, a los efectos del artículo 122?

Los antecedentes, más complican que resuelven el problema. En el proyecto aragonés el actual artículo 122 hablaba sólo de *preterición*, con lo que claramente aludía a la falta conjunta de mención formal y de percepción material de bienes: dándose esta última, no había infracción del (actual) artículo 120, y por tanto no había preterición. De donde, favorecido con donaciones “colacionables” un descendiente inmediato, la omisión de todos en el testamento no entrañaba preterición colectiva, y si sólo, respecto a cada uno de los no favorecidos en vida, la singular.

El texto definitivo de la comisión de codificación tiene, gramaticalmente, muy otro significado. En él se habla de “la preterición o *falta de mención formal*”, con lo cual parece definirse la una por la otra: como equivaliendo, a los efectos de esta norma, la preterición a la falta de mención formal, pese al distinto sentido del artículo 120.

No es que se contemplen una y otra como dos especies diferentes produciendo el mismo efecto, en cuyo caso el párrafo diría: “la preterición o *la falta de mención formal*”. Es que, en el pensamiento del legislador, tal como lo expresa, *son* la misma cosa. El resultado es, en último término, el mismo; la falta de mención formal de todos los legitimarios, aun donatarios, importa preterición colectiva.

La conclusión, a primera vista, aparece falta de lógica: se ha definido la preterición en el artículo 120 con unos caracteres, y llegado el momento de aplicar el concepto se le atribuyen otros. ¿Es que, pese al cumplimiento del deber del artículo 120 por el causante donante, mediante donación, el legitimario-donatario, no preterido a los efectos del artículo 123 y que imputa su donación en la legítima material, no impide la preterición colectiva?

Yo veo dos posibilidades, siquiera modestas, de explicar esta anomalía.

Una: la Comisión de codificación, con la añadidura “o falta de mención formal”, entendió referirse a aquellos legitimarios descendientes de ulterior grado que, por tanto, no tenían derecho a legítima formal, pero cuya mención (en la idea de los codificadores) era suficiente para eliminar la preterición colectiva. Como si el precepto dijera: “habiéndose preteridos todos los legitimarios de primer grado, y faltando mención formal de cualquiera de los de grado ulterior...”. Así, habiendo donación a un legitimario inmediato, no hay preterición de todos ellos, por darse la primera de ambas alternativas.

Otra. Con la anterior explicación queda un rabo por desollar, a saber, la dificultad de resolver, aplicando la norma de la preterición singular, el supuesto de omitirse la mención de todos los descendientes inmediatos, a falta de un término de comparación en el testamento para calcular la porción individual de los preteridos, y de un caudal relicto asignado a legitimarios del que detraerla.

Piénsese que el padre hace una donación a uno de su tres hijos y fallece bajo testamento en el que nombra heredero universal a un extraño. ¿Cuán es la "porción del caudal igual a la del legitimario menos favorecido por el testador", que sirve de índice de lo que ha de asignarse a los hijos preteridos, cuando en el testamento no se favorece a ningún descendiente? ¿Y de qué caudal se deduce la porción?

En tal caso resolver, como si se tratase de preterición colectiva, en favor de la delación abintestato, y abarcando igualmente al donatario (que, conforme al Derecho aragonés, no debe colacionar), tiene la ventaja de no apartar de la herencia, con sólo la donación, a dicho donatario, a quien con gran probabilidad quiso distinguir especialmente el causante. Si la donación no satisface la legítima global, hay lesión de ésta, y el problema, aun a costa de dejarlo pendiente por el artículo 123, se resuelve por el artículo 124. Si tal donación supera los dos tercios del caudal computable, el reparto del caudal es mero resultado de una legítima distinta de la material.

Esta solución sirve para los dos problemas: cuantía de la cuota del preterido y fondo del que se le paga. Pues aunque la falta de índice podría suplirse en casos haciendo servir de tal a la donación (sobre esto, volveremos luego), no se olvide que la aplicación del artículo 123 presupone un caudal relicto en el que participan los legitimarios, y dentro del cual el preterido singular, sin afectar (en cuanto tal preterido) a las instituciones o legados en favor de extraños, va a compartir con sus colegitimarios favorecidos, mediante una redistribución, lo dejado a ellos. No habiendo caudal asignado a los legitimarios en testamento (o contrato sucesorio), aun habiendo índice, el problema seguiría sin resolver.

En conjunto, de estos dos intentos de explicación, es el primero el que respeta la lógica interna del sistema y se ajusta mejor a los antecedentes prelegislativos. Pero como, por sí solo, puede ser impracticable, probablemente es preciso combinarlo con el segundo, concluyendo,

a') Que, en principio, la donación a un legitimario inmediato excluye, junto con la preterición de éste, la colectiva.

b') Que, cuando falten, o un término de comparación para medir los derechos de los preteridos singulares con arreglo al artículo 123, o un caudal para satisfacerlos, será preciso abrir la sucesión intestada en la proporción de los dos tercios de los bienes relictos y con arreglo al artículo 122-1.º, a falta de otra solución legal. El donatario participa en esa sucesión.

c') Que, como el supuesto, no obstante, no es de preterición colectiva, ni el donatario puede ejercitar la acción de preterición, ni se defiere abintestato todo el caudal, a tenor del artículo 122-2.º, cuando el testador desconozca la existencia de algún legitimario de primer grado.

c) ¿Y si el favorecido *inter vivos* es legitimario de segundo grado y el testamento no menciona a ningún descendiente, dejando el caudal íntegro a extraños? Literalmente, el supuesto no se halla excluido

del ámbito de la preterición, ni por el art. 120, que se refiere a legitimarios de primer grado, ni por el 122, que elimina la preterición cuando hay mención formal de un descendiente cualquiera, pero no habla de las liberalidades *inter vivos* hechas a ellos. Por otra parte, los antecedentes (proyectos del Seminario y la Comisión aragonesa) apuntan a la preterición colectiva, pues en ellos ni siquiera la mención de los descendientes ulteriores excluye la apertura de la sucesión intestada conforme al actual artículo 122; mucho menos, por tanto, la donación.

Debemos inclinarnos, pues, por la preterición colectiva: el causante, que pudo nombrar en el testamento a sus hijos y no lo hizo, ni nada les donó, quebantando el deber de legítima formal frente a todos ellos, ha incurrido en preterición total y no hay razón para mantener una voluntad suya que, aun respetando la legítima material, es antijurídica.

Todavía hay otro motivo para abrir la sucesión intestada: haciéndolo así, si además de la infracción formal hay lesión de la legítima material, los descendientes de primer grado adquieren el título de heredero y pueden participar en dicha legítima.

d) Es dudoso si hay preterición colectiva 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: en los tres últimos casos, si no procede abrir la sucesión intestada (pues si se abre, ya no hay preterición, al heredar los descendientes inmediatos): y en los cuatro, si no tienen descendencia capaz para suceder (no así si la tienen, pues entonces, o bien, para la mención testamentaria, funciona —en todos los casos, incluso el de renuncia— la norma del artículo 141 —sustitución legal— o, para la donación, la norma de colación del artículo 1.038-1.º se convierte en una norma de imputación, y ya no estamos en el supuesto del artículo 122).

a') Pensemos, primeramente, en la renuncia a la legítima hecha por un descendiente que ha sido favorecido en el testamento, con exclusión de los restantes.

No cabe oponer contra la solución afirmativa de la preterición total, que tal infracción no corresponde en estos casos a la voluntad del causante, pues la ley no exige que sea voluntaria. Mayor fuerza tiene alegar que, en último término, si nombra en el testamento a quien es legitimario al tiempo de otorgarlo, el ascendiente ha evitado ya la preterición colectiva; y sobre todo, los inconvenientes prácticos y teóricos de tal solución afirmativa, que, habiendo donaciones a estos ex legitimarios, limita la libertad del causante más allá de la cuota legal; perjudica las disposiciones *mortis causa* en favor de extraños, acaso afectadas por la apertura de la sucesión abintestato; y, llevada a sus últimas consecuencias, también las *inter vivos*.

a'') Examinemos, en primer lugar, el supuesto de haber donación "colacionable" al descendiente inmediato instituido.

Por ejemplo: El padre dona 50 a su hijo Pedro. Fallece, dejando

10 a Pedro y 30 a su amigo Enrique (a quienes sustituye recíprocamente), sin mencionar a su otro hijo, Juan, en el testamento. Pedro, al renunciar, si el caso se entiende de preterición colectiva, proporciona a su hermano Juan una suma mucho mayor de la que percibiría él, en detrimento de la institución o legado en favor de Enrique, no obstante haber ésta en la parte libre, e incluso en detrimento de lo percibido por él mismo.

Las soluciones posibles son, no dos, sino tres:

1. La preterición individual. Juan, si ha sido preterido individualmente, hereda lo mismo que (iba a heredar) el descendiente menos favorecido (en el testamento) por el testador: los diez asignados a Pedro. Es la solución que se aplicaría si Pedro no renunciase, dividiéndose entonces los diez entre Pedro y Juan.

2. La preterición colectiva. Se considera inútil la mención de Pedro, y por tanto, como si no hubiera ningún legítimo mencionado en el testamento. Se deferirían abintestato los dos tercios del caudal, o todo él, según conociera o no el testador la existencia de Juan al testar, arrebátándose a Enrique parte o la totalidad de lo dejado a él.

3. La lesión de la legítima global. En el caso anterior, fundado en la falta de la cualidad de legítimo en Pedro, Juan podría acusar, además, la lesión de la legítima material colectiva, recibiendo entonces los cuarenta que componen el caudal relicto (Enrique, así, no recibe nada), y veinte más, si ejercita contra Pedro, considerado ahora como un extraño, la acción de reducción de donaciones.

Como se ve en este ejemplo, el problema de si la preterición es individual o colectiva deja paso a otro de índole más general, a saber, el de la naturaleza, legitimaria o no, de la donación hecha al legítimo que por alguna razón ya no lo es al dividir la herencia (imputabilidad o no en la legítima global). Y, en definitiva, al del momento en que se inicia la existencia del deber de legítima y la posibilidad de cumplirlo de modo irrevocable.

Para resolverlo en un plano conceptual, nos preguntaremos cuándo se realiza irrevocablemente la imputación: si en el momento de tener lugar la liberalidad, o al morir el causante, o sólo al aceptar la herencia el legítimo. Y, como cuestión previa, cuándo comienza el legítimo a ser tal a estos efectos; o bien, cuándo comienza a operar la legítima.

En un plano de valoración de los intereses en juego, el interrogante debe ser otro: ¿Ha querido la ley que las consecuencias de las alteraciones en el grupo de legítimos recaigan en ellos, o bien que graven al causante como una carga suplementaria? O, más exactamente, ¿queda satisfecho el interés familiar y social tutelado con el instituto de la legítima cuando el causante realiza en vida asignaciones a quienes la ley designa como legítimos, de modo que tales asignaciones le liberen definitivamente y se consideren de modo irrevocable como un cumplimiento de su deber?

