

La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993

SUMARIO: A. TEXTOS: 1. TESTAMENTO CONTROVERTIDO.—2. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DOCE DE LOS DE ZARAGOZA.—3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.—B. COMENTARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA LEGITIMARIO ARAGONÉS.—3. EL NOMBRAMIENTO Y LA MENCIÓN COMO MODO DE EVITAR LA PRETERICIÓN EN LA COMPILACIÓN ARAGONESA.—4. LAS CONTRADICCIONES INTERNAS DE LA PROPIA SENTENCIA.—5. LA PRETENDIDA DIFERENCIACIÓN ENTRE PARTE EXPOSITIVA Y PARTE DISPOSITIVA DEL TESTAMENTO EN CUANTO ACTO DE DISPOSICIÓN DE BIENES.—C. CONCLUSIONES.

A) TEXTOS

1. TESTAMENTO CONTROVERTIDO

En Zaragoza, mi residencia, a 15 de marzo de 1991.....
Siendo las doce horas y treinta minutos.....
Ante mí,....., Notario de esta ciudad y de su ilustre Colegio,
sin intervención de testigos por no requerirlos la testadora ni considerarlos
yo necesarios.....
COMPARECE
D.^a MARIA CRUZ....., nacida el.....en Zaragoza, hija
de....., profesión....., vecina de Zaragoza,.....de
estado civil, viuda de sus primeras nupcias con don Joaquín....., de
cuyo matrimonio tiene cuatro hijos llamados Pascual, Pablo, Pilar y Alber-

to.....Exhibe Documento Nacional de Identidad número.....
 Manifiesta que otorgó testamento mancomunado con su premuerto esposo
 en Zaragoza, el 10 de abril de 1972 ante el Notario....., bajo el
 número.....de protocolo, sin que del mismo le provenga beneficio
 alguno del finado, por cuanto se limitaron a concederse recíprocamente el
 usufructo de viudedad universal.....

Expresa su propósito firme y deliberado de testar, para lo cual yo, el
 Notario, la juzgo con capacidad, y ordena su sucesión con arreglo a las
 siguientes.....

DISPOSICIONES

Primera.—Instituye herederos, por partes iguales, a sus hijos Pablo y
 Alberto, con derecho de sustitución vulgar en favor de sus respectivos
 descendientes y, en defecto de éstos, con el de acrecer.....

Segunda.—Revoca todo testamento anterior al presente.....

Leo este testamento en alta voz a la testadora, quien renuncia a leerlo
 por sí misma, advertida de su derecho a ello. Lo ratifica por ser expresión
 exacta y deliberada de su voluntad, firmando conmigo el Notario, que doy
 fe de conocerla, de haberse observado la unidad de acto, del cumplimiento
 de las formalidades legales y del total contexto de este instrumento público
 extendido en dos folios de clase —números— y el presente.....

Está la firma de la compareciente.....

Signado, firmado y rubricado por el Notario autorizante.....

Está el sello de la Notaría.....

2. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DOCE DE ZARAGOZA DE 11 DE MARZO DE 1993

Reproducimos los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto y, en lo
 procedente, el Fallo.

TERCERO.—Expresados los anteriores razonamientos, es momento de
 analizar la cuestión nuclear de este pleito para dilucidar si se ha producido
 preterición respecto de los demandantes en el testamento otorgado por su
 madre, al no haberlos mencionado en el mismo, con infracción de lo dis-
 puesto por el artículo 120 de la Compilación Foral Aragonesa, o si por el
 contrario, como afirman los demandados, tal mención se produjo desde el
 momento en que la testadora expresó ante el Notario «tener cuatro hijos,
 llamados Pascual, Pablo, Pilar y Alberto—», aunque en el apartado «DIS-
 POSICIONES» ya no se les volviera a nombrar a todos ellos.

Esta es pues la única contradicción de las partes en este procedimiento,
 siendo evidente que la legítima no se infringe o lesiona por el mero hecho
 de haber nombrado herederos a tan sólo dos de los descendientes, pues tal

disposición está autorizada por el artículo 119 de la Compilación, y debiendo limitar, por tanto, los razonamientos jurídicos oportunos a la interpretación que deba otorgarse al tenor del referido artículo 120 cuando expresa el derecho de los descendientes excluidos del testamento a ser nombrados o mencionados en el mismo.

CUARTO.—En atención a este planteamiento, hay que tener presente que el testamento otorgado en su día por la fallecida doña María Cruz constituía una disposición de últimas voluntades que se iniciaban con el encabezamiento del Notario autorizante y proseguían con las manifestaciones de la testadora en los apartados «COMPARECE» y «DISPOSICIONES», haciendo mención en el primero de todos los hijos de aquélla, por lo que el requisito exigido por el artículo 120 de la Compilación quedó cumplido al ser la propia testadora la que manifestó al Notario tal circunstancia. Así pues, no cabe apreciar la preterición interesada por los demandantes por estar claro que tal testadora no olvidó la mención de todos sus hijos antes de disponer de su herencia para dos de ellos, afirmación esta reforzada, además, por el hecho admitido por todos los litigantes de que había un testamento previo, otorgado de forma mancomunada junto con su esposo, en el que existía una disposición de la herencia para sus cuatro hijos, por partes iguales, por lo que no tenía sentido acudir de nuevo al Notario si no era para modificar su voluntad, y esto es lo que hizo a la vista del contenido de testamento objeto de enjuiciamiento, procediendo por ello respetar esta última voluntad, con independencia de los motivos que pudieran impulsar a la testadora para dejar fuera de su herencia a dos de sus hijos.

FALLO.—Que desestimando la demanda inicial de estas actuaciones... debo declarar y declaro que los demandantes no fueron preteridos en el testamento de su madre, doña María Cruz...

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, SALA DE LO CIVIL, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1993

Reproducimos sus Fundamentos de Derecho tercero, cuarto, quinto y sexto, así como, en lo procedente, el Fallo.

TERCERO.—El primer motivo del recurso se formula al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la LEC, y denuncia infracción por no aplicación del artículo 122 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Señala que los demandantes don Pascual y doña Pilar fueron preteridos en el testamento de su madre al no mencionarles y no ser tenidos en cuenta en las disposiciones del testamento.

El artículo 122 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, analiza la figura de la preterición colectiva por la falta de mención formal en el

testamento de todos los legitimarios, por lo que no tiene aplicación al supuesto de autos en que, los hechos básicos y pretensiones de la demanda, se refiere solamente a dos legitimarios, pues los otros dos que gozan de la misma condición, fueron nombrados herederos de la causante; sin perjuicio del valor de esta norma en la interpretación del artículo 123, a que se hará referencia.

No puede entenderse inaplicado un precepto legal que no afecta al caso de autos, por lo que perece el motivo.

CUARTO.—El segundo motivo del recurso, se formula al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de LEC por interpretación errónea del artículo 120 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el artículo 119 del mismo texto legal. Los recurrentes debían haber citado adecuadamente el párrafo del precepto que consideran infringido como base del recurso, en adecuada técnica casacional, ya que el mismo contiene un párrafo segundo que hace referencia a los nacidos después de otorgarse el testamento y que evidentemente no es aplicable al caso.

El párrafo primero del referido artículo 120 de la Compilación señala que «aquellos descendientes, sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten de su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados o mencionados al menos, en el testamento que lo excluya», un párrafo segundo que hace referencia a los nacidos después de otorgarse el testamento. Y que evidentemente no es aplicable al caso.

Señalan los recurrentes que fueron preteridos en el testamento de su madre, en el que sí fueron nombrados, no se hizo en la forma que establece el artículo 120 de la Compilación. La falta de mención formal en el testamento es el núcleo central del argumento de los recurrentes y entienden que dicha «mención formal» debe efectuarse en la parte dispositiva del testamento, y que los hijos nombrados en él pero a quienes no se les asigne ninguna atribución patrimonial, resultan preteridos por su madre.

Entrando a conocer dicho problema, procede señalar que el 15 de marzo de 1991 y ante el Notario de Zaragoza don I., otorgó testamento doña María Cruz: en la parte expositiva la causante dijo tener cuatro hijos a los que mencionó por sus respectivos nombres y apellidos: Pascual, Pablo, Pilar y Alberto. En la parte dispositiva ordenó su sucesión con arreglo a dos únicas disposiciones: en la primera instituyó herederos por partes iguales a sus hijos Pablo y Alberto con derecho de sustitución vulgar en favor de sus respectivos descendientes, y en defecto de éstos con el de acrecer. Y en la segunda cláusula revocó todo testamento anterior distribuyendo su patrimonio, instituyendo herederos a dos de sus hijos sin hacer referencia a los demás.

Para analizar el verdadero sentido de la preterición en el Derecho Ara-

gonés, debe tenerse en cuenta el derecho histórico que está representado en sus orígenes por dos sistemas opuestos: el Fuero de Daroca de 1142, que recogió la reserva forzosa, por la que nadie puede dejar a un hijo más que a otro y el Fuero de Jaca, de 1063, en la revisión y ampliación que tuvo lugar en 1187 por Alfonso II, donde se reconoce la libertad de testar. Posteriormente, la Compilación de Huesca de 1247 impone la sucesión forzosa, lo que se matiza en las Cortes de Alagón, de 1307, con la elaboración de los Fueros 1.º y 2.º *De testamentis nobilium, militum et infantionibus et heredibus eorum instituendis* extendido con algún matiz en 1311 en Cortes de Daroca a «todos los ciudadanos»; dicho fuero único recogido en el libro IV de los Fueros, bajo el epígrafe *de testamentis civium et aliorum hominum Aragonum* señala que todos los ciudadanos pueden hacer heredero a uno de sus hijos en sus testamentos, al que quisieren dejando a los otros hijos *quantum eis placuerit*, cuanto quisieren de sus bienes, excepción hecha de los hombres de la Universidad de Teruel y Albarracín que tienen otros fueros suyos». Dentro de la libertad de testar, esta obligación de dejar algo a cada uno de los hijos ha sido reconocida por numerosas sentencias de la Audiencia de Zaragoza, entre otras las de 7 de junio de 1883, 13 de julio de 1900 y 9 de julio de 1921, en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1858, 11 de marzo y 17 de junio de 1864 y 10 de octubre de 1879 en cuyos considerandos se establece que los hijos no herederos sólo tienen derecho, según fuero, al *quantum eis placuerit*; de lo que se derivaba que la libertad de testar, teniendo hijos o descendientes legítimos, no era absoluta, para que no existiera preterición, era preciso que el padre o la madre les dejara algo.

El Apéndice Foral recogía en su articulado la libertad de testar, respetando la porción de legítima colectiva de 2/3 del caudal hereditario del causante, que se establece por primera vez en este texto legal, regulaba los efectos de la preterición, sin establecer los supuestos en que ésta se producía y así se siguió aplicando con influencia de esta legítima legal y pese a la derogación que se efectúa de los Fueros pervive la forma del texto foral con la que indica que ha de dejarse algo a los hijos y que a ese «algo» ha de hacerse referencia en el testamento o pacto sucesorio.

Hoy la Compilación de Derecho Civil de Aragón ha establecido lo que se denomina por la Doctrina «legítima formal», que no impone la obligación de dejar «algo» a los legitimarios, pero sí exige que necesariamente sean nombrados o mencionados al menos, en el testamento que los excluya. Lo que ha de determinarse y eso es lo que constituye el objeto de este recurso y es en qué forma ha de hacerse esa mención: si basta con la mera referencia a la existencia del legitimario en cualquier parte del testamento (expositiva o dispositiva) y si la mención ha de contener o no una referencia patrimonial.

De conformidad con el artículo 122 de la Compilación constituye la preterición la falta de mención formal en el testamento de un legitimario, de donde cabe deducirse que no es suficiente cualquier tipo de mención para evitar la preterición, sino que ha de tener un carácter formal, y siendo el testamento un acto de disposición de bienes, de conformidad con el artículo 667 del Código Civil, dicha mención, a juicio de la Sala, ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva, aunque sea para manifestar que a determinado o determinados legitimarios no se les deja nada, y ello porque lo que debe tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquéllos.

Tampoco puede olvidarse que no consta en autos que la causante, haya instituido dotes o donaciones a sus hijos don Pascual y doña Pilar, o les hubiera entregado liberalidades no usuales o les haya facilitado el seguir carrera profesional o artística, o en suma, les hubiera entregado los derechos que pudieran corresponderles por su legítima materna o paterna (art. 126 de la Compilación) y que en principio fuere esta la causa de su omisión, lo que evidentemente evitaría la preterición.