Me parece indudable la liberación del causante, lo mismo para

el Código civil (opinión mantenida ya por VALLET DE GOYTISOLO y PUIG BRUTAU) que para la Compilación.

Fijémonos primero en el régimen del Código civil. Ciertamente, en él, en principio, la renuncia a la legítima por un legitimario aumenta correlativamente la pretensión de los demás (art. 985-2.º); es como si el renunciante, en cuanto legitimario, nunca hubiera existido (además, art. 929). Pero este régimen no se aplica cuando el legitimario recibió en vida donaciones colacionables, pues, en el plano de los conceptos, si la valoración de los bienes en que consisten ha de hacerse al tiempo de la donación, no se ve por qué no ha de efectuarse la imputación en ese mismo tiempo, imprimiendo la cualidad de legitimario en quien aceptó la liberalidad, de modo indeleble (es cierto que el artículo 819 supone realizada la imputación luego de la muerte del causante, pero ello, probablemente, a efectos de cálculo de la legítima en ese momento, sin prejuzgar si tal imputación pudo tener lugar antes). Y en el aspecto teleológico, la finalidad de la ley se cumple con cualquier asignación *inter vivos* “colacionable”.

Por tanto, el legitimario que ha recibido donaciones colacionables, aun renunciando a la herencia o legado, o expresamente a la legítima, no se despoja de su condición de tal legitimario a estos efectos de justificar el causante con las liberalidades hechas a él el cumplimiento de su deber y la liberación del resto de sus bienes, si bien, satisfecha *inter vivos* la legítima sólo en parte, los cosucesores recibirán, por una especie de acrecimiento (aunque el Código civil omita o emplee en otro sentido esta expresión) su derecho al resto.

La solución opuesta, es decir, el efecto pleno de la renuncia del legitimario-donatario, que le desprovee pretéritamente de su título y le deja *ab initio* en situación igual a la de cualquier extraño, va contra la intención del legislador que se deduce a través de la finalidad del instituto de las legítimas; cambia una situación que, frente al causante, debía quedar irrevocablemente consolidada en el momento de fallecer éste; tiene consecuencias prácticas injustas y contrarias a la voluntad del disponente, y, en una institución que, limitando la libertad de disponer, debe interpretarse restrictivamente, representa una minoración adicional de la autonomía del testador.

Opino, en conclusión, que el límite de los dos tercios puesto por el C. c. a la legítima de los descendientes (de la que, en esencia, estoy tratando en las líneas que anteceden), constituye una barrera que sólo por disposición expresa del Código, a virtud de la existencia de un exceso de legitimarios concurrentes (de lo cual es responsable el causante), puede traspasarse: nunca por sucesos imprevistos e ingobernables, que además no aumentan, antes disminuyen, el número de legitimarios. Y que, dada la posibilidad de cumplir la legítima “por cualquier título”, toda liberalidad “colacionable” hecha a legitimarios debe imputarse inmediatamente en esos dos tercios.

Confirma este punto de vista un argumento de texto: la conservación de lo recibido o asignado a título de mejora, aunque se renuncie

a la legítima, prevista en el artículo 833 C. c. Como si la condición de legitimario se conservase a estos efectos justificativos de la imputación en la cuota global de reserva.

Volviendo ahora al Derecho aragonés, donde la legítima global presenta grandes semejanzas con el tercio de mejora del Código civil, creo que en él son concluyentes los indicados motivos para conservar la imputación en la legítima de los bienes donados a descendientes en vida del causante, aunque el descendiente no sea luego legitimario. Es lo más acorde con la naturaleza y finalidad de la legítima: con el reconocimiento legal de cierta libertad para disponer en favor de no legitimarios, con la conveniencia de que ya en vida pueda el ascendiente favorecer a los legitimarios, estrictamente con cargo a la legítima global y como expresión de su potestad de dividir ésta *ad libitum* y, sobre todo, con el hecho de haberse mencionado efectivamente un legitimario en el testamento al otorgarse éste.

b") Si ningún descendiente inmediato ha recibido nada por donación "colacionable" e, instituidos uno o algunos en el testamento con omisión de los restantes, repudian la herencia, no puede decirse que el testador haya fallecido infringiendo totalmente su deber de legítima formal: en cuanto a la material, es cuestión que no cae, en principio, bajo el imperio de los artículos 120, 122 y 123. Esto es así aunque haya eliminado la apertura de la sucesión intestada reconduciendo a extraños, por vía de sustitución o acrecimiento, la porción vacante, y cualquiera que sea la cuantía de lo dejado a los *heredes sui* renunciantes, pues lo exigible a efectos de la legítima formal es la mención testamentaria. Entonces, y en ausencia de sucesión intestada, parece que los legitimarios omitidos podrán reclamar, a su elección, sea la parte que en el testamento se asignaba al renunciante (aunque, por sustitución o derecho de acrecer, se halla destinada a extraños) en la proporción señalada por el artículo 123, sea directamente la legítima material conforme al artículo 124. Esto segundo, supuesto que la legítima material no se halle ya satisfecha por donación —en descendientes de grado ulterior—, o bien en la parte que reste si la donación no alcanza a cubrir los dos tercios del caudal computable. También habrá lugar a la aplicación del artículo 124 si mediante el 123 no se alcanza la indicada proporción de los dos tercios.

La primera alternativa —la participación en lo asignado en testamento al legitimario renunciante— se da aunque la legítima material esté cubierta por liberalidades, pues se trata de una sanción al deber de mencionar o favorecer a los descendientes inmediatos. Sanción que siempre funciona aquí, en mi opinión, por la vía del artículo 123, y no la del 122, aunque las donaciones se hubieran hecho a descendientes ulteriores, o aunque no haya liberalidades *inter vivos*, pues la mención testamentaria del renunciante elimina la preterición colectiva, al no haber infracción total del deber de legítima formal: en este supuesto, ni siquiera al morir el causante, en cuyo momento hay mención de legitimarios (que lo son entonces) en el testamento, sin

que los omitidos puedan alegar la sustitución o el acrecimiento en favor de extraños, pues ello no elimina la realidad de que en el testamento se nombraban descendientes inmediatos.

b') Tanto en el aspecto concreto de su valor obstativo de la preterición total, como en el más genérico de la imputación de la liberalidad a efectos de la legítima material, cabría pensar —si bien la cuestión ofrece mayor dificultad conceptual— que ocurre lo mismo en el caso de premoriencia, sin herederos forzosos, de un legitimario donatario, pues, pese a que el premuerto ya no existe al abrirse la sucesión, de modo que en tal momento están preteridos todos los legitimarios existentes entonces, las enunciadas razones de fondo siguen teniendo validez.

a'') Especialmente, habiendo liberalidades. Supóngase que fallece un hijo a quien su padre le había donado la tercera parte de sus bienes, sobreviviéndole el padre. Deja dicho hijo premuerto todos sus bienes a su único hermano (o bien, en el régimen del C. c., la mitad). Y si se prescinde de la imputación en la legítima, debido al puro azar de morir este hijo sin descendencia, ahora el padre, ante la presencia de un solo legitimario a quien, en principio, debe dejar dos tercios de su caudal, ya no puede disponer de nada (en Aragón), o sólo de un sexto, contra sus indudables previsiones al donar a su hijo.

b'') Cuando el premuerto no es donatario, sino heredero instituido o legatario en el testamento de su padre, falla este argumento, pero persiste el hecho de que, en el momento de testar, el causante no incurrió en preterición absoluta, y, correlativamente, hay un término de comparación que, aun en el supuesto de no abrirse la sucesión intestada (pues si se abre ya no hay preterición alguna), permite la aplicación del artículo 123.

Hay aquí, desde luego, una diferencia importante con el supuesto de la repudiación, en el cual el causante no conoce la renuncia del instituido (aun cuando pudo prevenirla, y no lo hizo), y la preterición resulta, luego de fallecido él, de un acto voluntario del o los mencionados en el testamento. Pero habida cuenta de la naturaleza punitiva de los artículos 122 y 123 (salvo el supuesto del desconocimiento), y de que nos hallamos en un terreno puramente formal —la defensa de la legítima material sigue otras vías—, acaso lo decisivo para apreciar la omisión absoluta es que tal infracción se produzca en el momento de testar.

El tema es discutible. El causante no cometió la infracción en dicho momento, mas, por otra parte, la preparó si (como en el ejemplo *sub a''*) dispuso la sustitución o derecho de acrecer en favor de extraños, y además (y éste es el matiz diferencial con la renuncia) 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. Tampoco merece demasiado respeto su voluntad, inicialmente dirigida ya (salvo el caso de desconocimiento) a infringir

el artículo 120. Las razones en este supuesto se hallan, como se ve, equilibradas, y no es sencillo decidirse por una de las soluciones en presencia.

c') Finalmente, tenemos los casos de indignidad y justa desheredación, con su doble vertiente de haberse hecho, o no, donaciones a los descendientes inmediatos sujetos de la una o la otra.

Habiendo donaciones al desheredado o indigno, opimo, en un terreno de legítima material, que, salvo perjuicio de tercero, la regla de imputación en la legítima no se aplicaría, en tales supuestos (en los cuales la privación absoluta de la condición de legitimario supone la concreción de lo donado al descendiente al tercio libre, y la posibilidad, así, de recuperar la parte que exceda de él), sino por voluntad del causante, que si puede desheredar o perdonar, con igual motivo puede fijar el grado de privación de la legítima y aceptar o no la imputación en ella de lo donado.

En el terreno de la legítima formal, es discutible si la mera mención de un legitimario para desheredarlo (no habiendo tampoco descendiente mediano nombrado en el testamento) es suficiente para excluir la universalidad de la preterición. La solución podría deducirse del hecho de distinguir el artículo 122, de una parte, la preterición de todos los legitimarios, y de otra, la injusta desheredación de todos, de modo que si es justa la desheredación de algunos, aunque haya preterición de los restantes, el evento no entra en ninguna de las alternativas previstas en el precepto. Pero difícilmente en estos casos podrá evitarse, por motivos prácticos, la apertura de la sucesión intestada, mientras que en los de indignidad la fijación de unos beneficios sucesorios al indigno aproxima la situación al evento de la renuncia.

d') En suma: en principio (y con la única salvedad del premuerto meramente mencionado, que suscita dudas), no hay, conceptualmente, preterición colectiva, y sí sólo individual, cuando uno al menos de los descendientes inmediatos ha sido mencionado en el testamento o favorecido en vida, resultando luego desheredado, indigno, renunciante o premuerto. En tal evento, corresponde mejor a la mente del legislador y a la equidad tratar el caso como de preterición o desheredación singulares, siempre que haya 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 aplican a la preterición individual, según expliqué en el apartado b) anterior, las normas de la colectiva.

#### B. *Conocimiento de la existencia de legitimarios*

En sus dos apartados, el artículo 122 distingue entre la falta voluntaria de mención de todos los legitimarios y la omisión involuntaria de alguno de los no nombrados, defiriendo abintestato la totalidad del caudal en este último e improbable caso, de acuerdo con

la verosímil intención del causante, y reduciendo la delación legal a los dos tercios de la herencia cuando la existencia de todos los legitimarios era conocida por el testador al disponer. Basta, pues, con que no fuera conocida la de uno, para que la delación abintestato afecte a todo el caudal. Hay que entender que existe también desconocimiento cuando ese uno nace luego, no siendo posible alegar, entonces, la imposibilidad de conocer o desconocer un hecho ulterior, pues éste siempre pudo preverse, y no habiéndolo hecho así el causante, en la duda ha de favorecerse al legitimario sobrevenido, al menos cuando no se demuestre la intención de aquél de omitir a todos los supervenientes.

El artículo 122 habla de ser conocida la existencia de legitimarios. “por el testador”, adicionando el texto del proyecto, que no decía por quién debía ser conocida (por considerarlo inútil). La adición no es afortunada, por cuanto también quien instituye por contrato sucesorio a un pariente no legitimario o a un extraño, comete preterición; así ha de interpretarse el texto legal, que hubiera debido hablar en todo caso de “causante” o “disponente”.

Es discutible si, sabiendo el causante la mera concepción de la cual va a nacer un legitimario, se aplican el número 1.º o el 2.º del artículo 122. Ciertamente, el concebido no es persona, y en este sentido todavía no *existe*, no siendo posible considerarlo existente a estos efectos, una vez nacido, durante el periodo de gestación, porque no se trata de efectos que le sean favorables, sino todo lo contrario. Mas la finalidad de la norma acaso no exige la entidad de persona en el posible heredero para la existencia de preterición o injusta desheredación, pues de lo que trata el precepto es de discriminar entre dos tipos de motivos de la voluntad del disponente; es decir, entre el que, consciente de la presencia de todos los legitimarios, los deja de mencionar en el testamento, presumiblemente porque no quiere favorecerlos y prefiere al extraño, y el que omite toda alusión a un legitimario cuya existencia desconoce o que no vive aún al tiempo de disponer, en cuyo supuesto la ley tiene en cuenta su voluntad probable, inclinada a favorecer a los suyos más próximos, aunque poco previsora, y actuante sólo en vista de los datos del momento, como si no pudieran cambiar. Lo que la ley hace, en definitiva, es una interpretación de la voluntad del causante, respetándola, cuando se halla presumiblemente orientada a la exclusión de los legitimarios, en cuanto al tercio de libre disposición, y decidiendo como se supone que decidiría el causante al saber que existen legitimarios distintos de los conscientemente preteridos, cuando no se ve intención de excluirlos, y sí sólo ignorancia de que los haya. De donde el conocimiento de la concepción puede bastar para aplicar el número 1 del artículo 122.

El conocimiento ha de tenerse al tiempo de otorgar el testamento o contrato sucesorio; por tanto, el conocimiento ulterior no evita la aplicación del apartado 2.º del artículo 122. La prueba del conocimiento

incumbe a quien lo afirme, y no equivale a él la situación de incertidumbre.

### III. LA DESHEREDACIÓN COLECTIVA

En Aragón, la desheredación individual reviste, según veremos, caracteres muy especiales, dada la falta de una propia legítima reservada a cada descendiente de primer grado. En cambio, al haber una legítima global, en los supuestos de desheredación injusta colectiva (o del único legitimario, cuando sólo hay uno, titular entonces de toda la legítima global, individualizada en él) se vuelve, en principio, al régimen del Código. El causante podía, para desheredar a determinado legitimario, mencionarlo en el testamento sin dejarle nada y sin alegar razón legal, pero no puede hacer lo mismo con todos los descendientes. Si lo hace, sin señalar y demostrar una de las causas previstas por el artículo 122 de la Compilación. La nulidad proviene, entonces, o de la falta de prueba de la causa de desheredación, o de que ésta no pertenezca al elenco de las señaladas en los artículos 852 y 853 C. c.

a) Ahora bien, aun entonces, redactado en sus inicios el actual artículo 122, pensando exclusivamente en la preterición, plantea ciertos interrogantes en tema de desheredación colectiva. En ella, en realidad, no puede jugar congruentemente con la naturaleza del instituto el conocimiento o no de la existencia de legitimarios, sino el de la verdad o falsedad de la causa de desheredación. Sobre todo si el causante ha desheredado por error, creyendo en la existencia de una causa (incluida o no en el catálogo del Código civil) que resulta luego falsa, lo lógico es aplicar el apartado segundo y deferir abintestato la totalidad de la herencia. En cambio, si la inexistencia de la causa es conocida del causante que la aduce, tiene mayor justificación la delación de los dos tercios, puesto que es patente la voluntad de aquél de privar a los legitimarios de la parte de libre disposición, como podría haberlo hecho mediante una asignación exclusiva de esta parte a extraños. Con todo, y dado el tenor del precepto, corremos el riesgo de que, aun cuando no fuera esa la intención de sus autores, incluso la desheredación errónea sea reconducida al apartado primero.

b) Cuando la desheredación tiene lugar incluyendo personas futuras —en cuyo caso, para ellas, es forzosamente injusta, pues las causas de desheredación consisten en hechos personales—, podría discutirse su inclusión en el apartado primero o el segundo, ya que tales personas no viven y, propiamente, al no vivir, mal puede conocerse su existencia. Sin embargo, esta interpretación puramente literal no es aceptable: el apartado primero, pensado para la preterición, incluye, en tema de desheredación, a todas las personas cuya posible existencia futura haya previsto el causante, a quien, habiéndolo hecho así, le vale el testamento desheredatorio, aun injusto, en cuanto al

tercio libre (nazcan o no los descendientes ulteriores cuya existencia previó por anticipado), y que, teniendo la libre disposición de ese tercio del caudal computable, respecto de él debe poder excluir anticipadamente a cualquier prole esperada, de igual modo que puede directamente atribuirlo, en cuanto tal tercio libre, a personas extrañas. Así se deduce, por lo demás, del artículo 120-2.

c) La privación de legítima por exclusión de la sucesión intestada sólo será desheredación colectiva cuando abarque a todos los legitimarios en sentido amplio (todos los descendientes existentes al fallecer el causante) y éstos no hayan sido favorecidos mediante donaciones. En tal evento, con arreglo al texto legal, debería abrirse la sucesión intestada en favor de los legitimarios de primer grado en cuanto a los dos tercios del caudal, y entenderse llamados implícitamente por el testamento desheredatorio los más próximos sucesores distintos de los descendientes en cuanto al otro tercio (o a la parte que resulte libre tras la computación de donaciones a extraños). Es la solución más acorde con la voluntad del causante, si bien, para llegar a ella, parece mejor dar un sentido positivo de llamamiento implícito de personas sin designación de nombres al acto *mortis causa*.

d) Hay una laguna en la Compilación cuando, desheredados todos los descendientes, unos lo han sido con justa causa y otros sin ella. Pues el artículo 122 se refiere a la desheredación *injusta* de todos y el artículo 123, relativo a la de uno o algunos, previene una forma de satisfacer los derechos del desheredado que necesita un índice de comparación, aquí inexistente. Es decir, que si un padre deshereda a sus dos hijos, Pedro y Juan, y la justa causa se demuestra en relación a aquél, pero no a éste, no puede decirse que todos los legitimarios estén desheredados sin justa causa, pero tampoco nos hallamos ante un caso de desheredación singular, como reza el epígrafe del artículo 123, el cual, además, sería inaplicable al faltar un "favorecido por el testador" que sirva de referencia a la cuota de Juan.

La solución del problema exige prescindir de la interpretación literal; hecho esto, la calificación de la desheredación como colectiva y consiguiente aplicación del artículo 122 a los desheredados injustamente está bastante clara, pues si la división de los artículos 122 y 123 separa el supuesto de ausencia de legitimarios nombrados o favorecidos por el testador, y el de lesión de la legítima formal o injusta desheredación de uno o algunos, en concurrencia con otro u otros no lesionados ni desheredados, el supuesto en cuestión es mucho más próximo al del artículo 122, en el cual, sin duda, se comprende el caso de desheredación injusta de todos los legitimarios *no desheredables*.

Los supuestos de concurrencia de preterición de unos legitimarios e injusta desheredación de los restantes se hallan literalmente comprendidos en el artículo 122: el apartado 2.º se aplicará cuando el causante desconozca la existencia de los preteridos y (si se acepta la opinión expuesta *sub a*) haya creído erróneamente en la causa o causas de desheredación que alegó.

e) Falta, en materia de desheredación, una regulación aragonesa, por lo que ha de aplicarse, con las precisas adaptaciones, la disciplina del C. c.; así rigen en Aragón los artículos 848, 849 (referido en Aragón también al pacto sucesorio), 850, 851 y 852 (ambos, en parte), 853, 856 y 857.

#### IV. EFECTOS DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN COLECTIVAS

La preterición y la desheredación injusta de todos los legitimarios provocan, dice el artículo 122, la delación abintestato de los dos tercios del caudal o de todo él (en el proyecto del Seminario se habla de *herencia*, y en tal sentido debe entenderse la expresión del texto vigente). La redacción, que persiste esencialmente desde las fórmulas iniciales del Seminario, difiere del Código civil, que refiere la nulidad a la institución de heredero (total en la preterición, y “en cuanto perjudique al desheredado” en la desheredación; si bien sin distinguir entre desheredación y preterición de todos los legitimarios o parte de ellos: véanse artículos 814 y 851).

##### A. *El caudal partible*

Como resulta de la naturaleza de la sucesión intestada, del uso de la expresión *herencia* en los antecedentes prelegislativos, y, en último término, del propio artículo 122, tanto en el supuesto de preterición como en el de desheredación colectivas, la delación se refiere al caudal relicto, sin incluir el *donatum*, y sin perjuicio de que los legitimarios, si ven su derecho disminuido por legados o donaciones del causante (como ocurrirá, automáticamente, si hay algún legado o donación a extraño, en el caso primero del artículo 122), supriman o reduzcan la institución de heredero o las otras liberalidades testamentarias o entre vivos. Así se desprende también del artículo 32 del derogado Apéndice.

Es decir, que han de separarse: de un lado, el caudal relicto, en que resultan instituidos los legitimarios mediante la apertura de la sucesión intestada, y de otro, la cuota de legítima. Estas dos magnitudes sólo pueden ser idénticas cuando el causante, durante su vida, no haya hecho donación alguna a legitimarios ni a extraños (o las hechas a aquéllos sumen exactamente el doble de lo donado a éstos), y la delación se extienda sólo a dos tercios de la herencia, o bien cuando haya donado a extraños un tercio de su fortuna, y la delación abarque todo el caudal relicto. En otro caso, una masa será mayor que la otra.