Por cuanto antecede aparece que han sido preteridos los recurrentes doña Pilar y don Pascual por su madre doña María Cruz, al ser sus herederos forzosos y no haber sido citados o mencionados al disponer de los bienes en el testamento, en la forma dicha, bien para dejarles algo, o bien para excluirles.

No contradice lo antes expuesto que la práctica siga manteniendo el sistema de hacer asignaciones simbólicas a los legitimarios que realmente resultan excluidos de la herencia, práctica que está en la línea de lo que ha sido doctrina constante con anterioridad a la Compilación según se ha expuesto y sirva de ejemplo de tales asignaciones simbólicas las Sentencias que recogían la práctica notarial así de la Audiencia de Zaragoza de 20 de mayo de 1904, 9 de julio de 1921, 24 de junio de 1922, donde se dejaban diez sueldos jaqueses, cinco por bienes sitios y los otros cinco por bienes muebles; o 100 pesetas el 24 de junio de 1922 o la del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1904 donde se dejaban 5 pesetas.

Así planteada la cuestión de fondo determina, consecuentemente, la estimación del motivo.

QUINTO.—El tercer motivo del recurso se formula al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 y denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico por infringir el fallo de la sentencia por no aplicación los artículos 1.º y 2.º de la Compilación de Derecho Civil.

Con independencia de que ambos artículos debieron ser objeto de dos motivos de recurso completamente diferenciados, conviene señalar que la Compilación en su artículo 1.º señala que: «Constituyen el Derecho Civil

de Aragón como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales del Derecho, en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico», y el artículo 2.º que «la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón».

No puede mantenerse que las normas a aplicar necesiten de su integración con la costumbre, pues la Compilación establece la citada «legítima formal» con la necesidad de ser nombrados o mencionados todos los legitimarios en el testamento que los excluya, si bien no descarta la Compilación, otro tipo de liberalidades que recogen en los artículos 120, 124 y 126 y no contradice la norma la tendencia de que se siga atribuyendo una cantidad simbólica al legitimario, evitando con ello la preterición de acuerdo con lo antes establecido de que el nombramiento o mención formal puede efectuarse de esta forma o bien excluyendo expresamente de la herencia al legitimario. En consecuencia perece el motivo.

SEXTO.—Dando lugar al motivo segundo del presente recurso, procede la casación y anulación de la sentencia recurrida dictada por el Juzgado de Primera Instancia número doce de Zaragoza en fecha de 11 de marzo de 1993 y, por tanto, se admite la demanda, procediendo declarar que los hermanos doña Pilar y don Pascual fueron preteridos en el testamento de su madre doña María Cruz y tienen derecho a una participación en los dos tercios del caudal hereditario que constituye la herencia colectiva (art. 119 de la CDC) con una porción igual a la del legitimario que resulte menos favorecido (art. 123 CDC) que, en el supuesto de autos, al haber sido designados los nombrados en testamento herederos por mitad del caudal hereditario, viene a representar una cuarta parte de dichos dos tercios a cada uno de los legitimarios, sin que en la porción de la herencia que corresponde a la libre disposición (el tercio restante) proceda hacer alteración alguna en la atribución testamentaria, porque las normas contempladas se encuentran en el Capítulo II del Título IV del Libro III de la Compilación que contiene, como su propio Título indica las normas «De protección a la legítima»; por tanto no se hace preciso dejar para ejecución de sentencia la fijación de la cuota de participación de dichos preteridos que queda establecida en la Compilación en la forma fijada (arts. 119 y 123) y que matemáticamente se viene a determinar que corresponde, a cada uno de los dichos preteridos, una sexta parte del total del caudal hereditario de la causante.

FALLAMOS.—Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora... en nombre y representación de don Pascual y doña Pilar contra la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia número Doce de los de Zaragoza de fecha 11 de marzo de 1993 sentencia que casamos y anulamos y en su consecuencia, estimando

la demanda, declaramos que don Pascual y doña Pilar fueron preteridos en el testamento de su madre doña María Cruz otorgado ante el Notario de Zaragoza Sr. R. al núm.... de su protocolo de fecha 15 de marzo de 1991 e igualmente declaramos que les corresponde a dichos demandantes recurrentes una participación de una cuarta parte de los dos tercios del caudal hereditario, legítima colectiva de la causante doña María Cruz, lo que es igual a una sexta parte del total de la herencia, que se formará reduciendo en dicha proporción las cuotas atribuidas en dicho testamento a los designados herederos don Pablo y don Alberto...

B) COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993, centrada en la problemática de la preterición y la legítima formal aragonesa, originó cierto revuelo en los medios jurídicos de nuestra Comunidad Autónoma, entre los que de inmediato encontró amplia difusión y suscitó animada polémica.

Su proximidad en el tiempo a los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, celebrados en Zaragoza en noviembre y diciembre siguientes, propició además que en su Segunda Ponencia: «Las legítimas», monopolizase la práctica integridad del subsiguiente coloquio. Más el debate saltaba a la prensa (1) y encontraba eco en la ciudadanía, como pueden atestiguar, por la experiencia de sus propios despachos, los distintos profesionales del Derecho. Todo un síntoma de que el interés por las instituciones de nuestro Derecho autóctono no decae sino que va ganando terreno, influyendo también en ello el tratarse de un tema íntimamente ligado a algo que siempre ha sensibilizado a los ciudadanos como es el principio de libertad de testar. Y si el Derecho es para la vida, cuando una cuestión jurídica —no ligada además a concretos aspectos socio-económicos ni a sonados procesos— fue objeto de comentario prácticamente a nivel de calle, no resulta aventurado deducir que nuestro Derecho Civil propio consolida e incrementa su arraigo en la sociedad aragonesa de nuestros días.

El interés y trascendencia de la propia Sentencia desde la perspectiva estrictamente jurídica y las circunstancias que anteceden, proporcionan más que sobrada motivación para este comentario.

El recurso de casación directo interpuesto por los recurrentes ante la Sala de lo Civil del TSJA —con base procesal en el número 1 del ar-

(1) *Heraldo de Aragón* del miércoles 1 y del domingo 5 de diciembre de 1993.

título 1.688 LEC— contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Doce de los de Zaragoza, contiene cuatro motivos, de los que sólo uno, el 2.º, es estimado por la Sala, mientras que los otros tres —1.º, 3.º y 4.º— perecen, según el criterio de la misma. Nos remitimos al texto de la Sentencia en cuanto a los motivos no estimados, sin perjuicio de que podamos referirnos a ellos a lo largo del comentario en cuanto pudieran tener relación con la línea argumental de la resolución jurisdiccional contenida en su Fundamento de Derecho Cuarto, en el que estima el segundo motivo de casación, formulado procesalmente al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, por interpretación errónea del artículo 120 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en relación con el artículo 119 del mismo texto legal.

Los argumentos de la Sentencia, como se desprende de su tenor literal, giran fundamentalmente en torno a una serie de cuestiones que, por eso mismo, van a constituir otros tantos apartados del sumario, en el que además figuran en epígrafe separado las contradicciones internas en que, a nuestro juicio, incurre la resolución jurisdiccional.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el Derecho Histórico Aragonés, la concurrencia de principios romanos (favorables al sistema de absoluta libertad de disposición *mortis causa* atenuado tardíamente por el derecho de legítima), germánicos (contrapuestos a los romanos con su rigurosa concepción de herencia forzosa ya suavizada a la llegada de los visigodos a nuestra Península por su largo contacto con el Imperio Romano) y autóctonos (2), origina una regulación confusa y contradictoria del sistema legitimario, plasmada en los diferentes Fueros. Así el Fuero de Huesca de 1247 (3) restringe la libertad de disponer aunque admite la posibilidad de mejorar a alguno de los hijos; el Fuero dado en Alagón en 1307 (4) —*de testamentis nobilium*— permite a los nobles

(2) THEODOR, Kipp: *Derecho de Sucesiones*, traducción de la octava revisión alemana, adaptada a la legislación y jurisprudencia por Roca SASTRE, vol. 1.º, pág. 282.

(3) Los herederos legitimarios resultan propiamente de los Fueros de 1247 contenidos en el Cuerpo Legal de los Fueros y Observancias bajo la rúbrica *De exhaeredatione filiorum* que determinaban que fuera de las causas de desheredación no se puede privar el derecho a heredar a sus nacidos.

(4) IACOBUS SECUNDUS, en Alagonis, 1307:

«Ad supplicationem nobis factam per Barones, Mesnadarios, Milites, de Infationes, in hac Curia congregatos: ut casalia eorum in suo bono statu conservetur: cum per divisionem filiorum de facili deperire possent. In perpetuo duximus statuendum, quod de caetero Nobiles, Mesnadarii, Milites, de Infationis, possint unum ex filiis, quem voluerint haeredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit dimitiendo.»

instituir heredero a un hijo dejando a los demás *quantum eis placuerit*, privilegio que el Fuero dado en Daroca de 1311 (5) extiende a todos los ciudadanos, y finalmente el Fuero *De Donationibus* (6), dado en las Cortes de Zaragoza de 1398, equiparando en esta materia la donación al testamento, recoge no sólo la posibilidad de la libre distribución entre los hijos sino incluso la de instituir heredero a un extraño existiendo aquéllos. Este confusiónismo y regulación contradictoria persiste a través del tiempo.

Jaime SEGUNDO, en Alagón, 1307:

«A la petición que nos hacen Barones, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones congregados en esta Corte para que sus casales se conserven en buen estado, ya que pueden perderse fácilmente en el reparto entre los hijos, venimos a establecer a perpetuidad que en adelante los Nobles, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones puedan hacer heredero a uno solo de los hijos, al que quieran: dejando a los demás hijos cuanto les plazca.»

(5) IACOBUS SECUNDUS, en Daroca, 1311:

«Nos Iacobus Dei gratia rex praedictus recolim us statuiss in Curia, quam in Alagonae Aragonensibus celebravimus generalem: quód Barones, Mesnardarii, Milites, de Infationes Aragonum possint unum ex filiis, quem voluerint, haeredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum placuerit dimittendo. Nunc autem ad supplicationem humilem nobis factam per Procuratores Civitatum, Villarum de Villarorium Aragonum, qui ad hanc nostram generalem Curiam convenerunt: volentes ipsos simili Foro gaudere. De voluntate, de consilio totius Curiae, perpetuó duximus statuendum, quod de caetero omnes Cives, de omnes alii homines Villarum, de Villariorum Aragonum, possint in suis testamentis unum ex filiis, quem voluerint, haeredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit relinquendo: exceptis hominibus Universatis Turrolii, de Albarrazini, qui habent alios Foros suos.»

Jaime SEGUNDO, en Daroca, 1311:

«Nos, Jaime, por la gracia de Dios Rey recordamos que, en la Corte General que celebramos a los Aragoneses en Alagón, establecemos que Barones, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones de Aragón puedan hacer heredero a uno solo de los hijos, al que quieran, dejando a los demás hijos cuanto <les> plazca de sus bienes. Ahora, a la petición que nos hacen humildemente los Procuradores de las Ciudades, Villas y Villorrios de Aragón que han acudido a esta Corte general nuestra, de que quieren disfrutar ellos de un Fuero semejante, de voluntad y consejo de toda la Corte, venimos en establecer a perpetuidad que en adelante todos los Ciudadanos y todos los demás hombres de las Villas y Villorrios de Aragón puedan hacer heredero a uno solo de sus hijos en sus testamentos, al que quieran, dejando a los demás hijos cuanto les plazca de sus bienes: excepción hecha de los hombres de la Universidad de Teruel y de Albarracín que tienen otros Fueros propios.»

Los Fueros dados en Alagón en 1307, y en Daroca en 1311 dan lugar a la llamada legítima colectiva al cambiar el derecho de cada hijo a una porción de los bienes paternos por un derecho de legítima global a favor de ellos. También a partir de entonces se excluye la obligación de instituir heredero.