No hay inconveniente en ello, porque los artículos 122 y 123 están encaminados, en principio, a la defensa de la legítima formal, de modo que cualquier lesión de la legítima material se resuelve aparte y por otros medios. Haya o no lesión, basta que se produzca la preterición colectiva para que se abra la sucesión intestada prevista en el artículo 122.

Cabe preguntarse, entonces, por qué la apertura tiene lugar, cuando

se conoce la existencia de todos los legitimarios o la falsedad o injusticia de la causa de desheredación, precisamente abarcando dos terceras partes del caudal, como si se tuviera presente que la legítima comprende los dos tercios del llamado "caudal computable". En realidad la proporción podría haber sido cualquier otra, pero la señalada en el artículo 122-1.º, tomándola del Apéndice, es la única que ofrece probabilidades de coincidir, en muchos casos, con la cuantía de la legítima material: concretamente, como he dicho, cuando el causante no haya hecho donaciones en vida, a propios ni extraños, de las que se computan a efectos del cálculo de la legítima. Así, 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: simultaneidad de solución que no es necesaria ni pertenece a la esencia de ambas clases de legítima, pero que resulta evidentemente práctica.

#### B. *Apertura de la sucesión intestada y legítima material*

Cuando hay donaciones del causante, o cuando se abre la sucesión intestada afectando a todos sus bienes, la realización de la legítima formal difícilmente coincide con la material, pudiendo proporcionar a los legitimarios una cuantía superior, o bien inferior, a los dos tercios del artículo 119.

a) El fenómeno de la sucesión forzosa de los legitimarios en una cantidad superior a la cuota de legítima, posible igualmente en el C. c (art. 814-1.º), se produce en el Derecho aragonés, derivado de una interpretación sumamente verosímil de la voluntad del causante, al entrar en juego el apartado 2.º del artículo 122 (delación intestada de todo el caudal relicto), si no hay donaciones entre vivos a extraños o éstas no alcanzan al tercio libre.

Hay también sucesión forzosa en bienes que exceden la legítima cuando las donaciones *inter vivos* a legitimarios de segundo grado son suficientes para cubrir ésta, solas o sumadas a cuanto perciben los descendientes inmediatos en la apertura de la sucesión intestada.

Por ejemplo: Pedro donó 60 a su nieto. En el testamento no menciona a ninguno de sus dos hijos, y deja toda su herencia, consistente en 30, a Enrique. La aplicación del artículo 122 proporciona 10 a cada hijo, en perjuicio de Enrique, y fuera de la cuota de legítima material que ya estaba satisfecha en el nieto.

O bien: Pedro donó 30 a su nieto y en el testamento deja los otros 60 a Enrique. La aplicación del artículo 122 proporciona 20 a cada hijo, con lo cual nada puede reclamar por su legítima material, al recibir cada uno 5 de exceso sobre ésta.

En el primero de estos casos, según puede verse, la totalidad del caudal relicto es de libre disposición. En el segundo, lo es la mitad. La división del caudal relicto en tercios, pues, nada o poco tiene que ver con la del caudal computable.

La delación abintestato de los dos tercios del caudal relicto con-

forme al artículo 122-1.º no plantea problemas de legítima material frente al nieto donatario; todo lo recibido por él se cuenta para el cálculo de la misma, y todo se imputa en ella, sin posibilidad de reclamación alguna contra él (al ser descendiente, y, por tanto, legitimario).

b) Cuando, habiendo preterición colectiva, las donaciones a extraños exceden de la parte disponible, ni siquiera en los supuestos de sucesión intestada de los legitimarios sobre todo el *relictum* (art. 122-2.º), basta éste para cubrir la cuota legitimaria calculada sobre el caudal computable (*donatum* más *relictum*), de modo que los preteridos, además de recibir todo el *relictum*, podrán pedir la reducción de donaciones por aplicación del artículo 124, una vez que hayan hecho valer el 122, quedando intactas las que quepan dentro del tercio libre, ya que el artículo 122 no refiere la sucesión intestada al caudal computable, que no podría ser objeto de este tipo de delación; y, sobre todo, no limita en este aspecto la vigencia del artículo 119.

En cuanto a los legados, la ley ordena tan manifiestamente abrir la sucesión intestada sobre todo el caudal relicto, que, aun los que caben dentro de la parte disponible, quedan sin efecto; ya he explicado cómo esta sucesión intestada, preñada para reparar una infracción de la legítima formal, tiene un curso propio no influido por la legítima material.

Cuando la delación intestada afecta sólo a dos tercios del caudal relicto (art. 122, apartado 1.º), si el causante nada donó en vida, tales dos tercios del caudal representan exactamente la legítima: mas si donó sólo a extraños, los dos tercios de bienes hereditarios se quedan cortos, al ser de importe más reducido que el caudal computable a efectos de las legítimas. Procede, entonces, completarlos, reduciendo o anulando la restante institución de heredero, o los legados, o las donaciones, pero bien entendido que todo ello sucederá al amparo del artículo 124, y en el ejercicio de las acciones derivadas de la legítima global (artículo 119): el 122, que ahora comento, agota su virtualidad con la apertura de la sucesión, de modo que la acción de preterición colectiva nacida de él no se dirige, *per se*, a la anulación de las disposiciones lesivas del ascendiente, sino a la delación intestada, de la cual procede, como consecuencia ineludible, la reducción o supresión de institución y legados en cuanto a los dos tercios, y eventualmente, por el artículo 124, el complemento ulterior del derecho de los legitimarios de primer grado a quienes la ley ha conferido el título de heredero.

Esta segunda reducción, fundada en la lesión de la legítima material (y totalmente distinta de la que, fundada en la infracción de la legítima formal y a virtud del artículo 122-1.º, precede a la apertura de la sucesión intestada), dará lugar, pues, primeramente a que la sucesión intestada se extienda, además de los dos tercios a que se refiere el artículo 122-1.º, a la parte del tercio restante (del caudal relicto) que sea precisa para cubrir la legítima global, y aun a todo el caudal, si todo es preciso para ello; además, si aun así no queda satisfecha la pretensión de los descendientes, a la recuperación de lo donado *inter*

*vivos*; sin que en ningún caso pueda reclamarse contra los colegituarios.

### C. *Cómo se forman los dos tercios del caudal*

La apertura de la sucesión intestada sobre una parte del caudal (los dos tercios) en virtud del artículo 122-1.º, al dejar subsistente lo ordenado por el causante en la parte restante (un tercio), plantea el problema de qué es lo que debe subsistir en la posible y lo que ha de reducirse o suprimirse: si la institución de heredero, o los legados, o ambos proporcionalmente a su importe.

El criterio del Código es respetar los legados mientras no afecten a la legítima, y la reducción de aquéllos se opera, en su caso, no como una consecuencia del artículo 814, sino como un resultado de la infracción de la cuantía de la *portio debita*. En cambio, la institución se anula totalmente, y no sólo en cuanto baste a satisfacer la legítima material del preterido.

El artículo 122 no lo establece así, y se refiere de modo genérico a la delación abintestato de dos tercios del caudal relicto, por lo que puede pensarse también, en lugar de anular primero la institución, y en lo que ésta no baste, los legados, en una reducción proporcional de una y otros (aun entonces, la existencia de los legados declarados preferentes dará lugar a intrincadas cuestiones). Esta solución tiene un fundamento serio de orden práctico, a saber, que no puede presumirse que el testador tuviera mayor interés en la conservación de los legados que en la del nombramiento de heredero (todos, repetimos, en favor de extraños) en estos supuestos de preterición o desheredación total injusta, y aún es más verosímil lo contrario. Igualmente, desde el punto de vista de la plenitud normativa a que tiende la Compilación, y la posibilidad de resolver el problema con ella, y sin acudir a otras fuentes, ha de propugnarse la reducción proporcional.

Sin embargo, si la sucesión legítima se abre en los casos previstos por el Código (art. 127 Compilación), cabría defender que la “delación abintestato de los dos tercios del caudal” —antes, más claramente, de la herencia— ha de afectar primero a la institución de heredero, por ser su nulidad precisamente presupuesto de la delación abintestato (artículo 912-2.º Código, por analogía). No cabe argüir, frente a ello, el tenor literal del artículo 127 de la Compilación, para negar la aplicabilidad del 912 C. c., al aludir dicho artículo 127 sólo a la falta de testamento o contrato sucesorio, y no al defecto de institución de heredero, ya porque su significado se ve claro a través de la fórmula más correcta de la Comisión aragonesa (la actual procede de la de codificación), ya, sobre todo, porque en realidad, a falta de nombramiento de heredero, únicamente si el testamento cubre con auténticos legados (no disposiciones a título universal formuladas en tal forma) la totalidad de la herencia, se puede evitar la apertura de la sucesión legal.

Empero el argumento derivado del artículo 912 C. c. no es demasiado válido, por cuanto la relación de causa a efecto entre la falta o

nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada, no implica que, abierta ésta por otro motivo, la institución de heredero deba desaparecer antes que los legados, conclusión que sería puramente conceptual y poco ajustada a la realidad. Como dice DE LA CÁMARA, la nulidad de la institución de heredero en estos supuestos es un puro residuo histórico.

Tampoco el argumento derivado de la analogía con la regulación del Código civil es convincente, porque ésta comprende, en un mismo precepto, junto con la colectiva, la preterición o desheredación singular, y, por tanto, el supuesto de haber otros legitimarios instituidos herederos, en el cual es más lógico respetar los legados, acaso destinados a desigualar a los propios descendientes, mientras que aquí, por definición, ninguno es legatario.

El Apéndice, de acuerdo con los proyectos precedentes, pero sin apoyo en los Fueros y Observancias, dejaba a salvo de los efectos de la preterición o la injusta desheredación los legados y liberalidades no inoficiosos, de donde podría tratarse de invocar el precedente en favor de la conservación de este mismo régimen en la actualidad. Mas, sobre todo, teniendo en cuenta que el Apéndice se refería conjuntamente a la preterición individual y la colectiva (si bien distinguiendo en el primer caso entre la institución igual o desigual de los restantes legitimarios), es muy discutible, por la razón ahora expuesta, que el cambio de redacción del nuevo cuerpo legal obedezca a una omisión involuntaria, y no a la idea de excluir precisamente la regulación anterior.