(6) Martinus PRIMUS, en Caesaraugustae, 1398:

«Donatio, quae fiet per aliquem de suis bonis generaliter, vel etiam de bonis habitis, de habendis alicui personae, quae non sit filius suus, aut filii sui legitimi de naturales, in qua ipse donans nil relinquit suis filio, aut filiis legitimis, de naturalibus iam natis, non valeat si filios, vel filias legitimis de

La Sentencia, en el Fundamento de Derecho Cuarto, nos dice que: «... Para analizar el verdadero sentido de la preterición en el Derecho Aragonés, debe tenerse en cuenta el derecho histórico...», y si bien es indudable la importancia de acudir a los precedentes históricos para la adecuada interpretación de un precepto legal o de una institución, lo cierto es que los Fueros citados a este respecto por la Sentencia, no tratan ni regulan la preterición sino la cuestión de la libertad de testar que, en Aragón, tiene diferentes manifestaciones a través de la Historia como consecuencia de la aplicación del principio de libertad civil *standum est chartae* al Derecho de Sucesiones. Y así, la libertad de distribución entre los hijos autorizada por los citados Fueros de 1307 y de 1311 dio lugar a la práctica de insertar una cláusula en los testamentos (en los que por cierto no había diferenciación de partes expositiva y dispositiva sino una sucesión de cláusulas del más diverso contenido: desde la consignación de los datos personales y familiares hasta las de contenido estrictamente patrimonial pasando por las relativas a creencias religiosas y disposiciones sobre entierro, funeral y sufragios) en la que se nombraba a todos los legitimarios con una atribución patrimonial simbólica: «ITEM —doy por parte y derecho de legítima herencia a— la cantidad de diez sueldos jaqueses, cinco por bienes muebles y cinco por bienes sitios.» Dado el carácter de esa atribución patrimonial, la cláusula venía a constituir una declaración de conocimiento de la existencia de todos los legitimarios con una referencia patrimonial nominal, que permitía al testador disponer de sus bienes entre sus hijos como estimase conveniente.

naturales habebit tempore donationis: de hoc cum per eos instantia fiel contra ipsam donationem. Et si post donationem nascentur aliquis aut aliqui filii naturales de legitimi de eis non fuerit facta mentio tempore dictae onationis ipso facto dicta donatio sit rupta, de habita pro non facta, si per filium aut filios contra dictam donationem instantia fiel. Attamen si voluerit de bonis suis facere donationem alicui, aut aliquibus ex filiis suis legitimis de naturalibus, quod id facere possit prout eum, ut eos haereditare poterat in testamento, dum tamen aliis filiis remanentibus aliquid det vel assignet de bonis sui, Foro qui incipit: PARENTES, titulo DE DONATIONIBUS, in aliquo non obstante.»

Martin PRIMERO, en Zaragoza, 1398:

«La donación que alguien haga a una persona que no sea su hijo o sus hijos legítimos y naturales de sus bienes en general o de los bienes habidos o por haber, en la que el donante no deje nada a su hijo o hijos legítimos y naturales ya nacidos, no tenga valor si en el momento de la donación tiene hijos o hijas legítimos y naturales y esto cuando ellos reclamen contra esta donación. Y si tras la donación nacen algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hizo mención en el momento de la donación, quede rota de inmediato dicha donación y sea tenida por no hecha cuando el hijo o la hija reclamen contra esta donación. Por otra parte, si quiere hacer donación de sus bienes a uno o algunos de sus hijos legítimos y naturales, que pueda hacerlo como puede hacerlos herederos en testamento, mientras de o asigne algo de sus bienes a los demás hijos restantes, no obstante el Fuero que comienza: Parentes, en la rúbrica DE DONATIONIBUS.»

Manifestación aún más absoluta de la libertad de testar, la encontramos en la práctica testamentaria de instituir heredero a un extraño habiendo hijos, extrapolada y ratificada respecto de las donaciones por el Fuero *De Donationibus* de 1398 que, equiparando a estos efectos las donaciones a las sucesiones *mortis causa*, permitía la donación universal en favor de un extraño habiendo hijos (el equivalente a la institución de heredero en favor de un extraño), y con la única prevención del nombramiento de los hijos con esa referencia patrimonial puramente simbólica cumplimentada con la cláusula de legítima foral ya citada (señalemos, como acotación marginal, que no utilizamos como ejemplos de los criterios contrario y favorable respectivamente a la libertad de testar los citados por la Sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto: Fuero de Daroca de 1142 y Fuero de Jaca de 1063 con revisión y ampliación de 1187, por cuanto su ámbito de aplicación territorial muy reducido impide reputarlos verdaderamente representativos del Derecho Aragonés al faltarles la nota de generalidad).

Esta falta de criterio unitario persiste en Aragón hasta el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1880 en el que la libertad absoluta de testar, a pesar de contar con defensores tan ilustres como Joaquín COSTA, fue notablemente mermada al establecerse un límite a la disposición de bienes por parte del testador en favor de extraños (hasta entonces no se había establecido ninguno, porque según reconocen de manera unánime los foristas, éste quedaba a la discreción y arbitrio de buen varón de los padres, ya que no creyeron necesario establecer un límite matemático que nunca podría ajustarse a los supuestos o necesidades de cada caso particular).

Se abre entonces un período de tiempo hasta la promulgación del Apéndice, caracterizado por un confusionismo en materia de legítimas todavía mayor ya que, a la influencia de las resoluciones de los jurisconsultos, vinieron a unirse la de las «Instituciones», publicadas por FRANCO y GUILLÉN, y sobre todo la del Código Civil, promulgado en 1889. Y así los jueces, influidos en gran parte por el Derecho de Castilla, dictaban Sentencias en las que no se tenía en cuenta el Derecho Aragonés, constituyendo un ejemplo paradigmático de ello las que concedían suplemento de legítima a aquellos hijos solamente mencionados en la cláusula de legítima foral, como si en Aragón existiera la legítima individual o estricta del Derecho Castellano (tendencia que se inicia con la Sentencia de 31 de diciembre de 1909) (7).

Pretendo significar con ello que las resoluciones judiciales aducidas por la Sentencia que comentamos, nada aportan ni nos dicen en el contexto de la evolución de la legítima formal aragonesa al ser producto de esa situa-

(7) MARCELIANO, Isabel: «Cuestiones de Derecho Foral Aragonés», en RDP, de 1914, pág. 278.

ción especial; basta para ello fijarse en las fechas de las mismas: Sentencias de la Audiencia de Zaragoza de junio de 1883, julio de 1900 y julio de 1921, y Sentencias del Tribunal Supremo de diciembre de 1858, marzo de 1864 y octubre de 1879.

Ni el Proyecto de Apéndice de 2 de marzo de 1925, redactado por la Permanente de la Comisión General de Codificación, ni el propio Apéndice Foral de 7 de diciembre de 1925, determinan —en su respectivo art. 32— en qué consiste la preterición, limitándose a regular sus efectos, si bien, de la redacción de su coincidente párrafo 3.º de su respectivo artículo 30 («el descendiente que sea capaz para heredar excluye de esta herencia forzosa a los que por su mediación desciendan del testador y éste podrá señalar la cantidad o porción de bienes que le plazca para cada uno de los que estén en el grado más próximo») parece deducirse la necesidad de una atribución patrimonial a los legitimarios sin mediación de persona capaz para heredar, para entender cumplido el requisito de la legítima formal.

Sin embargo, el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1961, redactado por la Comisión de jurisconsultos nombrada por el Ministerio de Justicia, dispone en su artículo 71 que: «El legitimario que desciende del causante sin mediación de una persona capaz de heredar, cuando no hubiera sido favorecido en vida del causante o mediante la sucesión *ab intestato*, deberá ser mencionado en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas.»

Es indudable la evolución que ha experimentado la legítima formal desde el Apéndice y su citado Proyecto —conforme a los cuales parece necesaria una atribución patrimonial— a este Anteproyecto de Compilación de 1961 en el que se habla de «mencionar a los parientes inmediatos» si bien con cierta referencia patrimonial (pero mucho menos específica que la del Apéndice, ya que basta con que el testador haya tenido en cuenta la existencia de los legitimarios al asignar las legítimas). Y en la misma línea del Anteproyecto de 1961 se encuentran el artículo 72 del Anteproyecto de 1962 y el artículo 68 del Anteproyecto de 1963, redactados ambos por la Comisión de Jurisconsultos.

Pero un importante cambio en el tema que nos ocupa va a aparecer en el Anteproyecto de Compilación de 1965, redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación:

De una parte, el derecho a alimentos —recogido en su art. 119— que tienen los descendientes inmediatos que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedirlos, ya no se denomina legítima individual, a diferencia de lo que ocurría en los Anteproyectos de 1962 (art. 71), 1963 (art. 67) y 1961 (art. 70) en los que sí recibía dicha denominación, e incluso, en el de 1961, se determinaba su contenido (concre-

tándolo en el derecho a vivir indefinidamente en la casa familiar con arreglo a la costumbre o, en su defecto, cuando no haya renunciado a la legítima o dándose por pagado de ella, se tratará de una pensión vitalicia consistente en un 3 por 100 anual del capital que con arreglo al Código Civil le hubiera correspondido por legítima).

De otra, cambia significativamente la redacción del precepto relativo a la legítima formal —art. 118— que dispone ahora que: «Los legitimarios no favorecidos en vida del causante o que no lo resulten en la sucesión intestada de éste, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos en el testamento que les excluya.»

El significado y alcance de este cambio de redacción parece evidente:

- Si la Comisión prescinde del término «legítima individual» es que quiere dejar claro que el legitimario —en cuanto tal y concurriendo con otros y siempre que el testador haya cumplido con la legítima global— no tiene derecho a ninguna atribución patrimonial (ni siquiera simbólica).
- Y si sólo exige ya «el nombramiento o mención, es que quiere excluir la necesidad de toda referencia patrimonial (como el tener que declarar expresamente que a determinados parientes sin mediación de persona capaz para heredar se les excluye de la legítima).

Pues bien: el artículo 120 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón (que en el Texto dado por Ley 3/1985 de 21 de mayo de las Cortes de Aragón mantiene la misma redacción que en el de 8 de abril de 1967) es transcripción exacta del citado artículo 118 del Anteproyecto de 1965, salvo la sustitución de la palabra «legitimarios» por la expresión «aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar».

A la vista de cuanto antecede, y como síntesis concluyente de esta parte del comentario, podemos establecer:

- a) Hasta la promulgación del Apéndice Foral de 1925, la regulación del sistema legitimario en Aragón giraba fundamentalmente en torno a la discusión a favor o en contra de la libertad testamentaria en sus distintas manifestaciones.
- b) El Apéndice de 1925 fue restrictivo de la libertad de testar, como lo fue también en otras materias («el testador podrá señalar la cantidad o porción de bienes que le plazca para cada uno de los que estén en el grado más próximo»), siguiendo esta orientación pero de forma menos taxativa los Anteproyectos de Compilación de 1961, 1962 y 1963 redactados por la Comisión de Jurisconsultos («el legitimario deberá ser nombrado en el testamento al menos con la expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su

existencia al asignar las legítimas»; se atribuye un contenido a la legítima material individual o se denomina así el derecho a alimentos).

- c) Tanto el Anteproyecto de Compilación de 1965 como la Compilación vigente, suponen un cambio de orientación en la formulación del sistema legitimario, que resulta ya menos rígido y formalista, según lo antes visto, al habersele dado una solución transaccional entre el Derecho Romano y el Derecho Aragones. En palabras de LACRUZ (8): «Para la Compilación nos pareció que, dada la evolución del Derecho Aragonés, se ajustaba bien a sus directrices esta partición que sistematizaron los pandectistas, si bien teniendo en cuenta el carácter global de la legítima, y así el capítulo destinado a ella se basa en distinguir: a) Una legítima materia colectiva; b) Una legítima formal, y c) Una legítima material individual de muy especial naturaleza, que corresponde a los descendientes de primer grado en determinadas circunstancias.»

Consecuentemente, el actual artículo 120 de la Compilación, para cumplir con la legítima formal y evitar por tanto la preterición, requiere única y exclusivamente que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar a quienes el testador quiera excluir de su herencia sean nombrados o al menos mencionados en el testamento, al igual que en el Derecho Romano en el que la legítima formal consistía en el derecho de los más próximos parientes herederos *ab intestato* a ser nombrados en el testamento, sin cuyo requisito se entendía que el causante se había olvidado de ellos.

Y es que si el legislador de la vigente Compilación Aragonesa hubiera querido exigir algo más (atribución patrimonial aunque fuera simbólica o una mención cualificada por su referencia expresa a la legítima formal) lo hubiera establecido, como lo hizo en el Apéndice Foral de 1925 al exigir una atribución patrimonial o en los Anteproyectos de 1961, 1962 y 1963 (cuya redacción modificó precisamente en este punto para suprimir otras exigencias, según lo ya visto) o como lo hizo el legislador en la Compilación de Navarra, en cuya Exposición de Motivos ya se dice que la legítima formal de los descendientes supone en realidad una imposición de no-preterición por parte del disponente, pues carece de contenido patrimonial exigible, razón por la que «se ha estimado conveniente mantener la vieja fórmula foral... que pone mejor de manifiesto el carácter meramente formal de dicha institución legitimaria» y en la que, en cumplimiento de ese criterio tan gráficamente expresado de «mantener la vieja fórmula foral», su

(8) José Luis LACRUZ BERDEJO: «Las legítimas», en *BRICA de Zaragoza*, 1967, pág. 149.

Ley 267 determina que: «La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos "febles" o "carlines" por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero».

3. EL NOMBRAMIENTO O MENCIÓN

La preterición —según el tenor del artículo 120 de la *Compilación*— representa la infracción de la legítima formal, y se da por falta de nombramiento o al menos mención en el testamento o contrato sucesorio, de los legitimarios de primer grado no favorecidos *inter vivos*, ya sea de forma intencional o no. Se deduce del precepto que con el nombramiento, o al menos mención, de los no favorecidos por el testador, es suficiente para cumplir con «los preceptos protectores de la legítima formal» —en expresión de la Exposición de Motivos de la *Compilación*— sin que sea necesario otorgarles ninguna atribución patrimonial, ya que tanto en el Seminario organizado por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés como en la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses al abordar esta cuestión en los trabajos de redacción de la *Compilación*, les pareció más adecuado refundir la cantidad simbólica con la mención ya que aquélla carecía de contenido (9).

¿Y cuándo se puede entender nombrado o mencionado un legitimario?

Cuando el artículo 120 utiliza estos términos lo hace de acuerdo con la orientación romana de libertad de testar entre los hijos o incluso en favor de extraños existiendo éstos —como en Navarra— concediéndose a los descendientes un derecho honorífico: el de ser mencionados en el testamento del ascendiente vivo más inmediato (10).

Las dos fórmulas —nombrar y mencionar— son válidas, aunque gramaticalmente implique mayor determinación la primera que la segunda. Nombrar es designar a una persona con su nombre y apellidos mientras que mencionar es citar, aludir, hacer referencia a ella, pero lo importante formalmente es que, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, sea suficiente para la identificación de los legitimarios.

Como dice GARCÍA AMIGO (11): «En el término nombrar hay que entender incluidas las referencias nominales, es decir, aquellas en las que el testador o instituyente llama a sus hijos o descendientes excluidos con sus

(9) LACRUZ BERDEJO: «Las legítimas», en *BRICA de Zaragoza*, 1967, pág. 151.

(10) José Luis LACRUZ BERDEJO: «Preterición e injusta desheredación», en *RCDI*, 1968, pág. 522.

(11) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», en *RDP*, t. XXXIV, pág. 23.

nombres y apellidos o con otras expresiones nominales con que sean conocidos. Y en el término mencionar se comprenden cualesquiera otras referencias no nominales a través de las cuales se esté llamando a algún hijo o descendiente mediante expresiones que no ofrezcan duda acerca de la persona a la que aluden (por ej. un hijo mayor, un hijo menor, el hijo militar, etc.)»

Que cabe la mención de forma genérica se desprende de la comparación entre los dos apartados del propio artículo 120: el legislador recoge en el párrafo primero la exclusión voluntaria y en el párrafo segundo el olvido o ignorancia y para evitar la preterición exige distintos requisitos según los casos. Mientras que en el supuesto de exclusión intencional basta el nombramiento o al menos la mención para evitar la preterición, si se trata en cambio de olvido o ignorancia (legitimarios nacidos después de otorgarse el testamento) no basta con el uso de expresiones genéricas no referidas especialmente a ellos. De donde se deduce a *contrario sensu* que en los demás casos (los del párrafo primero) sí que son admisibles tales expresiones genéricas.

De lo dicho hasta ahora se desprende que no pueden considerarse preteridos —como considera la Sentencia— los recurrentes doña Pilar y don Pascual, hijos de la testadora, puesto que ésta les nombra en el testamento con sus nombres y apellidos junto con sus otros dos hermanos, cumpliendo con ello con la legítima formal exigida por el artículo 120 de la Compilación.

Uno de los argumentos utilizados por la Sentencia en apoyo del criterio por ella mantenido es que: «... de conformidad con el artículo 122 de la Compilación constituye la preterición la falta de mención formal en el testamento de un legitimario (cita errónea, el precepto refiere la falta de mención formal en el testamento a todos los legitimarios), de donde cabe deducirse que no es suficiente cualquier tipo de mención para evitar la preterición sino que ha de tener un carácter formal...». A este respecto cabe argumentar lo siguiente:

1.º La intención y criterio del legislador de la Compilación creemos que ha quedado claramente demostrada en el breve análisis realizado en el punto anterior de este comentario acerca de la evolución en Aragón de la regulación del sistema legitimario: lo único que exige al testador o instituyente es una declaración de conocimiento de la existencia de los hijos efectuada en forma suficiente para su identificación, bien sea por nombramiento o por mención y en la parte del testamento que crea conveniente (en puridad en vez de «parte» del testamento habría que hablar de «lugar» del testamento para significar el alcance de mera ubicación física dentro del documento sin connotaciones de diversidad de efectos como veremos en el punto 5 de este comentario).

Porque si el legislador quería exigir algo más, sin duda que así lo hubiera establecido al regular la legítima formal en el artículo 120 de la Compilación:

- Como lo hizo en el artículo 30 del Apéndice Foral de 1925.
- Como lo hizo en el artículo 71 del Anteproyecto de Compilación de 1961, en el artículo 72 del Anteproyecto de Compilación de 1962 y en el artículo 68 del Anteproyecto de Compilación de 1963 que exigen: «Que sean mencionados en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas», o lo que es lo mismo: «Que sean mencionados en el testamento en la forma dicha, bien para dejarles algo o bien para excluirlas», que es precisamente lo que, utilizando su misma expresión, exige la Sentencia para que no exista preterición.

Pero es que justamente la redacción de estos artículos no prevaleció ni en el Anteproyecto de Compilación de 1965 ni en la Compilación vigente, en cuyo artículo 120 —siguiendo lo dispuesto en el artículo 118 del Anteproyecto de Compilación de 1965 del que es casi literal transcripción— quedó suprimido todo aquello que relacionase la legítima formal con referencias patrimoniales, y lo que exige la Sentencia de «que sean mencionados, bien para dejarles algo, bien para excluirlas», es una clara referencia patrimonial que de ninguna forma exige el artículo 120 de la Compilación.

2.º Pero imaginemos por un momento, como mera hipótesis de trabajo, que la mención formal a que se refiere la Sentencia implica algo más que el nombramiento o la mención ordinaria. Ciertamente es difícil concebir una categoría intermedia entre la atribución patrimonial simbólica a la usanza navarra (no exigida por nuestra Compilación, obviamente, e incluso así lo reconoce la propia Sentencia) y la mención del artículo 120 de la Compilación. Pero supongamos que sí existe ese grado intermedio y que es preciso dotar de una mayor formalidad a esa mención. Pues aun así, para nada afectaría dicha cuestión al supuesto de hecho objeto de la *litis*, porque el precepto que viene a identificar preterición con falta de mención formal es el artículo 122 de la Compilación que regula la preterición o desheredación total, artículo inaplicable ya que si en el testamento impugnado hubiera habido —que no la hubo— preterición, hubiera sido en todo caso y sin duda alguna preterición singular, regulada en el artículo 123 de la Compilación que, en relación con su artículo 120 exige solamente que los legitimarios sean nombrados o al menos mencionados; sin más adjetivos ni calificaciones, y si gramaticalmente no cabe duda que «nombrar» tiene mayor determinación identificativa que «mencionar» y lo demuestra el propio texto de

la Compilación (art. 120) que establece una gradación de más a menos al decir: «... nombrados o mencionados al menos», no parece haber duda razonable de que si el precepto legal para la menor categoría identificativa que es «mencionados» no exige ni establece cualificación especial, *a fortiori* tampoco lo exigirá, ni la exige ni puede exigir, una especial cualificación añadida para la categoría identificativa mayor que es «nombrados», y en el caso de autos son nombrados —lo más— los cuatro hijos en el testamento.

Por tanto, aún en el hipotético caso de que ese carácter «formal» de la mención tuviese que implicar una especial cualificación de la misma sólo debería estar referido al supuesto de preterición total recogido en el artículo 122 e inaplicable a este caso.

Es preciso no confundir el ámbito de aplicación más reducido de los artículos 120 y 123 (sólo los descendientes sin mediación de persona capaz para heredar) con el más amplio del artículo 122 (todos los legitimarios, que en Aragón —conforme al art. 119 de la Compilación y conviene no olvidarlo aunque pueda parecer una obviedad— lo son todos los descendientes). En este sentido la invocación al artículo 122 de la Compilación no cabe tampoco en el supuesto de hecho contemplado ni siquiera como elemento interpretativo del art. 123 —tal como dice la Sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero— por el diferente ámbito de ambos preceptos.

Y no parece que sea casual o indiferente que el calificativo «formal» unido al sustantivo «mención» aparezca únicamente en el artículo 122 de la Compilación, regulador de la preterición total, y no aparezca en el artículo 120 en el que sólo se dice «nombrados o mencionados al menos». La cualificación como «formal» de la mención cuya falta, por afectar a todos los legitimarios, da lugar a la preterición total, hay que ponerla en relación con los graves efectos que produce la preterición total, cuales son la delación abintestato del caudal hereditario, bien en sus dos tercios o en su totalidad, según sea intencional o no (núm. 1 y 2 del art. 122); esos graves efectos llevan al legislador a ser exigente para la apreciación de la preterición total.

Con esa finalidad introduce el calificativo «formal» junto a la mención; calificativo referido a un carácter individualizador de los legitimarios, bien sea por su designación nominativa, por sus datos personales o bien por otros datos que permitan su identificación individualizada. Para que exista preterición total es preciso que no haya referencia individualizada de ninguno de los legitimarios (no puede ser además materialmente de otra forma, dado que en Aragón la legítima material es colectiva) y basta pues que exista una mención o referencia individualizada de uno sólo de ellos (y recordamos de nuevo que en Aragón son legitimarios todos los descendientes, art. 119

Compilación) para que no se produzcan los drásticos efectos de la preterición total sino los efectos más mitigados de la preterición singular del artículo 123 de la Compilación y sin perjuicio de los derechos en caso de lesión de la legítima colectiva a que se refiere el artículo 124 de la Compilación.

En cambio, sí que habría preterición total, con sus consiguientes efectos, si el testador se limitase a efectuar una mención genérica indeterminada a los legitimarios, como la que suele utilizarse en Navarra tras la reforma de su Compilación por Ley Foral 5/1987, en donde la Ley 269 dispone que la institución de la legítima foral podrá hacerse para todos los legitimarios en forma colectiva, a diferencia de lo que ocurría antes de dicha reforma en que debía hacerse nominativamente para los hijos y descendientes que en el momento de la disposición tengan derecho a ella mientras que para los demás era suficiente la institución colectiva (posición lógica la actual, pues en Navarra no existe ni siquiera la legítima material colectiva sino la legítima formal de los descendientes, concretada en los conocidos cinco sueldos por muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles a cada uno de los herederos forzosos y sin contenido patrimonial exigible, según su Ley 267); esa fórmula navarra de asignación genérica de legítima en forma colectiva se suele limitar a determinar que: «... a cada uno de los hijos y descendientes que pretendan derecho sobre la herencia del testador instituye en la legítima foral navarra de cinco sueldos..., etc.» o algo similar, y eso es lo que no considera el legislador aragonés como mención formal; en realidad la posición de la Compilación en este punto es más parecida a la posición de la Ley 269 de Navarra antes de su reforma por la Ley Foral 5/1987 de 1 de abril (parecida formalmente claro, no materialmente, dada la diferencia de sistemas legitimarios).