Ciertamente, si el artículo 127 de la Compilación se refiere al *caudal* (relict) y, por tanto, parece comprender los legados, en el proyecto se hablaba inicialmente de *herencia*, vocablo más orientado a la institución de heredero, y al mantenimiento preferente de las disposiciones a título particular. Mas este indicio es poco concluyente, y, por mi parte, creo recordar—sin mucha seguridad—que la mente del Seminario al redactar estos preceptos se orientaba hacia la equiparación entre institución y legado, siendo ese el motivo de sustituir la nulidad de aquélla, ordenada en el Apéndice y en el Código, por la delación abintestato.

La cuestión, insisto, es un tanto dudosa. En el Derecho histórico no hay solución aragonesa, y la inspirada en textos romanos o castellanos, evidentemente es favorable a la conservación preferente de los legados: así lo decidió la jurisprudencia, estimando que el Derecho común primero y el Derecho castellano después son supletorios del aragonés. Pero más verosímelmente cabe pensar que el legislador, en vista de las doctrinas contrarias a la nulidad de sólo la institución, y ante el hecho de haber distinguido ahora cuidadosamente, por primera vez en nuestro Derecho, entre preterición total o parcial, optó, para la total, por prescindir de preferencias injustificadas y equiparar el legado y la institución de heredero hechos a extraños.

La reducción adicional que pueda operarse en virtud del artículo 124, nada tiene que ver con esta de que tratamos ahora, y se practica,

abarcando las instituciones y legados remanentes y, en su caso, las donaciones, con arreglo a sus propias normas, que son, al parecer, las del Código.

## V. LA PRETERICIÓN INDIVIDUAL

Para la preterición o desheredación singular previene el artículo 123 que,

*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.*

Como se ve, la preterición o desheredación injusta que no abarca a todos los legitimarios, no da lugar a la apertura de la sucesión intestada; y, si las disposiciones en favor de extraños entran en la parte disponible, quedan intactas, estableciéndose la redistribución sólo entre los descendientes.

O sea, que el artículo 123 no sale del grupo de legitimarios, creando, exclusivamente entre ellos, una comunidad de pérdidas en favor del preterido o injustamente desheredado. Si hay lesión de la legítima global, será el 124 el que intervenga, y el preterido sólo podrá aprovecharse de la reducción si ha obtenido título de heredero o no hay ningún legitimario instituido como tal.

Hay, pues, notable diferencia con el C. c., en el cual la preterición de un legitimario anula la institución de heredero, y por ende proporcionala al nuevo sucesor abintestato (y también a los no preteridos) una cuota de la herencia precisamente por título universal, con lo cual los legitimarios que han sido favorecidos por el causante sólo mediante el nombramiento de heredero, aunque haya desigualdad en las cuotas, y el preterido, quedan nivelados, desapareciendo tal desigualdad, y perdiendo o ganando, por el hecho de la preterición, los instituidos, respectivamente, en cuota superior o inferior a la media que resulta de dividir el caudal relicto (aumentado con las donaciones imputables a la legítima estricta) por el número de legitimarios. El extraño instituido heredero, a su vez, pierde toda su cuota y, en definitiva, su condición de tal.

El Apéndice redujo la eficacia anulatoria de la preterición a los dos tercios del caudal líquido (sin perjuicio de la reducción que procediera en las liberalidades a extraños cuando éstas excedían de un tercio del caudal computable), y eso sólo para la preterición colectiva o la institución de los legitimarios no preteridos por partes iguales; siendo desiguales, la regulación era idéntica al actual artículo 123.

La Compilación se inspiró en el Apéndice, pero teniendo en cuenta dos factores que en tal cuerpo legal se habían pasado por alto: la

distinción, en la preterición colectiva, entre el conocimiento o no de la existencia de todos los legitimarios (omisión voluntaria o involuntaria), y la conveniencia de conservar la institución de heredero, en la individual, incluso cuando todos los legitimarios instituidos lo han sido por partes iguales; en beneficio de la libertad de disponer del causante, y una vez satisfecha la legítima global.

Tanto el artículo 123 como su antecedente en el Apéndice se redactaron pensando en la ausencia de la legítima estricta en Aragón, en la frecuencia del nombramiento de un único heredero en ciertas zonas y en la conveniencia de respetar la voluntad del causante de desigualar a los legitimarios, manteniendo, frente al preterido, las proporciones que aquél estableció. Y 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.

Entre los problemas planteados por la preterición individual —muchos comunes con la injusta desheredación— destacan los siguientes:

#### A. *¿Quién se entiende preterido?*

Como en el art. 122, lo son los legitimarios de primer grado que no hayan sido mencionados en el testamento o favorecidos en vida del causante (cfr. art. 120). Pero, a diferencia de la preterición colectiva, la individual no queda excluida por la mención de descendientes ulteriores.

El proyecto del Seminario era más estricto, al referirse sólo a los descendientes sobrevenidos, de modo que los existentes, no habiendo preterición colectiva, carecían de todo derecho. Tal redacción simplificaba mucho el funcionamiento del precepto y se ajustaba más a la presumible intención del disponente, si bien incurría en cierta contradicción con el (hoy) artículo 120, que concede un derecho de legítima formal, cuya infracción sólo se sancionaba en determinadas y raras circunstancias.

#### B. *¿Por qué título obtiene el preterido la satisfacción de su derecho?*

Bien claro se ve que el artículo 123 —como su antecedente del Apéndice— ha evitado aludir, directa o indirectamente, a la apertura de la sucesión intestada, resolviendo la cuestión, en principio, dentro del grupo de legitimarios. Por consiguiente, el preterido no obtiene abintestato el título de heredero. Tampoco es seguro que le corresponda por el hecho de que lo tenga el *menos favorecido* que sirve de índice regulador a sus derechos, pues si su porción se forma por reducción proporcional de participaciones en el caudal relicto,

acaso son todas ellas, y no una sólo, las que contribuyen a determinar la calidad de su derecho, valiendo el índice regulador de referencia para determinar el *quantum* del mismo, mas no el cómo.

No cabe objetar que el preterido, sucediendo en cuota, es un heredero más; según se deduce del propio sentido de la preterición, que juega siempre con la anulación de la institución de heredero. Pues, aparte la dificultad de explicar cómo el omitido adquiere por sucesión universal bienes que el causante atribuyó a título particular, precisamente el juego del artículo 123 no exige de modo indispensable la nulidad parcial de la institución, y en caso alguno supone la apertura de la sucesión intestada, y sí únicamente una sustitución en el beneficio *mortis causa*. Por lo cual no cabe determinar *a priori* la condición del preterido. Será heredero, sin duda, cuando lo sean todos los otros legitimarios, pues la forma de suceder, en una cuota, y la similitud con el menos favorecido y, en general, con todos aquellos cuyas participaciones reduce, parecen imponerlo. Mas cuando unos sean herederos y otros legatarios, acaso la cuota, calculada en valor, se resuelva en un derecho de crédito contra el caudal, o en un "legado legal" de parte alicuota, o bien, si la legítima se ha asignado *in natura* a uno o varios herederos y a los otros legitimarios derechos de crédito, el preterido sigue la línea del *menos favorecido* cualitativamente, es decir, el legatario acreedor.

El tema es importante. De una parte, sólo si el preterido deviene heredero (o si ningún legitimario lo es) podrá ejercitar la acción *ex* artículo 124. De otra, la atribución del título de heredero como coparticipación en cada una de las instituciones en favor de legitimarios, grava al preterido con el pago de las deudas y legados, así como con el de los legados impuestos individualmente a cada sucesor universal con quien comparte el título (y por la parte que le toca); correlativamente, la atribución de una cuota sobre el objeto legado a otro legitimario crea una situación antieconómica. Además, para conseguir un beneficio no mayor del menos favorecido, el preterido no puede tener acceso a la acción de reducción (la del art. 124) si no corresponde a aquél, por su condición de mero legatario; no puede, pues, ser heredero cuando su índice de referencia no lo sea. Y, por último, cuando dicho legitimario-índice sea sucesor universal, y por la distribución del caudal computable pueda ejercitar la acción de reducción, cabría mantener que la concesión de igual calidad al preterido viene exigida por la necesidad de que uno y otro perciban lo mismo, y por tanto, ambos puedan ejercitar, en igual medida, la acción de reducción.

Es asimismo indudable que la ley, en principio, no coloca al preterido en situación de simple acreedor, y sí de participe de los beneficios distribuidos entre los legitimarios. Esto supuesto: a), o bien se entiende que recibe el resultado de la reducción de cada uno por igual título, que el testamento concede al sujeto de dicha reducción; b), o bien que sucede en el mismo concepto que el legitimario menos favorecido que sirve de índice a la cuantía de sus derechos; c) o como

legatario siempre que un legitimario inmediato suceda sólo por ese título. En todo caso, persistiendo el caudal relicto, la presencia del nuevo sucesor no crea ningún estado de vinculación en los legitimarios cuya cuota o beneficios se reducen.

La primera solución presenta el inconveniente de fragmentar en exceso la sucesión, dividiendo legados de cosa cierta en los que ahora el preterido tendrá una parte alícuota, etc. Correlativamente, hay una fragmentación del título del preterido, el cual sería tantas veces heredero o legatario como legitimarios instituidos o favorecidos a título particular hubiera. Y en cuanto heredero, podría ejercitar, caso de lesión de la legítima global, la acción de reducción, cosa que no le sería factible al legatario, con la consecuencia de que, mediante el ejercicio de tal acción, recibiría acaso más que otros legatarios.

Esto aconseja que el preterido no tenga una condición superior a la de los menos favorecidos en calidad, de modo que si algún legitimario es mero legatario, parece que por ese mismo título debe recibir el nuevo sucesor lo que por resultado de la reducción le corresponde. Su derecho recae, en principio, sobre el caudal, pues al hablar el artículo 123 de "porción en el caudal" le concede algo más que un simple crédito, garantizándole la titularidad directa sobre los bienes; pero lo obtiene —salvo que todos sean herederos— como sucesor a título particular, sea en cosa, cantidad o incluso parte alícuota, y únicamente como acreedor cuando lo sea otro descendiente inmediato.

C. ¿Quién es el "menos favorecido", cuyos derechos sirven de término de comparación para fijar la participación del preterido en el caudal?

Para calcular la porción del preterido habrán de computarse todos los beneficios recibidos a causa de muerte de cada uno de los legitimarios, sumándose, por tanto, el importe de la institución del heredero y los legados.

a) Mas discutible es que se cuenten las donaciones; la negativa parece deducirse del antecedente del Apéndice y del texto del artículo 123; el preterido "tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la (*porción en el caudal*) del menos favorecido por el *testador*" (u otorgante del contrato sucesorio). Y luego habla de *participaciones*.