Y sin embargo, la Sentencia, de acuerdo con el tenor literal de sus fundamentos de Derecho, no sólo nos retrotrae al sistema —abandonado por la Compilación y antes por su Anteproyecto de 1965— de los Anteproyectos de 1963, 1962 y 1961, de la mención cualificada por una referencia expresa a la legítima formal, sino que también vuelve al sistema anterior al Apéndice de la atribución patrimonial bien que simbólica, pues considera que sólo por cualquiera de los dos procedimientos: atribución de cantidad simbólica o nombramiento o mención con exclusión expresa de la herencia al legítimo, queda cumplido el nombramiento o mención formal **legalmente** exigido por la Compilación, y así lo declara en el Fundamento de Derecho Cuarto («... aparece que han sido preteridos... al ser sus herederos forzosos y no haber sido citados o mencionados al disponer de los bienes en el testamento, en la forma dicha, bien para dejarles algo o bien para excluirles») y Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia («... no contradice la norma la tendencia de que se siga atribuyendo una cantidad

simbólica al legitimario, evitando con ello la preterición de acuerdo con lo antes establecido de que el nombramiento o mención formal puede efectuarse de esta forma o bien excluyendo expresamente de la herencia al legitimario»). En definitiva, un claro retroceso en el sistema legitimario aragonés y, a nuestro juicio, contrario a la legalidad vigente.

4. LAS CONTRADICCIONES INTERNAS DE LA PROPIA SENTENCIA

No pueden pasarse por alto las contradicciones internas en que incurre la Sentencia en sus Fundamentos de Derecho, al declarar la preterición de los dos hermanos recurrentes Pilar y Pascual y aplicar los efectos de la misma en orden a la atribución de cuotas en el caudal hereditario, y en orden a otras cuestiones. Así:

- De una parte proclama expresamente la improcedencia de la aplicación del artículo 122 de la Compilación por ser el regulador de la preterición total, lo que no ocurre en el supuesto de hecho contemplado en el que la preterición se refiere únicamente a dos legitimarios (siempre según la Sentencia) y ello hasta el punto que provoca el perezimiento del primer motivo del recurso (Fundamento de Derecho Tercero) y la procedente aplicación del artículo 123 regulador de la preterición singular (Fundamento de Derecho Sexto).
- Y de otra, curiosa y contradictoriamente, aplica los efectos de esa misma preterición total, regulados por el mismo artículo 122, que la propia Sentencia acaba de declarar de improcedente aplicación (el mismo Fundamento de Derecho Sexto).

Si, como reconoce la Sentencia, en el caso de autos estamos ante un supuesto de preterición singular y no total, procediendo la aplicación del artículo 123 regulador de dicha preterición singular (Fundamentos de Derecho Tercero y Sexto), este precepto dispone que «el descendiente, sin mediación de persona capaz de heredar, preterido tendrá derecho a una porción en el "caudal" igual a la del menos favorecido por el testador, porción que se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios».

Atención a la expresión legal; no dice «una porción en la legítima colectiva» (que serían los dos tercios del caudal hereditario fijado conforme a lo dispuesto en el art. 818 CC a efecto de determinación de legítimas, por la remisión que a dicho precepto efectúa el artículo 119 de la Compilación regulador de la legítima material colectiva aragonesa) sino «una porción en el caudal», es decir, en la totalidad del caudal hereditario, en la

integridad del caudal relicto con su característica de «universalidad o unidad patrimonial de la herencia» que el artículo 659 del Código Civil aun no refiriéndose al contenido de la herencia sino al ámbito del fenómeno sucesorio explícita al prevenir que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte». Conforme a este criterio, fundamentado en la normativa vigente, la porción que corresponde a cada hijo declarado preterido por la Sentencia —Pascual y Pilar— será igual a la del hermano menos favorecido por la madre testadora y se formará reduciendo proporcionalmente la participación (en el caudal, no se olvide) de los restantes legitimarios, que son sus hermanos Pablo y Alberto. Pero como estos dos últimos han sido favorecidos por igual por su madre ya que les ha instituido herederos por partes iguales, la participación en el caudal de cada hermano declarado preterido, Pascual y Pilar, será la misma que la de cada hermano favorecido por la testadora, Pablo y Alberto, es decir una cuarta parte para cada uno de los cuatro hermanos, entendiendo referidas esas cuartas partes al «caudal», es decir, a la herencia, tal como previene el artículo 123 de la Compilación.

Pues bien, la Sentencia, en contradicción con sus propios pronunciamientos, no lo entiende así sino que partiendo de la afirmación errónea de que la expresión «caudal» del artículo 123 de la Compilación está referida a los dos tercios del caudal hereditario en que consiste, según el artículo 119, lo que la Sentencia denomina la «herencia colectiva» («sic»; errónea transcripción del art. 119 que no habla de herencia colectiva sino de legítima material colectiva) y entendiendo por tanto que en el tercio de libre disposición no procede hacer alteración alguna en la atribución testamentaria y debe seguir atribuido a los instituidos herederos, divide esos dos tercios del caudal hereditario por partes iguales entre los dos hermanos favorecidos, Pablo y Alberto, y entre los dos hermanos declarados preteridos, Pascual y Pilar, en suma, distribuye esos dos tercios por partes iguales entre los cuatro hermanos, con lo que, reduciendo a común denominador y efectuadas las pertinentes operaciones aritméticas, la totalidad del caudal hereditario resulta atribuido, en cuanto a sendas sextas partes a los declarados preteridos Pascual y Pilar, y en cuanto a dos sextas partes para cada uno, a los dos hermanos favorecidos por la testadora, Pablo y Alberto ($1/6 + 1/6 + 2/6 + 2/6 = 6/6$ o la integridad del caudal hereditario).

Y precisamente, esa distribución efectuada por la Sentencia en la forma y proporción que resulta del párrafo anterior, supone la aplicación exacta de lo dispuesto en el artículo 122-1.º de la Compilación para el supuesto de preterición total (precepto que la propia Sentencia acaba de declarar inaplicable según lo visto *ut supra*) conforme al cual: «La preterición en el testamento de todos los legitimarios, determina la delación abintestato de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquellos era conocida por

el testador al tiempo de hacerse la disposición *mortis causa*.» Hágase el sencillo cálculo aritmético correspondiente y se comprobará que el resultado es el mismo: sendas sextas partes de todo el caudal hereditario para los declarados preteridos Pascual y Pilar y dos sextas partes a cada hermano favorecido, Pablo y Alberto.

Y otra contradicción: no sólo aplica el artículo 122 regulador de la preterición total, que no hace al caso, y que la propia resolución judicial declara inaplicable, sino que lo aplica en su apartado 1.º relativo a la preterición total e intencional, «... la delación abintestato de dos tercios del caudal si la existencia de todos los legitimarios era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición *mortis causa*». Pues si esto es así ¿cómo se explica que la propia Sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto, declare «... porque lo que debe de tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas no olvidó la existencia de alguno de aquéllos (legitimarios)»? ¿Cómo alegar el posible olvido de algún legitimario por parte de la testadora para justificar la exigencia de que la mención o nombramiento se efectúe en esa pretendida parte dispositiva del testamento si a la vez se aplica la normativa correspondiente al supuesto en que el testador conoce la existencia de todos los legitimarios? ¿Conocía? ¿No conocía?

5. LA PRETENDIDA DISTINCIÓN ENTRE PARTE EXPOSITIVA Y PARTE DISPOSITIVA DEL TESTAMENTO EN CUANTO ACTO DE DISPOSICIÓN DE BIENES

A. *El testamento como acto de disposición de bienes*

Nos dice la Sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto: «... y siendo el testamento un acto de disposición de bienes, de conformidad con el artículo 667 del CC, dicha mención, a juicio de la Sala, ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva...»

No vamos a contradecir —aunque sí a matizar críticamente— la afirmación de que el testamento sea un acto de disposición de bienes, sino la conclusión que obtiene la Sala de que por ser un «acto de disposición de bienes» ha de tener una «parte dispositiva» contrapuesta a una parte expositiva.

El artículo 667 del Código Civil en efecto nos dice que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento».

Se ha criticado esta definición por entender que atiende casi exclusivamente a contenido y finalidad del acto, faltándole otros caracteres que contribuyen igualmente a perfilar su concepto. Del precepto en cuestión se

desprende que el testamento es, en esencia, un acto de disposición de bienes para después de la muerte —y fundamentalmente así es en realidad—, es decir, se incide exclusivamente en su carácter patrimonial, pero sin embargo, tanto en el Código Civil como en la Compilación Aragonesa, encontramos distintos preceptos que permiten incluir en el testamento disposiciones de carácter no patrimonial. Así en el testamento puramente revocatorio (art. 738 CC), las disposiciones sobre sufragios y funerales (art. 902-1.º CC), reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 120 CC), nombramiento de albaceas, delimitación de sus facultades, plazos, etc. (arts. 892 y ss. CC), nombramiento de tutor (art. 223 CC y art. 15 CA), nombramiento de protutor (art. 18 CA), nombramiento de curadores (art. 291 CC), nombramiento de administrador de los bienes del menor por el disponente a título gratuito (art. 164-1.º CC y art. 12-1 CA), nombramiento de persona con facultad de disponer de los bienes del menor de catorce años según lo estipulado por el transmitente a título gratuito (art. 13 CA), designación por los padres de las personas que a su fallecimiento van a ejercer la autoridad familiar (art. 10-2 CA), la rehabilitación del indigno (art. 757 CC), el nombramiento de la Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria (art. 22 en relación con el art. 117 CA).

No plantea problema alguno la existencia en el testamento de estas disposiciones no patrimoniales, admitidas plenamente por la Jurisprudencia (así, Sentencia del TS, de 12 de noviembre de 1964: «La definición del art. 667 del CC no resulta exacta, pues además de las disposiciones de índole patrimonial puede contener otras relativas a fines pios, designación de organismos tutelares...»), pero el problema se ha planteado, como señala LACRUZ (12), a propósito de si las disposiciones plenamente extrapatrimoniales pueden constituir el único contenido de un testamento, habida cuenta de que el testamento es conforme al artículo 667 del Código Civil y a la Jurisprudencia (S. de 8 de julio de 1940 y Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 1944), «esencialmente un acto dispositivo de bienes o derechos», posibilidad que ya admitía LACRUZ antes de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, por entender que cuando la ley permite otorgar disposiciones no patrimoniales en testamento, y a veces prohíbe hacerlo de otra forma, lo que requiere es la forma testamentaria y no la disposición de bienes, y que después de dicha reforma parece explícitamente recogida en el artículo 741 del Código Civil —siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1964 que ya había declarado que era auténtico testamento aquél otorgado exclusivamente para reconocer a un hijo de los denominados entonces natura-

(12) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones. Elementos de Derecho Civil V.*, 1988, págs. 220-221.

les— a cuyo tenor «el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo, o éste no contenga otras disposiciones o sean nulas las demás que contuviere», con lo que como dice DÍEZ PICAZO (13) se afirma la eficacia de una declaración de voluntad no patrimonial que no vaya acompañada de ninguna disposición patrimonial y se le denomina testamento. Criterio que por analogía puede aplicarse a cualquier otra declaración distinta del reconocimiento de filiación.

Por lo cual, podemos afirmar, en relación con la Sentencia que comentamos, que no siempre el testamento es un acto de disposición de bienes. Pero tanto si lo es (como en el caso de autos) como si no lo es (como en los supuestos vistos si no contiene otras disposiciones patrimoniales), lo que no puede inferirse, como lo hace la Sala, es que en los supuestos como el de la *litis* en que el testamento contiene actos de disposición de bienes, exista en el mismo una parte «dispositiva» contrapuesta a otra «expositiva» con cualificaciones efectivas distintas porque de seguir este razonamiento, en aquellos supuestos, posibles y legalmente admitidos, en que el testamento contuviera sólo declaraciones de voluntad no patrimoniales —como el del reconocimiento de filiación— no habría «parte dispositiva» contrapuesta a «expositiva», pero es que el contenido del testamento debe ser dispositivo en el sentido de imperativo porque como ha declarado la Jurisprudencia. No es verdadero testamento aquel en que el otorgante se limita a aconsejar o rogar (S. del TS de 8 de julio de 1940) y que las admoniciones, ruegos o consejos no elevados por el *de cuius* al rango de normas de obligado acatamiento no producen acciones viables en justicia (S. del TS de 28 de noviembre de 1958) con lo que, con el criterio de la Sala, en un testamento sin otro contenido que declaraciones de voluntad no patrimoniales, nos habríamos quedado sin testamento porque le faltaría la «parte dispositiva».

Y es que conviene no confundir la «disposición de bienes» del artículo 667 del Código Civil en cuanto expresión referida a declaraciones de voluntad de contenido patrimonial, con el carácter «dispositivo» o imperativo que deben tener las disposiciones testamentarias tengan o no contenido patrimonial y, además, precisar que ninguna de ambas acepciones van referidas a la existencia de «partes» expositiva o dispositiva del testamento con efectos propios y diferenciados, como vamos a ver seguidamente.

B. *La distinción entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento*

El segundo motivo del recurso —estimado por la Sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto— alega interpretación errónea del artículo 120

(13) Luis DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia y de Sucesiones*, 1992, pág. 351.

de la Compilación (entiende la Sentencia que se refiere a su párrafo primero aunque no se puntualice en el recurso) en relación con su artículo 119, al entender los recurrentes, según dice la Sala, que «... dicha mención formal debe efectuarse en la parte dispositiva del testamento, y que los hijos nombrados en él pero a quienes no se les asigne ninguna atribución patrimonial resultan preteridos por la madre».

La Sentencia, tal como se transcribe, no sólo efectúa —además de forma reiterada— una distinción entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento, sino que la considera elemento decisorio para la estimación del recurso hasta el punto de que si estima este segundo motivo por interpretación errónea del artículo 120 de la Compilación es porque la «mención» de los legitimarios recurrentes se efectuó por la testadora en la parte expositiva y no en la parte dispositiva del testamento, cuando a juicio de la Sala: «... siendo el testamento un acto de disposición de bienes, de conformidad con el art. 667 del Código Civil dicha mención ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva...».

Sin embargo, la pretendida distinción de la Sentencia entre las dos partes «expositiva» y «dispositiva» del testamento no encuentra fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, que considera al testamento como un solo acto, temporal y documentalmente, sin distinción cualificada de «partes» que pudieran conllevar distintos efectos jurídicos.

Más aún: el testamento abierto notarial es el supuesto prácticamente único de negocio jurídico en que se exige rigurosamente el principio de unidad de acto, tanto en sentido temporal como de unidad documental, dados los precisos términos de los artículos 658, 679, 695, 699 y concordantes del Código Civil, puesto que en la generalidad de los negocios jurídicos los mecanismos de la ratificación y de la adhesión posteriores por parte de alguno o algunos de los interesados permiten la perfección o consumación de los mismos en momentos posteriores e incluso en documentos separados (desde el punto de vista de su articulación documental pública véanse al respecto los artículos 164 y 176-2.º del vigente Reglamento Notarial que lo admiten con carácter general «siempre que la Ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad de acto», cosa que ocurre, precisamente, en el testamento abierto notarial). Como señalan LACRUZ y BONET (14), la unidad de acto prevenida por el Código Civil recuerda el *uno contextu* —unidad de asunto, de tiempo y de lugar— de los romanos, que reprodujeron las Partidas (Ley 3.^a, Título I, Partida 6.^a).

(14) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1976, pág. 256; *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 222.

Francisco BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 138.

Ni la Compilación de Derecho Civil de Aragón ni el Código Civil contemplan en la regulación del testamento distinción alguna entre supuestas partes expositiva y dispositiva del mismo.

La Compilación de Derecho Civil de Aragón en materia de formalidades —no de formas o clases— testamentarias no contiene actualmente particularidad alguna en relación con el Código Civil una vez que éste por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, ha suprimido la necesidad de testigos en el testamento abierto notarial y en el acta notarial del otorgamiento del testamento cerrado, salvo supuestos de excepción, equiparando así el régimen testifical testamentario al de la Compilación Aragonesa que ya los había suprimido desde su redacción por Ley de 21 de mayo de 1985.

Ante la carencia de preceptos específicos de la Compilación, debe aplicarse en esta materia la normativa del Código Civil, de aplicación supletoria en Aragón conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º-2 de aquélla.

Y en el Código Civil, ni en la normativa específica del mismo sobre el testamento abierto notarial —arts. 694 al 705— (por ser de esa clase el testamento a que se contrae la Sentencia comentada) ni en la que dedica a los testamentos en general —arts. 667 al 675— o a la forma de los testamentos —arts. 676 al 687— o a las particulares clases de testamentos (llamadas «formas» por el Código) como el ológrafo —arts. 688 al 693—, cerrado —arts. 706 al 717—, militar —arts. 716 al 721— marítimo —arts. 722 a 731— o hecho en país extranjero —arts. 732 al 736— y por supuesto tampoco en la normativa referente a las disposiciones generales de las sucesiones —arts. 657 al 661— a la capacidad para testar —arts. 662 al 666— o a la revocación e ineficacia de los testamentos —arts. 737 al 743—, se encuentra referencia alguna, directa ni indirecta, a esa pretendida distinción entre partes «expositiva» y «dispositiva», diferenciadas por razón de un hipotético contenido propio de cada una de ellas y/o de los efectos que, según se ubiquen en una u otra, producen las manifestaciones del testador.

Por el contrario, los preceptos del Código Civil contemplan al testamento —reiteradamente— como un solo acto, en el sentido de unidad de acto en el tiempo y un todo unitario del contenido documental, sin distinción en este último sentido de partes diferenciadas con contenido y eficacia propios y distintos.

Cuando el Código Civil regula el testamento, tanto si atiende a su propia esencia que es la voluntad del testador y su forma de exteriorización (arts. 658, 674, 679, 680, 684, 695, 697, 699) como si se refiere al mismo como conjunto de formalidades practicadas «en un acto» de forma continuada e ininterrumpida en el tiempo (arts. 666, 667, 670, 679, 680, 683, 699) como si lo contempla en cuanto documento que recoge esa voluntad manifestada (arts. 680, 688, 695) no efectúa ninguna distinción entre posibles partes

diferenciadas de la voluntad del testador ni en su manifestación o exteriorización ni en su plasmación documental. Y en cuanto a las expresiones utilizadas de «dispone, disposición o disposiciones, disposiciones testamentarias, disponer...» (arts. 667, 668, 672, 675, 684, 741, 743, 747, 749 al 755, 763, 764, etc.) no aluden por supuesto a la existencia de una parte «dispositiva» frente a otra supuestamente «expositiva», sino que utilizan una forma imperativa por cuanto el testamento, como ha declarado reiteradamente la doctrina y jurisprudencia tal como hemos visto anteriormente, es un negocio jurídico *mortis causa* que exige una voluntad expresada en forma suficientemente inteligible y de carácter esencialmente dispositivo, de forma que no es verdadero testamento el acto en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen (S. de 8 de julio de 1940) (15) y que las admoniciones, ruegos o consejos no elevados por el de *cuius* al rango de normas de obligado acatamiento por los herederos no producen acciones viables en justicia en orden a su estricta ejecución ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o afectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio (S. de 24 de noviembre de 1958).

Y dentro de la regulación del testamento abierto notarial, los artículos 695 y 699 del Código Civil —ya antes de su reforma por Ley de 20 de diciembre de 1991— exigían expresamente la unidad de acto para practicar todas las formalidades del mismo. Como dice GIMÉNEZ ARNAU (16), frente a la libertad de forma contractual se opone un riguroso formalismo testamentario. Exigencia de la unidad de acto que, como dice LACRUZ (17) con cita de pertinente y reiterada jurisprudencia (SS del TS de 16 de noviembre de 1918, 1 de febrero de 1907, 28 de junio de 1909, 22 de enero de 1913 y 31 de mayo de 1961), había sido reducida por el Tribunal Supremo con un criterio justo y progresivo al otorgamiento propiamente dicho, de forma que para la unidad de acto no era preciso que la expresión de la voluntad del testador, su reducción a escrito y la lectura del instrumento se realizasen seguidamente, pudiendo dar antes el testador sus instrucciones al Notario y traer éste el testamento ya escrito, leyéndolo entonces ante el testador y los testigos (la jurisprudencia citada es anterior, obviamente, a la supresión del requisito obligado de los testigos) y firmando todos después de manifestar el testador ser aquella su última voluntad, y que el acto del otorgamiento

(15) Las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 y 24 de noviembre de 1958 aparecen recogidas en CASTÁN TOBÉNAS: *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. VI, vol. II, págs. 18 y 19, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1973.

(16) *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1976, pág. 698.

(17) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA, obras citadas, págs. 256-257 y 222-223.

comienza con la lectura del testamento redactado por el Notario, orientación jurisprudencial (iniciada por la S. del TS de 5 de junio de 1894 que, como señala también GIMÉNEZ ARNÁU (18) citando a FERNÁNDEZ CASADO, aceptó casi literalmente la conclusión al respecto de la Academia Matritense del Notariado) que ha sido recogida en la reforma del Código Civil por Ley 30/1991 de 20 de diciembre tras la cual el artículo 699 ya explicita que «el acto» comienza con la lectura del testamento prescribiendo que «todas las formalidades expresadas en esta Sección (Sección 5.^a del Capítulo I del Título III del Libro III, arts. 694 a 705, ambos inclusive) se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero». En el mismo sentido los artículos 697 y 698, también tras la reforma citada, se refieren al «acto del otorgamiento» y al «otorgamiento».

No se agota en los textos legales examinados —Compilación de Derecho Civil de Aragón y Código Civil— la argumentación demostrativa de la inexistencia de pretendidas partes expositiva y dispositiva dentro del testamento.

La propia legislación notarial —Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 reformado numerosas veces, la última de ellas por Real Decreto de 7 de mayo de 1993 y que es de carácter instrumental— confirman esta posición, y la confirman precisamente porque —pese al principio general establecido por el art. 1.217 del CC de que los documentos en que intervenga Notario público se registrarán por la legislación notarial y no cabe duda que el testamento abierto notarial es un instrumento público notarial— sus preceptos reguladores de los requisitos y formalidades del instrumento público y de las partes reglamentariamente diferenciadas dentro del mismo, que pudieran servir de base para justificar esa pretendida diferenciación, no son de aplicación al testamento por expresa disposición de la citada normativa notarial.

Así, con carácter general, la Ley Orgánica del Notariado al regular en su Título III el instrumento público, dispone en su artículo 29 que «lo dispuesto en los artículos que preceden relativo a la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la Ley o leyes especiales del caso» (se refiere ahora, habida cuenta de la época de su redacción, a la ley civil, es decir, Código Civil y/o Compilaciones o Derechos Forales).

Igualmente explícito, el Reglamento Notarial en el artículo 143 que

(18) Obra citada, pág. 699.

FERNÁNDEZ CASADO: *Tratado de Derecho Notarial*, vol. I, pág. 504.

encabeza su Título IV dedicado a regular las cuestiones relativas al instrumento público (naturaleza y efectos, requisitos, escrituras matrices y partes del instrumento público: comparecencia y capacidad, exposición, estipulación, testigos, fe de conocimiento, otorgamiento y autorización), después de reiterar en su párrafo primero que a los efectos del artículo 1.217 del Código Civil los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente Título, exceptúa de dicho régimen a los testamentos en su párrafo segundo al disponer que «los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos». Y en otros preceptos de su articulado reitera este principio, con referencia ya a aspectos concretos, así en sus artículos 153 sobre subsanación de errores materiales, 163 en materia de documentos de identidad, 180 en relación con el régimen de testigos y 189 sobre imposibilidad de subsanación de la falta de dación de fe de conocimiento por el Notario.

Consecuentemente y confirmando lo dispuesto con carácter general, los artículos dedicados en el R.N. a Exposición y Estipulación están referidos, de forma general, a instrumentos *inter vivos* como se desprende de su propia denominación y tenor: así, en la Exposición, se regula exclusivamente la forma de describir los inmuebles en los documentos sujetos a Registro y en general la descripción de los bienes y derechos sujetos a cualquier tipo de inscripción, la relación y datos de los títulos de adquisición del otorgante, los datos registrales y el estado de cargas y gravámenes de los inmuebles, y en la Estipulación o parte contractual (denominada así expresamente por el Reglamento «Estipulación o parte contractual», con lo que ya su propia denominación hace referencia a negocios jurídicos con acuerdo de voluntades) se regula la adecuación de la redacción a la voluntad de los otorgantes, la adhesión al negocio jurídico en momento distinto mediante Diligencia al efecto o escritura independiente, la determinación del precio o valor y la comunicación a ciertos organismos públicos de la autorización de determinados instrumentos.

Más aún: incluso si forzando —contra toda regla de interpretación normativa— el sentido del artículo 143 del Reglamento Notarial, pretendiéramos que su alusión a los preceptos de la legislación notarial como «norma supletoria de la legislación civil en materia de testamentos y actos de última voluntad» autoriza a entender que la distinción que efectúan sus preceptos entre Exposición (arts. 170 a 175) y Estipulación o parte contractual (arts. 176 a 179) pudiera trasladarse, supletoriamente, al testamento abierto notarial, tal razonamiento tampoco puede prevalecer pues se oponen a ello los siguientes argumentos:

1.º El propio tenor del contenido de los citados artículos del Reglamento Notarial tal como hemos visto precedentemente.