No obstante, tal solución, más sencilla, puede producir resultados contradictorios e inconvenientes. Imaginemos que todos los hijos son mencionados en el testamento o contrato sucesorio, con atribución de legítima simbólica, o bien favorecidos en vida con una dote o donación razonable (al haber y poder de la casa, o mayor); salvo —en ambos supuestos— uno, que sobreviene hecho el testamento y a quien no se cota, y otro instituido heredero universal. Si, en el segundo caso, no contamos a los donatarios (a quienes no se menciona en el testamento o contrato), el término de comparación será el heredero de la casa, y el preterido tendrá derecho a la mitad de

la herencia. En cambio, en el primero, como, aun no habiéndose dado nada a los hijos no herederos, se les menciona en el testamento, el sobrevenido nada podrá exigir. Y, finalmente, si, en el supuesto de la dote o donación sin mención testamentaria, a uno de los hijos donatarios se le nombra en el testamento para dejarle un perro o un piano, el preterido sólo tendrá derecho a la mitad del animal o el mueble. En la vida real, tal diferencia es inverosímil; la voluntad probable del causante se encaminará a dar al preterido omitido involuntariamente tanto cuanto recibió, por cualquier título, el que menos de los descendientes favorecidos por él. Lo cual coincide con la mente del legislador al formular el precepto.

Sin duda, nos hallamos en el terreno de la defensa de la legítima formal, y no de la material. Pero también estamos en un campo de interpretaciones de voluntad probable del causante, de sanción a su voluntad excluyente no formulado, y a la búsqueda de soluciones equitativas y no meramente mecánicas. Y en ese planteamiento, lo más equitativo, en principio, sería hallar el índice del artículo 123, regulador de los derechos del preterido, sumando separadamente para cada legitimario todos los beneficios "colacionables" o *mortis causa* recibidos por él; el total que arrojase importe más reducido constituiría la base para el cálculo de la cuota del preterido. Y si la legítima, no obstante, era simbólica para algún descendiente, lo sería igualmente para él.

Solución especialmente práctica y equitativa en el caso, ahora supuesto, de haber un descendiente heredero universal y estar los legitimarios inmediatos o alguno de ellos favorecidos con dote, donaciones o legados, pues sería inconsecuente con el fin de la ley y los datos socioeconómicos, obligar al heredero a partir por mitad la herencia con el preterido, mientras sus hermanos han sido sacrificados por el causante a la conservación de la unidad de un patrimonio que seguramente ha venido requiriendo idéntico sacrificio desde muchas generaciones.

Con todo, para llegar a esta solución habríamos de dar al artículo 123 un sentido bastante distinto del que se desprende de su letra; una interpretación muy forzada, aunque no tanto como pueda parecer a primera vista, pues de lo que tratamos ahora es de buscar un índice que señale la participación del preterido en el caudal relicto, y no de reducir las donaciones (lo cual no parece factible a partir del derecho de legítima formal).

Sin tanta dificultad, cabe llegar a una solución intermedia, que atiende a los casos más probables (dentro de la improbabilidad de todos ellos), y parece más compatible con el tenor literal del artículo 123. 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 artículo 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, 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; al contrario, traduce mejor a la realidad el concepto del “menos favorecido por el testador”.

b) En alguna ocasión puede plantear igualmente una situación contraria a los propósitos del legislador y del causante la equiparación al “menos favorecido” si, junto al omitido, hay otros legitimarios a los que meramente se menciona en el testamento, o se atribuye una cantidad simbólica.

Referida a todos los restantes legitimarios, esta medida se dirige a la conservación de la casa en manos de un solo heredero, si bien lo corriente entonces es dotar a los descendientes inmediatos con algo sustancial, aunque modesto (al haber y poder de la casa); sea como sea, el índice de beneficios al preterido, equivalente prácticamente a nada, corresponde aquí a las previsiones y finalidades reales del artículo 123.

Mas puede suceder que el testador se haya servido de la mera mención formal como procedimiento para desheredar a un descendiente, quedando entonces el omitido en el testamento, por esta circunstancia, tan ajena a él como la misma preterición, igualmente sin parte en la herencia. Lo cual, tratándose de un legitimario sobrevenido, o simplemente olvidado, no es razonable.

Para evitar tal consecuencia, podría pensarse en equiparar al preterido con el que menos percibe, salvo quienes están meramente mencionados u obtienen cantidad simbólica; tal interpretación se fundaría en que el artículo 123, al hablar de *menos favorecido*, parece indicar un grado de liberalidad, y no la ausencia absoluta de ella; en que la infracción de la legítima formal quedaría, de otro modo, en estos casos, sin sanción efectiva; y en que en el artículo se habla de *porción del caudal* y de *participaciones* de los restantes legitimarios; es decir, de algo consistente y valioso, como si los legitimarios que no participan no contasen a estos efectos. Pero esta solución habría de aplicarse, entonces, por el mismo fundamento, a cualquier caso de simple mención de legitimarios, con lo que sus inconvenientes son mayores que sus ventajas. Y además, contra la exclusión de los descendientes meramente mencionados como punto de referencia del derecho del preterido, cabe oponer que en el artículo 123 no se trata sólo —según demuestra su redacción inicial— de una sanción, sino también del remedio a una omisión, orientado por la más probable voluntad del causante; siendo más conforme a dicha voluntad, en cualquier supuesto de omisión consciente, habiendo o no único heredero, la equiparación entre el preterido y los simplemente mencionados, que, literalmente, son los *menos favorecidos*, de modo que si no tienen ninguna porción en el caudal, el preterido tampoco puede tenerla. El último inciso del artículo 123 es, entonces, una regla aplicable en la hipótesis de que realmente haya de formarse una porción,

pero no impone que dicha porción se forme de modo necesario. Adicionalmente, en el supuesto de sucesor único, resulta que si, según el texto, se han de reducir proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, habiendo uno solo que sucede en el todo, no hay ni posibilidad de proporción y *cuota* (o sea, participación), ni un grupo de descendientes herederos, en el que, sin duda, pensó el legislador.

La solución, como siempre que con una fórmula abstracta y simple se intenta regular una pluralidad de situaciones muy diversas, no es fácil. 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 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. 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 re* 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 aquélla.

c) Si sólo se cuentan, en principio, para formar el índice de la cuota del preterido, las liberalidades testamentarias en favor de legitimarios, dicha cuota no puede llegar a existir cuando el causante (si ello es posible, como creo) ha satisfecho la legítima global mediante donaciones *inter vivos* y destina la herencia a extraños.

Acaso en este punto era más acertado el Apéndice, al ordenar expresamente la apertura de la sucesión intestada sobre los dos tercios del caudal relicto. En la Compilación, a falta de otra salida mejor, habrá que volver a la solución del Apéndice, por aplicación del artículo 122, según expuse anteriormente. 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. Será, pues, éste un supuesto de preterición individual que deba resolverse, conforme he dicho *supra*, II, A, b), aplicando parcialmente las normas de la preterición absoluta, únicas que permiten reducir la parte de caudal relicto asignada a extraños.

Este supuesto no puede darse si se sigue la tesis, menos probable, del derecho de los legitimarios al título de heredero para uno de ellos, e incluso de la asignación forzosa, por este título, de dos tercios del caudal relicto (distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima) Pues en tal caso nunca faltará un índice testamentario.

d) En los casos de donación o dote asignada ya por acto *inter vivos* a todos los hijos no herederos e institución de uno de ellos como heredero universal, lo más frecuente será que en el testamento

se mencione a los no instituidos, con expresión que indique haber recibido éstos, por su legítima, ciertas cantidades o cosas. En mi opinión, si algún hijo hubiera quedado preterido (es decir, no favorecido con donación ni mencionado en el testamento), esa sola mención de los otros suministra un índice suficiente de los derechos del omitido. Pues no habiendo preterición colectiva ni posibilidad de aplicar sus reglas, la alternativa se establece entre: o apreciar como índice la mención *sine re* de los donatarios, o bien la institución de heredero, o, lo que me parece más justo, entender que, por cuanto esa mención *sine re* no es materialmente desheredatoria, representa la reproducción, en el testamento, de las asignaciones hechas, que no pueden reducirse en virtud del artículo 123 *in fine* (pues no forman parte del caudal relicto), pero sí servir de índice para que el preterido perciba cantidad o bienes equivalentes a costa del heredero, y ello, por equidad, incluso cuando la mención de los donatarios no alude a los beneficios que han recibido *inter vivos*.

Probablemente la solución es la misma cuando, mencionados los hijos en el testamento, y habiendo recibido éstos por donación legítima global, se instituye a un extraño, siendo el extraño instituido deudor de la legítima formal del preterido.

e) Por supuesto, en la formación del índice para satisfacer la sanción por el incumplimiento del deber de legítima formal, no se mezclan, en principio, consideraciones de legítima material. El índice no podría formarse apreciando si lo dejado a un hijo ha de imputarse en la parte legítima o en la de libre disposición, porque aquí tales partes no juegan papel alguno (además de que todo lo recibido por legitimarios es legítima). Es decir, que si Pedro deja toda su fortuna, 60, a dos de sus hijos, omitiendo el tercero y no habiendo donado nada en vida a nadie, los favorecidos no podrán oponer a su hermano preterido que una parte de lo que reciban (10 cada uno) se imputa en el tercio de libre disposición y no puede servir de base para la distribución entre los tres, que será sólo de 40. Y si Pedro, que donó en vida 40 a sus dos hijos mayores, les deja los otros 20 en el testamento, tampoco podrán éstos objetar al preterido que lo dejado es de libre disposición, para negarse a partir por igual el caudal relicto con él.

f) El proyecto del Seminario hablaba de una cuota igual a la del *descendiente de igual clase* menos favorecido, mientras los proyectos posteriores suprimieron las palabras en cursiva.

Propósito del Seminario fue la equiparación, en derechos, entre el preterido y el menos favorecido de los de su mismo grado; siendo hijo del causante aquél, 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.

La razón de la norma se ve clarísima en los casos, que serán casi todos, de preterición involuntaria, para los cuales se redactó inicialmente.

La supresión del inciso obedece a una enmienda que propuse yo sobre la redacción inicial (referida sólo a los descendientes sobrevenidos), entendiendo que era innecesario, e incluso se prestaba a confusiones. La Comisión la aceptó, persuadida de que, aun sin dicho inciso, el sentido del precepto era el mismo; así ocurría visiblemente mientras se refiriera a los descendientes sobrevenidos. Pero la Comisión alteró, además, esta última referencia, y hoy, literalmente interpretado, el artículo 123 ya no está claro al respecto. Aun así creo que siendo más justa y conforme con la voluntad del legislador la solución antigua, debe seguirse manteniendo en su espíritu, de acuerdo también con el sistema de sucesión intestada por estirpes del C. c., cuando, en la del ascendiente, concurren varias generaciones.

Cuando todos los instituidos sean de una generación ulterior (por ejemplo, nietos), viviendo los de la anterior (hijos), la regla de equiparación dentro del grado es más difícilmente aplicable. Lo mismo se diga —por otros motivos— de la concurrencia de herederos de una y otra generación, cuando los nietos no representan a sus padres, y concurren juntamente con ellos. En el primer supuesto, instituidos descendientes ulteriores, sin mención de los anteriores, únicamente aquéllos pueden servir de término de comparación. Son éstos los eventos cuya consideración condujo a la supresión del inciso (quizá hubiera sido preferible redactarlo mejor): en ellos, con la redacción actual, el artículo 123 debe aplicarse literalmente, reservando la eficacia del desaparecido inciso para los supuestos de sustitución legal del artículo 141.

#### D. *Contribución al pago de la legítima del preterido*

a) Al pago de la legítima del preterido contribuirán “los restantes legitimarios”, cuyas participaciones, a este efecto, se reducen proporcionalmente. Si para la fijación del índice ha servido uno de ellos, al pago, según se ve, contribuyen todos los que tengan *participaciones* susceptibles de reducción: es de suponer que en el caudal relicto.

Y aquí surge una cuestión distinta, a saber: si la proporción en que contribuyen los legitimarios no preteridos se calcula teniendo en cuenta lo que cada uno ha recibido, en vida o en muerte, del patrimonio del causante; o sólo lo recibido a causa de muerte, o únicamente la proporción en que ha sido instituido heredero. Esto último tendría el inconveniente de apartar de la contribución, sin razón suficiente, a los simples legatarios de cosa cierta, o de cantidad, y, por supuesto, a los donatarios: podría fundarse en que el artículo 123 habla de reducir “las participaciones”, lo cual apunta a cierta idea de cuota y, por consiguiente, de heredero o de legatario de parte alícuota: asimismo, en los antecedentes romanos de la preterición y en el régimen del artículo 814 del Código. En contra de la contribución con todo lo recibido del causante, cabe alegar la regla que suprime, en Aragón, la colación de liberalidades por ministerio de la ley (art. 140), de donde, si el donatario no tiene que colacionar para la formación de las cuotas

sucesorias, tampoco para la de la cuota del preterido. Y supuesto que la preterición aragonesa presenta notables diferencias con la del Código o la romana, y que todo cuanto perciben los legitimarios es legítima, parece que sería lo más acorde con el espíritu del Derecho aragones considerar que la cuota del preterido se forma contribuyendo cada uno de los descendientes partícipes en el caudal relicto, en proporción a lo que de él recibe, sea por herencia o legado.

Los donatarios, entonces, no contribuyen en cuanto tales (aunque lo donado, excepcionalmente, hubiera servido para corregir el índice de menor beneficio), de modo que, así, puede suceder que el legitimario cuya porción lo señale esté totalmente exento de contribuir, por no ser sucesor *mortis causa*, o ser meramente mencionado, o por renunciar a su parte en la herencia. Y, cuando suceden, contribuyen sólo en proporción a lo que reciben del caudal.

Es cierto que apartar, sin más, las donaciones de la contribución, supone arrojar toda la carga sobre los descendientes que reciben *mortis causa*, quizá favorecidos con porciones mínimas, e incluso, según la interpretación que se dé al artículo 123, puede hacer inútil la concesión de cuota al preterido, cuando no haya sucesores legitimarios para pagarla, por habérseles asignado la legítima *inter vivos*. Y que en favor de la contribución de los donatarios (o de los legatarios o herederos, igualmente, con lo donado) hay una razón de equidad, cual la de que todos los favorecidos por el causante deben soportar la carga, y todos en proporción a cuanto reciben. No siendo, finalmente, obstáculo a ella la regla de inexistencia de colación, pues aquí no se trata de tener en cuenta las donaciones al formar las cuotas sucesorias, como una presunción de voluntad del causante, sino de reducirlas por lesión de la legítima formal. Entonces —cabe pensar— la necesidad de compensar al lesionado supera a la regla de distribución libre de la legítima (cuya efectividad supone el respeto a la legítima formal) y a la firmeza de las donaciones.

Mas no parece que con el texto vigente del artículo 123 pueda llegarse a tal conclusión. Dicho texto, dentro del terreno en que nos hallamos, de la legítima formal, considera como *caudal* regulador del índice y suministrador de la cuota del preterido al relicto, y no al computable para el cálculo de la legítima material. Esta sí que se defiende reduciendo, si es preciso, las donaciones a extraños, pero una vez satisfecha, todo lo que reciben además los legitimarios es un *plus* que el causante, en principio, no está obligado a entregarles. No hay, pues, razón sustancial para ampliarlo.

Cualquier solución de los problemas de desequilibrio entre el preterido y los otros colegitimarios ha de contar, además, con la irrevocabilidad de las donaciones, y tanto las hechas a esos colegitimarios como a los extraños. De una actuación del causante, al testar, ajena a los donatarios en cuanto tales, no puede provenir a éstos, por ser legitimarios (y a menos que la ley lo estableciera claramente), reduc-

ción alguna de cuanto recibieron en vida del causante y tienen asignado de modo irrevocable.

Posiblemente sería más justo tener en cuenta tales donaciones, ya para aumentar el índice de lo que corresponde al preterido, ya, independientemente de ello, para distribuir, entre quienes participan en el caudal relicto o acaso entre todos los legitimarios, la carga de su pago. Pero dado el tenor literal del artículo 123, apenas es posible llegar a esa conclusión: en él, son los sucesores *mortis causa* los gravados, y a los más que se puede llegar es a desviar, como hemos hecho aquí algunos supuestos especialmente urgentes hacia el artículo 122, o bien a gravar con el pago de la cuota el instituido no legitimario, para que no sea inútil la concesión de cuota al preterido.

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, pero más equitativa, y que no cabe excluir totalmente.

Cualquier otra medida ha de adoptarse por vía legislativa, y no es cuestión de interpretación.

A cada legitimario favorecido en el testamento, y sólo a ellos, se les contará, pues, como base del cómputo de su contribución, el beneficio efectivo recibido *mortis causa*, abstracción hecha de deudas y legados, contándose, por tanto, los legados de cantidad o cosa que un legitimario obtiene a costa de otro, o de un extraño instituido heredero o legatario (en tanto los consiga); lo obtenido por acrecimiento, sustitución, etc.

b) Obtenidas las bases de la contribución de cada legitimario, la reducción proporcional exige una operación matemática destinada a averiguar el importe de la contribución de cada uno.

Todavía, el planteamiento de la operación presupone haber resuelto un interrogante jurídico: a saber, si la cuota del *menos favorecido* es igualmente objeto de reducción (y, con ella, la del preterido), o no. El texto parece excluir al menos favorecido, pero la razón de la norma obliga a incluirlo sin duda ninguna, pues el legislador quiso atribuir al legitimario omitido una porción menor que las otras, salvo una (la que sirve de índice), y a costa de disminuir proporcionalmente todas ellas.

De otro modo, podría uno, más favorecido, pasar a serlo menos que el preterido, una vez hecha la reducción proporcional. Por ejemplo: El padre reparte un patrimonio de 270 entre cuatro hijos, dando a A, 30; a B, 33; a C, 60, y a D, 147. Queda un quinto hijo, preterido.

Si no incluimos la cuota de A en las participaciones que deben reducirse proporcionalmente, tendremos que repartir los 30 de A entre

B, C y D, correspondiendo a B una reducción en su cuota de 3,666, con lo cual su participación queda en 29,333, inferior, por tanto, a la de A y la del preterido.

La manera correcta de proceder es incluir a A en la reducción. Dividido todo el caudal asignado a legitimarios, o sea 270, por el dicho caudal más otra cuota del menos favorecido, o sea 300, nos da un cociente de 0,9, por el que hemos de multiplicar las diversas cuotas para saber la reducida.

A.	$30 \times 0,9 = 27$	Reducción,	3
B.	$33 \times 0,9 = 29,7$	"	3,3
C.	$60 \times 0,9 = 44$	"	6
D.	$147 \times 0,9 = 132,3$	"	14,7
	270	243,0	27,0
Preterido .....	27		
	270,0		

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 y consistente, por lo común, en algún objeto concreto o un crédito contra el heredero o herederos. En principio, parece que sus porciones también deberían sufrir la reducción, para que no quede toda a cargo del heredero; mas 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.

c) Obtenido el valor de la cuota del preterido, y hecha la reducción proporcional de lo correspondiente por su institución de heredero o legado a los restantes partícipes, percibirá aquél el contenido de su cuota según el título por el que suceda, conforme a lo expuesto *supra*, B.

Si los bienes relictos se han adjudicado ya, quedan los favorecidos obligados a transmitir al nuevo sucesor la porción correspondiente, conforme al artículo 1.080 C. c.

d) Caso de no llegar los beneficios recibidos por el conjunto de los legitimarios a los dos tercios del caudal computable, el resultado de la reducción puede afectar al preterido cuando obtiene el título de heredero, o bien cuando el "menos favorecido", puede ejercitar y ejercita la acción, *ex* artículo 124, en su doble fase de aumento de la cuota sucesoria y de *mortis causa capio*.

En el primer supuesto, correspondiendo al preterido la acción de reducción, su cuota en el caudal debe calcularse (mientras no se haga uso de dicha acción) sobre el importe neto del mismo, y no parece que pueda participar en lo obtenido por los demás sino en tanto éstos hayan recuperado también, al no tenerle en cuenta en el cómputo, lo que a él le correspondía.

Pero si el legitimario menos favorecido puede instar la reducción de donaciones y legados, y el preterido no (cosa, ciertamente, poco probable, pues, como he expuesto, no será heredero si hay otros legitimarios legatarios), surge el problema de si participa o no dicho preterido en el resultado de la reducción (a través de la modificación del índice del menos favorecido), con la ulterior modificación de las cuotas contributivas.

Por ejemplo: El caudal computable es de 360; lo donado a un extraño es de 270; se lega al hijo C, de un caudal relicto de 90, el importe de 30; al hijo A se le instituye heredero en dos tercios del caudal relicto, o sea, deducido el legado, en 40, y al otro hijo, B, en un tercio, o sea, 20. La cuota del preterido será, en principio, de otros 20.

Según lo dicho, el preterido sucede a título de legatario (de parte alícuota), pues hay otro legatario y no podría ser de mejor condición que él. En este supuesto, la comprobación es particularmente clara: si el preterido sucediera a título de heredero, recibiría, a consecuencia de la reducción de donaciones, más que el legatario, y por tanto, habría otro que resultaría, en definitiva, menos favorecido que él en la sucesión. En efecto: la reducción alcanza un importe de 150, que debería repartirse a razón de 36 y pico al preterido y al menos favorecido, cuyo beneficio total en la herencia sobrepasaría entonces los 56, excediendo en mucho al legatario.