2.º La limitación al carácter supletorio de la normativa notarial respecto de la civil en materia de testamentos y actos de última voluntad que impone el propio artículo 143 del Reglamento Notarial que le atribuye tal carácter «cuando no implique modificación» de los preceptos de la legislación civil. No cabe duda que pretender introducir en el testamento algo de trascendencia tan fundamental como sería la distinción entre una parte expositiva y otra dispositiva con contenido propio y diferenciación de efectos hasta el punto de hacer depender de ella la validez de las disposiciones testamentarias por la vía de una aplicación supletoria de la normativa notarial (que independientemente de su carácter instrumental y no sustantivo tiene además un sentido completamente distinto del atribuido por la Sentencia) cuando el Código Civil para nada hace referencia a esa pretendida distinción de tan decisivos efectos, no supondría una aplicación de los preceptos instrumentales notariales «como norma supletoria de los preceptos de la legislación civil cuando no implique modificación de aquéllos» tal como exige para dicha aplicación el propio Reglamento Notarial sino una trascendental innovación legislativa que modificaría de forma sustancial la normativa sustantiva civil sobre el testamento y por tanto no cabe esa aplicación supletoria, mucho menos dado el carácter de la normativa notarial que es instrumental en el sentido de que articula la plasmación documental del acto o contrato conforme a la ley pero no es norma reguladora de la institución de que se trate. A mayor abundamiento el principio de jerarquía normativa consagrado por el artículo 9-3 de la Constitución Española impide que una norma de rango reglamentario como el Reglamento Notarial pueda modificar una norma con rango de ley como el Código Civil.

3.º Viene a ser complementario del anterior. La regulación de las formalidades del testamento abierto notarial en el Código Civil es tan completa que deja escasísimo margen a una aplicación supletoria no modificativa (tal como exige el art. 143 RN) de la normativa notarial.

Y así vemos cómo incluso las circunstancias que podemos denominar «generales» del documento público notarial recogidas en la normativa notarial y de aplicación con carácter general a los instrumentos públicos —por no venir específicamente reglamentadas en la norma sustantiva reguladora de cada institución y por la remisión general del art. 1.217 del CC— sí que vienen específicamente reguladas en los preceptos del Código Civil tratándose del testamento abierto notarial: tal sucede con los requisitos y circunstancias de la competencia territorial y personal del Notario (Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, dice el CC) expresión del lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento, expresión por el testador de su voluntad en forma oral o escrita y expresión de dicha voluntad en lengua

extranjera que el Notario desconozca y redacción del testamento en tal supuesto e intervención de intérprete, advertencia al otorgante del derecho a leer por sí el instrumento, dación de fe de conocimiento o de identificación del testador por el Notario y medios de identificación, dación de fe por el Notario de su conocimiento de los testigos en su caso, aseguramiento por el Notario de la capacidad legal del testador y requisitos específicos de capacidad del mismo, intervención de facultativos en el supuesto de incapacitado, casos en que procede la intervención de testigos y requisitos legales de idoneidad de los mismos, lectura del testamento por el Notario, manifestación por el testador de su conformidad con la redacción del testamento efectuada por el Notario, firma por el otorgante, Notario y testigos en su caso, forma de proceder cuando el testador no sabe o no puede firmar o aun pudiendo firmar, sea ciego o no sepa o no pueda leer y en este caso cuando además fuese sordo; circunstancias y requisitos que vienen regulados en los pertinentes artículos de la Ley Orgánica del Notariado (confróntese sus arts. 3, 8, 17, 19, 21, 23, 24, 25 y 27) y más explícita y pormenorizadamente del Reglamento Notarial dentro de su Título IV dedicado al instrumento público (ver sus arts. 116 a 119, 147 a 150, 156 a 163, 167, 176, 180 a 191, 193, 195 y 196), y que sin embargo no son de aplicación al testamento en su mayor parte por:

1.º La exclusión genérica de su aplicación a los testamentos y actos de última voluntad —salvo con carácter supletorio y no modificativo— prevenida por los artículos 29 LON y 143 RN.

2.º La exclusión específica de su aplicación para circunstancias concretas del testamento prevenida por los artículos 153 (subsanción de errores materiales, errores y defectos de forma), 163 (obligatoriedad de indicación de los documentos de identidad), 180 (intervención de testigos) y 189 (imposibilidad de subsanar la falta de dación de fe de conocimiento), todos del RN.

3.º Además de todo ello, porque vienen específicamente regulados por el Código Civil (confróntese sus arts. 662, 663, 666, 681 a 686, 694 a 698 por circunscribirnos sólo a los preceptos de carácter general y a los relativos al testamento abierto notarial, además con la sanción de nulidad que el art. 687 prevé para aquellos testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en el capítulo comprensivo de las mismas según las formas de los testamentos), e incluso contiene normas especiales de capacidad como la del incapacitado por virtud de sentencia que no se haya pronunciado sobre su capacidad para testar con la intervención de dos facultativos (art. 665) no recogidas en la normativa notarial sobre capacidad.

En realidad la normativa notarial tiene escaso juego como supletoria no

modificativa de la civil en materia testamentaria y apenas queda circunscrita a los siguientes extremos:

- La concreción de las reglas de competencia territorial del Notario (arts. 3 y 8 de la LON y 116 a 119 RN) y de su competencia personal (para no incurrir en incompatibilidad, arts. 27 LON y 139 RN).
- La indicación del número de orden en el Protocolo (arts. 17 y 33 LON y 285 RN).
- La expresión del nombre, apellidos, residencia y Colegio del Notario autorizante (arts. 24 LON y 156 RN).
- La ampliación de las circunstancias de lugar cuando el testamento se otorgue fuera de la población y la concreción de la forma de designación del testador y de sus circunstancias personales (arts. 156 a 162 RN) así como las circunstancias personales de los testigos (arts. 24 LON y 186 RN).
- Las peculiaridades del signo, firma, rúbrica y sello del Notario autorizante (arts. 17 y 19 LON y 36, 39, 66, 195 y 196 RN).
- La normativa sobre utilización del correspondiente papel timbrado y expresión de la numeración de todas las hojas o pliegos empleados así como la numeración correlativa de todas las hojas del Protocolo anual (art. 154 RN) y sobre márgenes y número de líneas de las planas y sílabas de las líneas (art. 155 RN), las normas sobre extensión del documento en caracteres legibles e indelebles y sobre forma de salvar raspados, tachaduras, adiciones, interlineados, etc. (art. 152 RN), reglas sobre utilización de abreviaturas, guarismos y espacios en blanco (arts. 25 LON y 151 RN).
- Las normas sobre remisión de datos de ciertos testamentos a determinados organismos públicos y/o benéficos cuando contengan disposiciones a favor de los mismos (art. 179 RN) y por supuesto la normativa sobre remisión de partes de testamentos a los Decanatos y al Registro General de Actos de Última Voluntad de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia (Anexo II del Reglamento Notarial).

En lo demás se aplica la legislación sustantiva, en el supuesto contemplado, el Código Civil por aplicación supletoria conforme al artículo 1.º-2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Y el Código Civil, al margen de la regulación de los requisitos, circunstancias y formalidades concretas de necesaria observancia en el otorgamiento del testamento so pena de nulidad del mismo tal y como dispone su artículo 687 y que acabamos de examinar, contempla y regula en el testamento abierto notarial la voluntad del testador debidamente manifestada

verbalmente o por escrito al Notario, que redacta el testamento con arreglo a ella, leyéndolo en alta voz en presencia del testador y de las demás personas que en su caso deban concurrir al acto para que aquél manifieste si está conforme con su voluntad y, si así es, lo firme, si puede, junto con las otras personas que en su caso deban concurrir, las cuales quedan enteradas de su contenido, como un todo unitario tal como se desprende del propio tenor de los artículos 658, 679 y 695 del Código Civil y subraya la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1915, citada por LACRUZ (19), cuando se refiere al «precepto concreto, imperativo y esencialísimo contenido en el artículo 695 del Código Civil de que una vez redactado será leído en alta voz el testamento para que el testador manifieste ser “en un todo” conforme a su voluntad».

En definitiva, ni en la legislación sustantiva —**Compilación y Código Civil**— ni en la normativa instrumental —**Ley Orgánica del Notariado y Reglamento Notarial**— ni en norma alguna del ordenamiento jurídico vigente, encontramos esa pretendida distinción dentro del testamento entre parte expositiva y dispositiva con diferenciación de contenido y efectos tal como afirma la Sentencia objeto de este comentario.

Sentada esta premisa fundamental, la redacción del testamento por parte del Notario **autorizante** obedece a lo prevenido por la normativa notarial con carácter general en cuanto a la forma de redacción de los instrumentos públicos —**siempre** con carácter supletorio y no modificativo de los preceptos civiles por tratarse de un testamento, según art. 143 del citado **Reglamento**— conforme a la cual dicha redacción ha de efectuarse conforme a las leyes (art. 1.º-b) RN), en estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma (art. 148 RN), elementales reglas perfectamente aplicables a toda clase de instrumentos públicos —**incluidos** testamentos por no modificar en absoluto precepto civil **alguno**— cuya observancia, dada su amplitud, no encorseta ni constriñe el estilo que caracteriza la redacción de cada Notario en particular sin perjuicio además de la evolución del lenguaje según circunstancias de tiempo y lugar si bien con una característica común: la sobriedad y claridad de expresión sin divagaciones retóricas, de lo que el testamento que motiva la Sentencia es prueba evidente.

Centrándonos en el testamento y aunque el momento presente es propicio para unificar hábitos y conductas en todos los órdenes, la práctica notarial testamentaria ha ofrecido y aún ofrece variados ejemplos en cuanto al orden en que se vierten las manifestaciones del testador. Es cierto que paulatinamente suele adoptarse un orden determinado que comenzando por

(19) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA, obras citadas, pág. 254.

las circunstancias personales y familiares del otorgante continúa con sus declaraciones-disposiciones sobre creencias religiosas, entierro y exequias (cada vez menos frecuentes por cierto) y termina generalmente con las disposiciones de carácter patrimonial y sólo en este sentido vulgar o coloquial puede hablarse de una parte «expositiva» y otra «dispositiva» pero sin mayor alcance, porque lo que en modo alguno puede hacer el Notario es contravenir flagrantemente la normativa civil testamentaria y documentar la manifestación de la voluntad del testador en partes diferenciadas con contenido y efectos propios y distintos.

De manera que en todo testamento, y por tanto en el que comentamos, sus efectos hubieran sido exactamente los mismos si inmediatamente después de la comparencia de la testadora con una simple y escueta referencia a sus datos personales y previa expresión del juicio de capacidad por el Notario se hubiera pasado ya —bajo la rúbrica de Disposiciones, Cláusulas, Términos, Otorga, Dice y Otorga, lo otorga en la forma siguiente, etc.—, a las circunstancias de nacimiento, filiación, estado civil, datos del cónyuge, hijos y descendientes, creencias religiosas y circunstancias de exequias y disposiciones patrimoniales, todo ello sin solución de continuidad, en cuyo caso —de seguir el criterio de la Sentencia— las disposiciones de la testadora hubieran surtido pleno efecto al estar formalmente incluidas en esa supuesta parte dispositiva diferenciada de la expositiva (parte expositiva que en la hipótesis contemplada hubiera estado reducida a los datos del nombre, apellidos y DNI de la testadora junto con el juicio de capacidad del Notario).

En definitiva, según el criterio de la Sentencia, se hace depender la validez de las disposiciones testamentarias de algo tan variable y accidental como el estilo (el simple estilo, no la «forma» que debe estar ajustada a la ley) de redacción del testamento por parte del Notario autorizante.

Obviamente no puede admitirse este criterio que, con independencia de no estar amparado sino contradicho por la legalidad vigente, conllevaría un grado tal de inseguridad jurídica para testadores, causahabientes y tráfico jurídico en general inimaginable en una sociedad avanzada y en un Estado de Derecho.

Es cierto que en la actual práctica notarial testamentaria aragonesa cuando se pretende excluir de la herencia a algún/os legitimarios sin mediación de persona capaz para heredar se utiliza todavía con cierta frecuencia uno de estos dos procedimientos: efectuar a favor de los mismos asignaciones patrimoniales simbólicas en metálico o nombrarlos precisamente para excluirlos (incluso con cita expresa en algunos casos del artículo 120 de la Compilación) (20).