Ahora bien, aun cuando el preterido no pueda instar la reducción, parece equitativo que la aproveche para elevar el índice. Contra esto cabría objetar que B, por título de heredero, sólo recibe 20, y que el resultado de la reducción no forma parte del caudal relicto en sentido estricto. Pero seguramente lo que quiso el legislador fue que el preterido participase en todos los beneficios de la sucesión, incluso en esta especial *mortis causa capio* que es la reducción de donaciones, si bien siempre con el límite del "menos favorecido". Por tanto, en el ejemplo, la reducción proporcionará a A 100, con lo que su cuota se eleva a 140; a B, 50, creciendo su cuota hasta 70, y a C, nada; entre los tres suman los 240, dos tercios del caudal. La redistribución del artículo 123 tomará entonces como base de principio de los derechos del preterido los 30 de C, rebajándose la base, juntamente con las restantes participaciones, computando ya el resultado de la reducción por lesión de la legítima material, y por tanto, en proporción con todo lo recibido por los legitimarios a consecuencia de la muerte del causante, y no simplemente con el caudal relicto. La parte de C, entonces, queda reducida en 3,33, hasta los 26,66, cuantía que, igualmente, corresponderá en el caudal relicto al preterido, mientras la cuota de B, inicialmente de 20 y aumentada a 70, se reduce en 7,77, y la de A se reduce en 15,55.

Problema accesorio es el de fijar cuándo y en qué condiciones puede tener lugar el cómputo del resultado de la reducción o del valor de la acción no ejercitada (ni ejercitable por el preterido).

Sin duda la mera existencia de la acción crea en el omitido alguna pretensión a que se tenga ésta en cuenta en el cómputo, pero en ese momento no cabría tampoco arrojar sobre los legitimarios favorecidos en el testamento el gravamen de responder de la solvencia del donatario. Acaso, en cambio, si el ejercicio de la acción se demora largo tiempo injustificadamente, sí podría el preterido hacer que se tuviera en cuenta su posible resultado patrimonial como si se hubiera ejercitado. Y, desde luego, la parte de redistribución *ex* artículo 123 suplementaria, originada por la existencia de la acción de reducción de donaciones, podrá hacerse efectiva cediendo esta última acción en cantidad equivalente.

Queda claro, al menos, que el preterido nunca puede obligar a los herederos que no deseen ejercitar la acción de reducción (o la ejercitan sólo en la parte a ellos correspondiente), a que le entreguen sino la proporción que le corresponda en el estricto caudal partible, sin imputación de la acción de legítima material. Amén de, cuando él no tenga acción, cederle la de reducción de donaciones, correspondiente a la cuantía que podría alcanzar el índice del menos favorecido mediante su ejercicio. Ahora bien, ejercitada la acción, podrá pedir todo su derecho.

Por ejemplo: Donación de 90 a A, extraño, e institución de los hijos B, en 60, y C, en 30; esos 90 constituyen todo el caudal relicto y hay un tercer hijo preterido. Este nunca podrá exigir que la reducción de la donación al extraño se ejercite previamente por los herederos A y B, en proporción de 20 y 10, respectivamente, importe que luego habrán de compartir con él. Al contrario, en principio se reducirían las cuotas de A a 45 y de B a 22,5, dando otros 22,5 al preterido, y reduciendo la donación al extraño, cada uno de los legitimarios, si quería, respectivamente, en 15, 7, 5 y 7,5 (total, 30); o sea, que se procede primero a la redistribución del artículo 123, en favor del preterido, para que luego cada uno intente, independiente y si quiere, la acción del artículo 124 por su parte.

Si A fuera legatario, el preterido tampoco podría obligar a B a la reducción, pero sí exigirle cesión de la acción en cuantía suficiente. Y en cualquier caso, si A y B ejercitaban la acción, con éxito, antes de hacerse el cómputo, éste tendría en cuenta lo recibido en tal concepto.

## VI. LA DESHEREDACIÓN INDIVIDUAL

a) Hay, en tema de desheredación individual, una diferencia profunda con el Código civil, que importa mucho señalar. En el Código, la privación de legítima, que necesariamente ha de tener lugar por alguna de las causas taxativamente señaladas en los artículos 852 y ss., expresa en el testamento y realmente existente, arrebatada al legitimario unos bienes a los que, de no darse esa causa, tendría derecho él mismo, no indistintamente junto con otros colegitimarios.

En Aragón, en cambio, si los legitimarios (en sentido amplio) son varios, privar a uno de toda participación en la legítima global, dejándola a otro u otros, es algo perfectamente permisible al testador con o sin alegación de razones. El hecho de que el causante, que pudo privar de participar en la legítima global, sin alegación de razón alguna, y con o sin asignación de un objeto o cantidad simbólicos, a su descendiente, manifieste algún motivo al hacerlo, sólo influye en el sentido de que si el motivo no es cierto, y él creía que lo es, en obsequio a su voluntad el desheredado entra a heredar, y ello, ya la causa en cuestión pertenezca al catálogo del Código civil, ya se trate de otra diferente. Como si el privar de la herencia obedeciera exclusivamente, en la intención del causante, a la contemplación de un presupuesto civilmente punible que no existe en la realidad.

Entonces resulta —y a la vista de los fueros de 1307 y 1311 eso me parece evidente— que la desheredación individual en el Derecho aragonés ha trasladado su asiento, en gran parte, desde el campo de las sanciones fundadas en motivos éticos, a la interpretación de la voluntad del testador, como si ahora se aplicase sobre todo la doctrina de la presuposición. Individualmente, habiendo varios legitimarios, las sanciones por motivos éticos se limitan, en el Derecho aragonés, a la indignidad para suceder (no dependiente de la voluntad del causante en el aspecto positivo de su aplicación, aun cuando sí en el negativo de su posible eliminación) y a la supresión —sobre la herencia— del derecho de alimentos del *inops*. Fuera de esto, dada la libertad absoluta de disponer entre los hijos, la simple privación de la legítima no puede ser nunca *injusta* en el sentido de encontrarse incluida o no la causa en el catálogo de las previstas por el Código civil, o en el de ser ésta o no suficientemente razonable, o en el de haber sido o no enunciada en el testamento o contrato sucesorio; en cambio, puede serlo en el meramente voluntarista de haber sido aducida erróneamente, por creerla existente el testador cuando no existe en realidad. Entonces, pese al principio *falsa demonstratio non nocet* (que no ha sido plenamente aceptado por el Código civil: véase art. 767), la Compilación ha pretendido rectificar legalmente la voluntad del testador erróneamente formada, haciendo valer la que presumiblemente se habría manifestado si el causante conociera la verdad de los hechos; la mención de una causa falsa, no para disponer en favor de un legitimario, sino para privarle de una herencia (a la que, individualmente, no tiene derecho), desheredándole, en lugar de ser considerada como no escrita, se considera como anulando en parte o en todo la disposición *mortis causa*, por presumirse que el disponente, bien informado, no habría hecho tal desheredación.

Con arreglo a lo dicho, es de suponer que, habiendo varios legitimarios, por “desheredación injusta”, se entiende, a los efectos del artículo 123, aquella que se basa en una causa falsa, incluida o no en el elenco del Código, pero no la fundada en una causa cierta, aunque no sea de las previstas por la ley, o bien sin mención de causa.

Y tal “desheredación” no supone en cuanto al individuo privación de legítima individual, al no existir ésta. El propio concepto, pues, aunque usual en la práctica, se revela como inapropiado y poco técnico.

Aun no habiendo “injusta desheredación” en sentido propio, si hay aplicación de las consecuencias que tendría la desheredación, si hubiera legítima que la hiciera posible, a un supuesto de error, y la situación del “desheredado” injustamente se resuelve interpretando la probable voluntad del causante en el sentido de asignarle una parte en la herencia igual a la del menos favorecido.

b) ¿Y si dicho desheredado recibió donaciones *inter vivos* antes de incurrir en error al causante? ¿Habrán de imputarse en la cuota que les sea asignada, igual a la del menos favorecido? La respuesta negativa tiene serio apoyo en la regla del artículo 140, excluyente de la colación, mas es inseguro que pueda aplicarse a una operación, como la formación y pago de la cuota del desheredado, que tiene otro sentido, a saber: el de reparar el error sufrido por el causante. Incluso cabría mantener que entonces no puede haber suplemento alguno, pues, o el menos favorecido por el ascendiente es el propio donatario, y la donación cubre su legítima, al imputarse en ella, o bien hay otro menos favorecido, y no procede el suplemento. Acaso la solución que mejor conjuga los intereses en presencia sea la de computar lo donado tanto en la formación de la cuota como en el pago de la misma.

Por ejemplo: El padre que había donado 10 a su hijo Juan, lega en su testamento 5 a su hijo Pedro e instituye heredero en el resto, de 75, a su hijo Enrique, desheredando a Juan por error. Este, sin embargo, nada puede reclamar. Pero si a Pedro le lega 20, y el resto entonces es de 60, habremos de hacer una reducción proporcional (que abarcará también la cantidad igual a la del “menos favorecido”, a percibir por Juan), repartiendo la suma del caudal computable (o sea, 90) en razón a 20, 20 y 60, de modo que, en definitiva, Juan percibirá un suplemento de 8 (que, con los 10 donados, suman 18); el legado a Pedro se reduce en 2 (recibe 18, igual que Juan sumada la donación), y la institución se reduce en 6 (Enrique recibe 54).

c) No existiendo propia *desheredación*, no se plantea problema alguno de representación en la legítima individual por los hijos del desheredado, cuando la privación de la legítima obedezca a justa causa, pues la mención de ésta (innecesaria) no podría comunicar a tales descendientes un derecho que procede de la legítima individual, inexistente en nuestro Derecho.

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.

La privación individual de derechos sucesorios en la herencia intestada equivale, tratándose de un legitimario, a la mención formal, y no plantea problema alguno nuevo en tema de legítimas; si hay

“desheredación” injusta, se aplicarán las reglas ahora explicadas.

Se aplica el régimen del Código en cuanto a exigencias formales, pero no el de los artículos 122 y 123 de la Compilación en cuanto a los efectos, a la desheredación individual en lo que atañe al derecho de alimentos: el testador, sin motivo, puede privar de participar en sus bienes al legitimario, pero si éste se halla en situación de pedir alimentos, será preciso, a fin de arrebatarse los que le concede el artículo 121, desheredarle expresamente y con señalamiento y prueba de causa incluida en el catálogo del Código. Nótese que, entonces, aun siendo justa la desheredación, si existe un alimentante de los señalados en el artículo 143 del Código, no priva totalmente del derecho a los alimentos, y se limita a desplazar la carga alimentaria y a eliminar del patrimonio que sirve de base para calcular la cuantía de aquélla a los bienes hereditarios; incluso el alimentante no tiene obligación de contribuir a los alimentos con lo que él recibe por herencia del causante ofendido.

Si la desheredación en los alimentos es injusta, funcionará el artículo 121 Comp. como si no se hubiera dispuesto.