(20) Este extremo, así como todos los relativos a la práctica notarial en general y testamentaria en particular, han sido debidamente contrastados por la autora de este

La Sentencia cita precisamente la práctica testamentaria (se entiende que notarial y así se alude a ella en uno de los supuestos) en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, como apoyo de su criterio de que el nombramiento o mención formal del legitimario puede hacerse por cualquiera de dichos dos procedimientos: atribución de cantidad simbólica o nombramiento o mención para excluirle expresamente, sin reparar que esa práctica la deriva de sentencias anteriores todas ellas al Apéndice Foral de 1925, y si bien alude luego a las épocas posteriores a la vigencia del Apéndice y de la Compilación, sigue haciendo referencia a esa «práctica» o «tendencia» aunque no cita ninguna sentencia como prueba de la misma. Ignora, o mejor, contradice, la evolución del sistema legitimario aragonés desde el Apéndice hasta la vigente Compilación según hemos visto en el punto 2 de este comentario.

¿Qué significado cabe atribuir a estos procedimientos de exclusión efectiva de legitimarios, no exigidos por la vigente Compilación?

Para responder a este interrogante es preciso situarse en la perspectiva de lo que constituye uno de los fundamentos esenciales de la institución y función notarial: articular un sistema cautelar de seguridad jurídica preventivo y disuasorio —en la medida de la posible— de litigiosidad (21). Esta finalidad configura la actuación del Notario que, en su actividad profesional, procura no sólo no dejar extremos dudosos sino incluso disuadir a eventuales contradictores de cualquier posibilidad de éxito en una futura controversia adelantándose a sus posibles razones impugnatorias, todo ello en cumplimiento de su función (arts. 1.º y 2.º del RN) y en respuesta —como dice GIMÉNEZ ARNAU (22)— a esa exigencia social de certidumbre y notoriedad de los actos jurídicos privados como medio de hacer posible la realización normal del Derecho.

No es extraño que, desde esa perspectiva, el Notario aconseje y utilice procedimientos o formas de actuación que van incluso más allá de lo legalmente exigido, precisamente con esa finalidad disuasoria de controversias, más aún en materia de testamentos a los que se considera instrumentos de especial trascendencia. Añádase a ello en ocasiones la inercia derivada de la utilización de fórmulas ajustadas a la legalidad del Apéndice, vigente hasta 1967 no lo olvidemos, y que se siguen empleando por algunos profesionales por razones diversas: el simple hábito, la certeza de que, aún sobrepasando las exigencias legales tampoco dañan, o en fin la ya citada de

comentario con Notarios en ejercicio del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, comprensivo de las tres provincias aragonesas.

(21) Una panorámica completa de este fundamento de la institución notarial puede verse en la obra de José Luis MEZQUITA DEL CACHO: *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*, Editorial Bosch, Barcelona, 1989.

(22) Obra citada, págs. 39, 40 y 58.

eliminar incluso la mera tentación de litigios. En este sentido y desde la perspectiva profesional su actitud es coherente. Y dígame otro tanto de los restantes profesionales del Derecho cuando asesoran a sus clientes en materia testamentaria.

Pero son cuestiones distintas: una cosa es la actuación del Notario como profesional y funcionario público obligado a proporcionar a quienes reclaman su ministerio la mayor seguridad jurídica posible, para cuya efectividad incluso puede excederse en formas y procedimientos precautorios y cautelares con finalidad disuasoria de litigiosidad, y otra distinta cuál sea la regulación legal de una institución, que no puede verse afectada por esa prudencia cautelar en cuanto excediere de la normativa aplicable.

De ahí que, como acotación marginal, pongamos de manifiesto las consecuencias negativas que va a traer consigo esta Sentencia para la configuración de la legítima formal aragonesa en la práctica testamentaria. Aun no estando de acuerdo con el criterio de la misma, la obligación de todo profesional del derecho en relación con sus clientes, y obviamente la del Notario no sólo como profesional sino como funcionario público en relación con quienes reclaman su ministerio, es la de proporcionarles la mayor seguridad jurídica posible y con el mínimo margen para una eventual controversia judicial. No pueden exponer a quienes depositan en ellos su confianza ni a sus causahabientes a la eventualidad de un contencioso.

En consecuencia, lo previsible a partir de esta Sentencia y mientras no exista Jurisprudencia en sentido contrario (e incluso aunque exista, pero hasta que la cuestión no sea totalmente «pacífica», lo que implica un lapso de tiempo previsiblemente largo, a no ser que antes exista una modificación legislativa que clarifique definitivamente el tema), es que, tanto los demás profesionales del Derecho al asesorar a sus clientes, como los Notarios en su función de asesoramiento a los testadores y redacción de los testamentos, ajusten el nombramiento o mención de aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar a los que el testador quiera excluir de su herencia, al criterio mantenido por la Sentencia a que se refiere este comentario, criterio antes transcrito, contenido en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto y consistente, optativamente, en efectuar una atribución patrimonial simbólica o en excluir expresamente de la herencia al descendiente de que se trate. Y como de los dos procedimientos, el de más sencilla redacción y divulgación, e incluso el más «expresivo», por decirlo coloquialmente, es el de la atribución patrimonial simbólica, ya que el del nombramiento o mención del descendiente para su expresa exclusión de la herencia y además en esa sedicente parte dispositiva a la que se refiere la sentencia implica una redacción técnicamente más delicada y por ende de «menor seguridad», no resulta aventurado presumir que, de hecho, en la práctica testamentaria, podemos volver con más fuerza a la época de «los

diez sueldos jaqueses», si bien en versión pesetas (o quizá pronto en Ecus), en definitiva al sistema anterior al Apéndice de 1925, cuando según lo visto anteriormente, dicho sistema fue totalmente superado por la Compilación vigente, siguiendo el criterio en este punto del Anteproyecto de 1965. Práctica testamentaria que, a su vez, servirá en un auténtico círculo vicioso, para reforzar el criterio, a nuestro juicio equivocado, mantenido en esta Sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Pero retomada la línea de argumentación, acreditada tanto la inexistencia de distinción entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento en el sentido que le atribuye la Sala, como la unidad de acto temporal y documental del mismo, entendemos que decae también la argumentación de la Sala de exigencia de la mención de los legitimarios a quienes se quiera excluir de la herencia en la parte dispositiva, con el argumento de que «lo que debe tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquéllos». La unidad de acto documental del testamento, sin distinciones de partes de contenido y efectos propios y distintos, y con nombramiento expreso por sus nombres y apellidos de sus cuatro hijos, impide alegar olvido por parte de la testadora de alguno o alguno de ellos por la mera circunstancia de que la cláusula de institución hereditaria se encuentre físicamente unas líneas más abajo del específico nombramiento de los cuatro hijos, o por la circunstancia de que, por simple estilo de redacción del Notario autorizante, se encuentre ubicado el nombramiento de los cuatro hijos en un lugar del testamento anterior a las denominadas disposiciones, y la cláusula de institución hereditaria entre esas denominadas disposiciones. Existiendo unidad de acto documental, el nombramiento de los hijos con sus nombres y apellidos, cualquiera que sea el lugar en que se ubique —entre los datos personales, en los de ampliación de filiación y circunstancias familiares, en manifestaciones en general o incluidos en las denominadas cláusulas, disposiciones, etc.—, impide alegar que la testadora ha podido olvidar a alguno de ellos al efectuar la institución de heredero.

Concurre además en este supuesto de hecho concreto una circunstancia —que recoge y valora debidamente la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia— que se aviene mal con el presumible o presunto olvido de algún legitimario en que pudiera haber incurrido la testadora según el criterio de la Sala. En efecto, la testadora, al otorgar el testamento objeto de la *litis*, revocaba su anterior testamento otorgado mancomunadamente con su esposo y en el cual ambos cónyuges instituían herederos por partes iguales a sus cuatro hijos. Parece razonable inferir, que si la voluntad de la testadora no hubiese cambiado y continuase siendo que sus cuatro hijos fueran herederos por partes iguales, no habría otorgado otro testamento pues con el mancomunado vigente estaba cumplida esa voluntad. Si otorgó otro testamento,

expresamente revocatorio del anterior —que además recuerda expresamente con sus datos de lugar, fecha, Notario autorizante y número de protocolo—, lo razonable es inferir que su voluntad había cambiado.

Y con independencia de todo cuanto antecede, ya hemos visto anteriormente en el apartado 3 de este comentario que la Compilación sólo exige que el testador conozca —y así lo acredite nombrándolos o mencionándolos en el testamento— la existencia de esos legitimarios sin mediación de persona capaz para heredar para que, instituyendo herederos sólo a alguno o algunos de ellos, no exista preterición, y ese conocimiento acreditado es una manifestación de ciencia o conocimiento; la declaración de voluntad de excluirlos de la herencia viene explícitamente establecida por el hecho de no asignarles ninguna atribución patrimonial a pesar de que se conoce perfectamente la existencia de los mismos, pues se les ha nombrado o mencionado «en el testamento que los excluye» y no en una supuesta parte del mismo por lo demás inexistente. Y en el supuesto contemplado, la testadora los nombra con sus respectivos nombres y apellidos en el testamento.

C) CONCLUSIONES

Examinados y analizados los distintos argumentos que configuran la fundamentación de la Sentencia, nuestra opinión sobre la misma ha de ser decididamente desfavorable. En síntesis, y como conclusiones de este comentario, podemos consignar las siguientes.

PRIMERA.—La sentencia significa un retroceso en la evolución histórica del sistema legitimario aragonés que, desde la Compilación de 8 de abril de 1967, sólo exige en su artículo 120 el nombramiento o mención en el testamento del descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, sin necesidad de referencia patrimonial alguna, para cumplir con el precepto de la legítima formal y evitar la preterición. Este criterio de la vigente Compilación, deriva literalmente del Anteproyecto de 1965, apartándose precisamente del criterio contrario, contenido en los Anteproyectos de 1961, 1962 y 1963, que sí exigían expresa referencia patrimonial. Es decir, la Sentencia hace suyo justamente el criterio que no prevaleció en la vigente Compilación, y lo establece claramente en sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, último párrafo, en los que señala cuáles son los dos sistemas, según su criterio, para evitar la preterición: la atribución de una cantidad simbólica al legitimario o la exclusión expresa del mismo en la herencia.

SEGUNDA.—Es consecuencia de la anterior. La resolución judicial comentada contraviene lo dispuesto en el artículo 120 de la vigente Com-

pilación, por declarar necesaria para evitar la preterición, una formalidad en el nombramiento o mención prevenido por dicho artículo 120, que no sólo no la exige, sino cuya redacción responde precisamente al criterio contrario, según su tenor y los precedentes citados. En consecuencia, declara la existencia de una preterición sin que concurran los presupuestos legalmente exigidos para ello.

TERCERA.—Incurre en contradicciones con sus propios pronunciamientos e incluso contiene citas materialmente erróneas de los preceptos de la Compilación.

Así, después de declarar inaplicable al caso de autos el artículo 122 de la Compilación, regulador de la preterición total, y declarar procedente la aplicación del artículo 123, regulador de la preterición singular, aplica precisamente la normativa del artículo 122 en la atribución de participaciones del caudal hereditario, y no sólo eso, sino que aplica el número 1.º de dicho artículo, relativo a la preterición total intencional, es decir, conociendo el testador la existencia de todos los legitimarios al tiempo de otorgar el testamento, cuando anteriormente justifica su exigencia de incluir la mención o nombramiento del legitimario en una supuesta parte dispositiva del testamento, precisamente para evitar un posible olvido de algún legitimario por parte del testador.

E incluso contiene citas de preceptos de la Compilación que son materialmente erróneas, sin que quepa alegar que se trata de citas por integración interpretativa de preceptos. Las encontramos en el fundamento de Derecho Cuarto en relación con la definición de preterición y el artículo 122; en el Fundamento de Derecho Sexto en relación con el caudal que constituye lo que la sentencia denomina herencia colectiva (legítima material colectiva) y el artículo 119.

CUARTA.—Hace depender la existencia de la preterición, de la inclusión de la mención del legitimario en una u otra de unas supuestas partes expositiva y dispositiva del testamento, con distintos y cualificados contenido y efectos, supuesta distinción que, en realidad, sólo depende del estilo de redacción del Notario autorizante, sin mayor trascendencia, pues no está amparada, sino todo lo contrario, por precepto alguno del ordenamiento jurídico vigente.

QUINTA.—Es previsible que, en el ámbito de la práctica testamentaria, provoque un retorno al sistema de las atribuciones patrimoniales simbólicas, por razones de facilidad y seguridad, perpetuando de hecho un sistema ya superado por la vigente Compilación.

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA
Profesora Asociada de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza