

Patricia Represa Polo
Juan Pablo Murga Fernández
(Directores)

La protección del cónyuge viudo

DERECHO DE SUCESIONES

Legatarios

Otros...



Herederos

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

Directores

M^a Patricia Represa Polo

Juan Pablo Murga Fernández

Colección: **Derecho de Sucesiones**

Directora:

María Teresa Álvarez Moreno

Catedrática de Derecho Civil de la UCM

Consejo Asesor de la colección:

Cristina de Amunátegui Rodríguez
*Catedrática de Derecho Civil
de la UCM*

Sergio Cámara Lapuente
*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de la Rioja*

Silvia Díaz Alabart
*Catedrática emérita de Derecho
Civil de la UCM*

Andrés Domínguez Luelmo
*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Valladolid*

Gorka Galicia Aizpurua
*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad del País Vasco*

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez
Notario

Patricia Represa Polo
*Profesora de Derecho Civil
de la UCM*

Antoni Vaquer Aloy
*Catedrático de Derecho Civil
de la Universitat de Lleida*

Este libro es resultado del Proyecto PID2022-139281NB-I00 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (MICIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE), titulado: «Desafíos actuales del derecho de sucesiones (II): reformas inminentes y cuestiones pendientes», dirigido por Álvarez Moreno y Represa Polo.

Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducire, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87867-72-0

Depósito legal: B 22561-2025

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Safekat

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL	19
<i>Silvia Díaz Alabart</i>	
ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.	43
<i>M^a Patricia Represa Polo</i>	
LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN LOS ESTADOS UNIDOS: <i>COMMUNITY PROPERTY</i> Y <i>ELECTIVE SHARE</i>	71
<i>Sally Brown Richardson</i>	
LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL DERECHO PORTUGUÉS A TRAVÉS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO	81
<i>Rute Teixeira Pedro</i>	
INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE PROTEGEN AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE (MÁS ALLÁ DE LA CAUTELA <i>SOCINI</i> Y LA FIDUCIA SUCESORIA)	101
<i>Ana Díaz Martínez</i>	
DESIGUALES EFECTOS EN EL TRATAMIENTO DE LA SUCESIÓN DE PAREJAS NO CASADAS	139
<i>Cristina De Amunátegui Rodríguez</i>	
LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO. PROTECCIÓN TESTAMENTARIA DEL CÓNYUGE VIUDO. LA CAUTELA SOCINI Y OTRAS DISPOSICIONES A FAVOR DE CÓNYUGE VIUDO.	181
<i>Antonio Domínguez Mena</i>	

EL CÓNYUGE COMISARIO VASCO DESDE EL PRISMA DEL <i>TRUST</i> ANGLOSAJÓN. UN PARADIGMA DE PROTECCIÓN SUCESORIA	209
<i>Maitena Arakistain Arriola</i>	
EL CONTRATO DE ALIMENTOS PARA PROTEGER AL CÓNYUGE O A LA PAREJA: CONTRATO DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES Y CONTRATO DE ALIMENTOS A FAVOR DEL CÓNYUGE	245
<i>Manuel Espejo Lerdo de Tejada</i>	
EL BENEFICIARIO DEL SEGURO DE VIDA Y LOS LEGITIMARIOS: UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 88 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO . . .	275
<i>Valerio Pérez de Madrid Carreras</i>	
ALTERACIÓN <i>EX LEGE</i> DEL ORDEN DE LLAMAMIENTOS EN LA SUCESION INTESTADA EN FAVOR DEL CONYUGE VIUDO EN CATALUÑA.	289
<i>Esther Arroyo Amayuelas</i>	
EL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN <i>MORTIS CAUSA</i>. UNA PERSPECTIVA DE FUTURO	303
<i>Isabel González Pacanowska</i>	
PACTOS SUCESORIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO NOTAS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA ENTRE LOS SIGLOS XIX Y XX	339
<i>Marianna Pignata</i>	
EL ESTATUTO PATRIMONIAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DEL ART. 9.8 <i>IN FINE</i> CC A LA NECESIDAD DE COORDINACIÓN ENTRE LOS REGLAMENTOS 650/2012 Y 2016/1103	353
<i>Antonio Jesús Calzado Llamas</i>	
LA DESPROTECCIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN LAS PAREJAS DE HECHO	377
<i>Luis Corpas Pastor</i>	
LEY APLICABLE A SITUACIONES SUCESORIAS INTRAEUROPEAS CON ARREGLO AL REGLAMENTO (UE) 650/2012: EL ESTATUS DEL CÓNYUGE VIUDO	395
<i>David Carrizo Aguado</i>	
«LA COMPENSACIÓN POR DEDICACIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN»	423
<i>Rebeca Fariña Fariña</i>	
LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO. ARISTAS DEL ARTÍCULO 821 CC	443
<i>De Oyarguren Campos, M. / Patuel Pardo, M.</i>	

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SEPARADO EN LA SUCESIÓN CAUSADA POR SU CONSORTE	459
<i>Macarena Diéguez Morán</i>	
LEGADO A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO Y LEGÍTIMA EN USUFRUCTO	475
<i>Marta Gómez López</i>	

PRESENTACIÓN

La presente obra recoge los resultados del Congreso internacional «La protección del cónyuge viudo», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 20 y 21 de febrero de 2025. Constituyó una actividad organizada conjuntamente por dos proyectos de investigación centrados en el estudio del Derecho de sucesiones: «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones»¹ y «Desafíos actuales del Derecho de sucesiones (II): reformas inminentes y cuestiones pendientes»² (PID 2022.139281PNB-100); con la colaboración de la Cátedra Extraordinaria de Derecho Privado Antonio Rodríguez Adrados y la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones.

La temática afrontada es de particular interés y actualidad: la protección del cónyuge viudo desde la óptica del Derecho de sucesiones y también del Derecho de familia. Se trata de una visión de conjunto que reviste especial complejidad y que es muy necesaria para completar una evaluación atinada de la posición que ostenta el cónyuge supérstite. En efecto, por lo que respecta a la conexión entre el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorios, tal y como destacaba VALLET, profundizando en la realidad y olvidándonos por un instante de los esquemas mentales que empleamos para clasificar las instituciones jurídicas, se observa una correlatividad tal que a mayores derechos viuales derivados del régimen económico matrimonial suelen corresponder menores derechos sucesorios propiamente dichos, y viceversa³. En tiempos en los que corren vientos de reforma en el ámbito sucesorio con ocasión de la conocida Orden de 4 de febre-

1. PID2020-118111GB-I00, cuyos investigadores principales son los Profesores Juan Pablo Murga Fernández y Manuel Espejo Lerdo de Tejada, de la Universidad de Sevilla.

2. PID 2022.139281PNB-100, cuyos investigadores principales son las Profesoras Patricia Represa Polo y María Teresa Álvarez Moreno, de la Universidad Complutense de Madrid.

3. VALLET DE GOYTISOLO, J, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p.150.

ro de 2019 del Ministerio de Justicia⁴, esta visión de conjunto en las propuestas que puedan plantearse resulta ineludible.

Sobre estas bases, la presente obra consta de un total de veinte contribuciones sobre temas variados en clave no solo española (sobre Derecho civil común y los Derechos civiles autonómicos —País Vasco y Cataluña—), sino también extranjera con aportaciones sobre Derecho portugués, italiano y estadounidense.

El primer trabajo tiene por objeto «la protección legal del cónyuge viudo en el Derecho de sucesiones del Código Civil», a cargo de la Profesora SILVIA DÍAZ ALABART, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. Tras unas interesantes reflexiones sobre el sentido de la protección del cónyuge viudo en la actualidad, donde se destaca la necesidad de ofrecer medidas que funcionen de forma automática (o al menos como regla general) —más allá de lo que pueda establecerse por testamento— para instrumentar una protección adecuada al cónyuge viudo. Se analiza exhaustivamente la fiducia sucesoria del art. 831 CC con la que, si bien no es posible lograr una ventaja puramente económica para el cónyuge supérstite, aunque sí un beneficio socio-moral, toda vez que puede lograr que «su posición de autoridad y respeto dentro de la familia no se vea menoscabada por la muerte de su cónyuge». Asimismo, se estudian las reglas específicas relativas a la vivienda familiar, diferenciando entre la vivienda alquilada y la vivienda en propiedad. En este último supuesto, se examina el derecho de atribución preferente del viudo sobre la vivienda ganancial (arts. 1406 y 1407 CC), que le permite solicitar su inclusión en su haber o la constitución de un derecho de uso, siendo un derecho a petición del superviviente. También se aborda el legado legal de derecho de habitación del art. 822 CC a favor de legitimarios con discapacidad. Finalmente, se detalla el derecho de predetracción del ajuar familiar del art. 1321 CC, un derecho imperativo, automático e inembargable que se detrae de la herencia sin computarse en el haber del viudo, extendiéndose su aplicabilidad a las parejas de hecho.

La siguiente contribución corre a cargo de la Profesora PATRICIA REPRESA POLO, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid y tiene por objeto el estudio de la «Atribución preferencial de la vivienda habitual en la liquidación de la sociedad de gananciales». Se analizan los presupuestos para el ejercicio de esta facultad reconocida en el art. 1406.4 CC y se evalúa si en su configuración actual cumple eficazmente la finalidad protectora del cónyuge viudo en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. El principal obstáculo para el cónyuge viudo que desee ejercer el derecho de atribución preferente del artículo 1406.4 CC reside en la obligación de abonar la compensación por el exceso de adjudicación en los casos en que el valor del

4. Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar, accesible en el siguiente enlace:

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden de 4 de febrero de 2019 por la que se encomienda a la seccion de derecho civil de la comisio.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden%20de%204%20de%20febrero%20de%202019%20por%20la%20que%20se%20encomienda%20a%20la%20seccion%20de%20derecho%20civil%20de%20la%20comisio.PDF) (fecha de consulta: 20 de octubre de 2025).

inmueble sea superior a su cuota de gananciales. Esta realidad puede ser especialmente gravosa en edades avanzadas cuando no es infrecuente contar con ingresos limitados y la posibilidad de obtención de financiación externa es ciertamente reducida («o implican un sobre coste elevado por el aumento de los seguros»). También se estudia la posibilidad de atribuirse un derecho de uso o habitación en lugar de la plena propiedad (art. 1407 CC), una alternativa que genera nuevas complejidades relativas a su contenido y a su posible carácter antieconómico. Un punto central del estudio es el conflicto que puede surgir entre el derecho del viudo y el legado de habitación a favor de un legitimario con discapacidad que conviviera en el hogar (art. 822 CC), cuyas soluciones varían en función de que la atribución se haga en propiedad, o mediante un derecho de uso o habitación.

La tercera contribución centra su atención en el sistema estadounidense, en particular «las medidas de protección del cónyuge supérstite: la *community property* y la *elective share*». Su autora es SALLY BROWN RICHARDSON, A.D. Freeman Professor of Civil de la Universidad de Tulane. Se trata de un modelo de gran interés en la deriva reformista que planea sobre el sistema legitimario del Código Civil (con ocasión de la ya referida Orden de 4 de febrero de 2019 del Ministerio de Justicia), toda vez que EEUU constituye el paradigma de los sistemas de plena libertad de testar a nivel comparado. En este contexto, la práctica desprotección que caracteriza a los descendientes contrasta con la protección que la generalidad de los Estados confiere al cónyuge viudo. El grado de protección varía en función de dos factores importantes: si el cónyuge fallecido murió habiendo testado o sin haber testado; si los cónyuges tenían su domicilio en una jurisdicción con régimen de comunidad de bienes (*community property*) o con régimen de separación de bienes (*separate property*). En los Estados (Luisiana, Texas, Nuevo México, Arizona, California, Nevada, Washington, Idaho y Wisconsin) que acogen el régimen de *community property*, la protección viene dada precisamente a través del Derecho de familia: el cónyuge viudo es titular de los bienes adquiridos de forma onerosa durante el matrimonio desde el momento de su adquisición. Los restantes cuarenta y un Estados se adhieren a un sistema de separación de bienes donde cada cónyuge es propietario individual de los bienes que estén a su nombre. Aquí, en la práctica totalidad de los Estados, la protección del cónyuge viudo sí se proporciona a través del Derecho de sucesiones mediante la figura de la «*elective share*», por la que se permite al cónyuge supérstite elegir entre aceptar lo dispuesto en el testamento del cónyuge fallecido, o reclamar una porción de la herencia (de cuantía variable) garantizada por ley. Finalmente, también se analiza la solución ofrecida por las reglas sobre sucesión intestada en la generalidad de los Estados, donde se contempla como primer llamado precisamente al cónyuge viudo.

El siguiente trabajo plantea el análisis de la protección del cónyuge viudo en Portugal, a cargo de la Profesora RUTE TEIXEIRA PEDRO, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Oporto. El Derecho portugués configura la protección del cónyuge supérstite a través de un sistema de «geometría variable», donde el nivel de protección ofrecido por el Derecho de sucesiones no es fijo, sino que depende

directamente del régimen matrimonial que rija el matrimonio. En el régimen de comunión la protección es máxima, pues se combina el derecho a la mitad del patrimonio común (*meação*) con la condición de heredero forzoso. En el régimen de separación, aunque desde la óptica del derecho de familia la protección del cónyuge sea mínima (al no existir un patrimonio común), en el plano sucesorio goza de la misma y robusta protección que en el régimen de comunión: es heredero forzoso con una posición privilegiada. No obstante, en el régimen de separación, desde la reforma operada por la Ley 48/2018, del 14 de agosto, los cónyuges pueden celebrar un pacto sucesorio de renuncia recíproca a la cualidad de heredero forzoso. Incluso tras la renuncia, el cónyuge supérstite no queda desprotegido, ya que la ley le concede automáticamente unos legados legales específicos.

El quinto capítulo, del que es autora la Profesora ANA DÍAZ MARTÍNEZ, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela, centra su atención en «la interpretación de las disposiciones testamentarias que buscan proteger al cónyuge supérstite (más allá de figuras habituales como la *cautela socini* o la fiducia sucesoria)». El estudio se estructura en torno a los principales problemas interpretativos que plantean distintas cláusulas: 1º) Las relacionadas con la liquidación del régimen económico: se analiza la necesidad de coordinar el testamento con el régimen matrimonial, destacando la importancia de los pactos conyugales sobre la futura liquidación de gananciales como elemento para interpretar la voluntad del causante. 2º) Las vinculadas a la condición del viudo como sucesor. A este respecto el eje central es la dificultad interpretativa que plantea la determinación de la verdadera voluntad del testador respecto al papel que desea atribuir al supérstite: si como heredero, legatario o simplemente titular de su legítima viudal en usufructo. De esta calificación derivan consecuencias importantes, como su inclusión o no en la comunidad hereditaria, su capacidad para intervenir en la partición de bienes o su eventual responsabilidad frente a las deudas del causante. 3º) La imposición de cargas a otros sucesores: se examinan las prohibiciones de disponer, la prohibición testamentaria de dividir ciertos bienes (o la herencia en su conjunto) y las obligaciones de cuidado impuestas a otros herederos, cuya interpretación debe guiarse por la finalidad protectora que persiguió el testador. 4º) Las disposiciones sobre la partición: finalmente, se considera el uso de normas particionales en el testamento para orientar la división del caudal en beneficio del cónyuge.

A continuación, la Profesora CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, estudia «los desiguales efectos en el tratamiento de la sucesión de parejas no casadas». Se contrasta la total desprotección sucesoria ofrecida a las parejas no casadas en el ámbito del Código Civil con las diversas regulaciones de las Comunidades Autónomas con competencia civil. Mientras algunas regulaciones autonómicas equiparan al conviviente con el cónyuge, reconociéndole la condición de legitimario y heredero intestado, el Derecho civil común le niega toda protección: carece de legítima, no es sucesor abintestato y tampoco ostenta protección alguna sobre la vivienda familiar. Ante este vacío, los tribunales han rechazado la analogía con el matrimonio y recurren de forma inconsistente a la doctrina del enriquecimiento sin

causa. Desde esta perspectiva, la única vía de protección efectiva para estas parejas sigue siendo la planificación voluntaria a través de testamentos o pactos.

ANTONIO DOMÍNGUEZ MENA, Notario de Madrid, por su parte, analiza «la protección testamentaria del cónyuge viudo, en particular, la *cautela socini* y otras disposiciones a favor del cónyuge viudo». Se aborda desde una perspectiva eminentemente práctica y crítica la protección testamentaria del cónyuge viudo frente al rígido (a decir del autor) sistema de legítimas del Código Civil. Se describe esta rigidez como un «semáforo legitimario» que limita la libertad del testador a un solo tercio de su herencia, dejando al viudo en una posición vulnerable frente a los derechos «inmerecidos y excesivos» de los herederos forzosos, a menudo sus propios hijos. El principal problema que se plantea es cómo superar esta limitación legal. La solución fundamental que se analiza es el uso de las cautelas de opción compensatoria, popularmente conocidas como *cautela socini*. También se exploran otras disposiciones testamentarias y los problemas que suscitan; en particular: el usufructo universal con facultad de disponer, el legado de la facultad de disponer, así como el pago de la legítima en nuda propiedad.

La siguiente contribución centra su atención en la figura del «cónyuge comisario vasco desde el prisma del trust anglosajón como paradigma de protección sucesoria». Su autora es la Profesora MAITENA ARAKISTAIN ARRIOLA, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco. El problema principal que se identifica es el desequilibrio actual de la figura vasca: históricamente servía para preservar la «casa familiar», pero hoy se usa para «blindar» al viudo, otorgándole un poder casi ilimitado (administración vitalicia, usufructo y facultades de disposición) sin mecanismos de control eficaces. Esto deja a los futuros herederos en una posición de desprotección, con una «mera expectativa». Como solución, se propone mirar la experiencia del *trust* anglosajón, que equilibra el poder del fiduciario con deberes estrictos, y sugiere incorporar figuras similares como un co-comisario o supervisores para recalibrar el sistema vasco.

El Profesor MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, por su parte, realiza un interesante análisis del «contrato de alimentos para proteger al cónyuge o a la pareja (contrato de alimentos entre cónyuges y contrato de alimentos a favor del cónyuge)». Tras plantear la validez de dos figuras —el contrato entre cónyuges y el contrato a favor del cónyuge con un tercero—, se analiza en primer lugar el contrato de alimentos entre los propios cónyuges o miembros de la pareja. Se aborda su principal objeción doctrinal: la duplicidad de la obligación de alimentos, que ya existe por imperativo legal en el matrimonio (arts. 67 y 68 CC). A continuación, se estudia la desproporción entre las prestaciones como el factor más relevante en las impugnaciones por fraude en sede jurisprudencial. Se subraya el carácter aleatorio del contrato, que no exige una equivalencia estricta, pero se advierte que un desequilibrio absoluto puede ser fraudulento. Finalmente, para reducir la viabilidad de futuras impugnaciones, se sugieren medidas preventivas como obtener el consentimiento de todos los herederos forzosos al celebrar el contrato, o coordinarlo con disposiciones testamentarias que refuercen la posición del beneficiario, como las facultades del art. 831 CC.

El décimo capítulo «El beneficiario del seguro de vida y los legitimarios: una nueva interpretación del artículo 88 de la Ley del contrato de seguro», ha sido elaborado por el notario VALERIO PÉREZ DE MADRID CARRERAS. El autor propone una nueva interpretación del art. 88 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), superando su tenor literal a partir de la distinción fundamental entre el seguro de vida «tradicional» y el seguro de vida «inversión». Respecto al seguro de vida «tradicional», concebido como un instrumento de previsión familiar, se sostiene que el valor de las primas nunca debe computarse para el cálculo de la legítima ni reembolsarse a la sociedad de gananciales. En cambio, para el seguro de vida «inversión», que califica como un producto financiero, se defiende que lo que debe computarse para el cálculo de la legítima no son las primas, sino el capital o valor de los activos que el beneficiario recibe, al ser esta la verdadera donación indirecta. Asimismo, esta atribución debe imputarse a los tercios de mejora y libre disposición, y no a la legítima estricta, al entender que su uso evidencia una voluntad expresa de mejorar al beneficiario. Por la misma razón, considera que no procede la colación. Finalmente, se analiza el testamento como instrumento de coordinación limitada, rechazando la figura del «legado de seguro de vida» por ser un legado de cosa ajena (proponiendo que se interprete como una designación de beneficiario) y destacando su utilidad para aclarar la designación en supuestos de crisis matrimonial o uniones de hecho.

El siguiente capítulo se ocupa del análisis de la «Alteración *ex lege* del orden de llamamientos en la sucesión intestada en favor del cónyuge viudo en Cataluña», a cargo de la Profesora ESTHER ARROYO AMAYUELAS, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. Tras explicar el principio general de sucesión por grados y órdenes (*successio graduum et ordinum*) en el Derecho catalán, se analiza la excepción introducida en el nuevo art. 442-2.2 del CCCat, según la cual, si todos los hijos repudian la herencia intestada, esta se defiende directamente al progenitor común superviviente y no a los descendientes de grado ulterior (nietos). Asimismo, se examina el mecanismo del derecho de representación, destacando que no opera en caso de repudiación, por lo que, sin esta norma especial, los nietos serían llamados por derecho propio. También se aborda cómo la nueva norma configura la delación al cónyuge como un efecto directo *ex lege* de la repudiación de los hijos, convirtiendo la renuncia en pura y no traslativa, evitando así la calificación de aceptación tácita y sus consecuencias fiscales negativas. Finalmente, se detalla la utilidad de la norma, que resulta de utilidad en patrimonios de subsistencia, permitiendo al viudo o conviviente adquirir el pleno dominio y evitando la incómoda concurrencia con los hijos como nudos propietarios.

El trabajo de la Profesora ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, lleva por título «El cónyuge viudo en la sucesión mortis causa. Una perspectiva de futuro». Se trata de una voz doctrinal muy autorizada, toda vez que es Vocal Permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación e integrante de uno de los grupos de trabajo sobre el estudio de la propuesta de reforma en materia de legítimas. Se ofrece un análisis crítico de la Orden Ministerial de 4 de febrero de 2019, subrayando que «no

es compartible la idea de que la importancia de la historia, la tradición y la cultura deba colocarse en un segundo plano en este terreno por razón de esos problemas jurídicos comunes». Se insiste, además, por lo que respecta al viudo, que el análisis de su posición sucesoria debe hacerse con especial cuidado, ponderando diversos elementos adicionales entre los que destaca lo que resulte de la liquidación del régimen económico matrimonial. Se hacen propuestas específicas acerca de la legítima del cónyuge viudo, transformando su naturaleza a una *pars valoris*, es decir, un derecho a un valor patrimonial que le otorgue mayor flexibilidad y protección económica real. Asimismo, se analiza el legado voluntario de usufructo universal, proponiendo su validación legal como forma de pago de la legítima y que el gravamen que impone a los descendientes comunes no vulnere la intangibilidad cualitativa, eliminando la necesidad de la *cautela socini* en estos casos. Finalmente, otro tema muy destacado (con múltiples interrogantes) es la continuidad en el uso de la vivienda familiar y las formas de articularla (como derecho habitación, o usufructo, por ejemplo).

La sección de ponencias de la obra culmina con la contribución de la Profesora MARIANNA PIGNATA, Profesora Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Campania Luigi Vanvitelli, sobre «Pactos sucesorios en el ordenamiento jurídico italiano. Notas para una reconstrucción histórico-jurídica entre los siglos XIX y XX». Tras un recorrido histórico, se cuestiona la prohibición de los pactos sucesorios (art. 458 del Código Civil italiano) como un dogma absoluto e inmutable derivado del Derecho romano. Se analiza el origen de la prohibición, matizando su raíz romanista al señalar que en Roma no existía una prohibición general, sino nulidades específicas junto a figuras contractuales *mortis causa*. La autora sitúa el origen de la prohibición moderna en el Código Civil francés, que la consolidó como un principio de orden público para proteger la libertad testamentaria. Este modelo fue adoptado por el Código Civil italiano de 1865, que, si bien se inspiró en el francés, lo hizo con un enfoque individualista para garantizar la libertad del propietario. Posteriormente, el Código de 1942 mantuvo la prohibición, pero reorientó su fundamento hacia la protección del modelo familiar autoritario y patriarcal. Asimismo, se examinan las críticas doctrinales que surgieron al considerarse la prohibición un obstáculo para la planificación sucesoria, especialmente en la empresa familiar, una tensión resuelta solo parcialmente con la introducción del «pacto familiar» de 2006.

La obra culmina con siete contribuciones que recogen los resultados de distintas comunicaciones defendidas en el Congreso internacional del que trae causa esta obra sobre temas muy interesantes: «El estatuto patrimonial del cónyuge viudo en Derecho internacional privado. Del art. 9.8 *in fine* CC a la necesidad de coordinación entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103», realizado por ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS de la Universidad de Sevilla; «La desprotección sucesoria del conviviente supérstite en las parejas de hecho», elaborado por LUIS CORPAS PASTOR de la Universidad de Málaga; «Ley aplicable a situaciones sucesorias intraeuropeas con arreglo al Reglamento (UE) 650/2012: el estatus del cónyuge viudo», a cargo de DAVID CARRIZO AGUADO de la Universidad de León; «La compensación por dedicación al trabajo doméstico como mecanismo de protec-

ción del cónyuge viudo en el Derecho Civil catalán», elaborado por REBECA FARIÑA FARIÑA; «La protección del cónyuge viudo. Aristas del artículo 821 CC», a cargo de DE OYARGUREN CAMPOS y PATUEL PARDO; «La protección del cónyuge separado en la sucesión causada por su consorte», a cargo de MACARENA DIÉGUEZ MORÁN, de la Universidad de Sevilla; y el «Legado a favor del cónyuge viudo y legítima en usufructo», elaborado por MARTA GÓMEZ LÓPEZ de la Universidad de Valladolid.

Los directores

LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho Civil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.1. ÁMBITO AL QUE SE CIRCUNSCRIBE ESTE TRABAJO.2. EL SENTIDO DE LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA ACTUALIDAD. II. LA FIDUCIA SUCESORIA DEL ART. 831 CC.1. GENERALIDADES. 2.EL ART.831 CC Y EN QUÉ MEDIDA PUEDE CONSIDERARSE UNA FIGURA DE PROTECCIÓN PARA EL CÓNYUGE VIUDO. A)¿Es posible que a través del otorgamiento de la fiducia el cónyuge viudo obtenga también alguna ventaja puramente económica? 3.ANTECEDENTES DEL ART.831 CC Y SUS SUCESIVAS REFORMAS.BREVE. A) Antecedentes legales. B) Las sucesivas reformas del art. 831 CC.4.BREVE EXAMEN DE ALGUNOS EXTREMOS DEL RÉGIMEN DEL ART: 831 CC. A) Quienes pueden otorgar la fiducia. B) Las facultades del fiduciario. III. REGLAS ATINENTES A LA VIVIENDA FAMILIAR.1. La importancia de la vivienda familiar. A) Vivienda familiar alquilada. B)Vivienda familiar en propiedad. C) El legado legal del uso de la vivienda familiar del art. 822 CC. IV. EL DERECHO DE PREDETRACCIÓN DEL VIUDO SOBRE EL AJUAR FAMILIAR.1. Generalidades. 2.Características del derecho de predetracción del ajuar familiar.3.Requisitos. A)Matrimonio. B) Parejas de hecho. 4. Contenido. V. CONCLUSIONES. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

1. Ámbito al que se circunscribe este trabajo

Como el objeto de este trabajo es la protección que el Código Civil concede al cónyuge viudo, es un paso previo necesario delimitar lo que voy a tratar y lo que va a quedar fuera de él. No se va a tratar nada que no esté contemplado específicamente en el CC, aunque sea posible establecerlo en un testamento. Por ej., un usufructo universal a favor del viudo con una cautela *Socini*, o, favorecerle con derecho de uso ordinario sobre la vivienda familiar (no el especial contemplado en el art. 822 CC), etc.

Ya dentro del ámbito descrito hay que hacer mención a figuras de protección para el cónyuge que funcionan automáticamente, como su cuota legitimaria (art.

(834 CC), siempre en usufructo y variable dependiendo de con qué otros legitimarios concurra en la sucesión de su cónyuge, o si va solo, o también, el derecho de predetracción sobre el ajuar familiar (art.1321 CC)¹. Asimismo a las medidas que el propio viudo o viuda tiene la facultad de solicitar en determinados casos, como es la atribución preferente de derechos sobre la vivienda familiar o el local en el que hubiera venido ejerciendo su profesión (arts. 1406 y 1407 CC)², o como otras más previstas específicamente en el Código, y que el cónyuge testador puede disponer a favor de su viudo, como la fiducia sucesoria (art. 831 CC) o beneficiarle con el tercio de libre disposición (art. 808, tercer párrafo), o incluso a otras que tanto puede establecer la ley cuando se dan determinados requisitos, como que puede disponer el cónyuge en su testamento (art. 822 CC).

Lo amplio del tema y la extensión muy limitada de este trabajo determina que sea imposible que entre en todas las figuras enumeradas y, que solo pueda hacerlo en algunas que he considerado de mayor interés ahora mismo.

2. El sentido de la protección del cónyuge viudo en la actualidad

El que nuestra sociedad ha cambiado mucho desde que se promulgó el CC y seguramente que lo ha hecho a mayor velocidad en este último siglo es algo tan evidente que no precisa de argumentos que lo acrediten, se percibe directamente.

Esta realidad incide directamente en la posición del cónyuge viudo en el ámbito sucesorio. Es muy frecuentemente que el patrimonio familiar se haya logrado gracias al trabajo de ambos cónyuges³, así que es lógico que además de disfrutarlo conjuntamente mientras viven ambos (sea cual sea el régimen económico matrimonial de su matrimonio)⁴, también esto se traduzca en la existencia de medidas de protección para el cónyuge viudo que le permitan continuar su vida en unas condiciones similares a las que tenía durante su matrimonio (DOMÍNGUEZ LUELMO, *El derecho a la propiedad y a la herencia*, 42). De hecho, aunque no existe un estudio estadístico tan amplio como sería deseable, sí que parece claro que en España los notarios constatan que cuando acuden a testar personas casadas, una de sus preocupaciones es garantizar la posición económica del cónyuge que sobreviva (REBOLLEDO VARELA, *La actualización del derecho sucesorio*, 30). Aunque existan limitaciones en la disposición testamentaria, siempre es fac-

1. Si bien este no puede calificarse en sentido estricto como una protección encuadrada en el Derecho de sucesiones, nace con el fallecimiento del cónyuge

2. Qué tampoco es en puridad un derecho sucesorio, sino que también surge con el fallecimiento del cónyuge.

3. Incluyendo en este trabajo el que se realiza dentro del hogar.

4. El régimen económico del matrimonio es esencial a los efectos de la administración y disposición de los bienes que hayan generado los cónyuges durante su matrimonio con su trabajo o actividad, pero dada la vida en común que supone el matrimonio eso no tiene incidencia en el disfrute de todos los bienes de ambos cónyuges constante matrimonio. De una parte, el régimen primario (arts. 1315-1324 CC) así lo favorece y por otra, la realidad de las cosas en la práctica es así.

tible favorecer al viudo, pero no hay que olvidar que sigue habiendo un porcentaje importante de personas que fallecen sin haber testado. Por tanto, para instrumentar una adecuada protección al cónyuge viudo las medidas para protegerle deberían, al menos parcialmente, funcionar de forma automática o al menos que se apliquen como regla general, excepto que el testador las excluya en su testamento. Esto es, partir de que, la mayor parte de los matrimonios quieren protegerse económicamente frente al fallecimiento de uno de ellos, pero dejando la posibilidad de que en testamento se puedan excluir alguna de esas medidas.

En esa línea van las vigentes legislaciones de los países del norte de Europa, que en muchos aspectos favorecen al viudo antes que a los hijos (ZIMMERMANN, *Protección imperativa de la familia*, 114-120).

II. LA FIDUCIA SUCESORIA DEL ART. 831 CC⁵

1. Generalidades

La fiducia del cónyuge viudo es una figura excepcional dentro del régimen sucesorio del CC, ya que permite al fiduciario un amplio ámbito de actuación sobre los bienes que integran la herencia del cónyuge fallecido que le permitirá distribuir y adjudicar una parte de esos bienes entre los descendientes comunes, conforme al libre criterio del fiduciario o de acuerdo con los parámetros previamente establecidos al efecto por el causante.

El ámbito de actuación del fiduciario no es ni mucho menos absoluto. No puede obviar las reglas generales del sistema sucesorio común, en particular las de las legítimas. El ejercicio de la fiducia solo puede alcanzar al tercio de mejora y el de libre disposición.

La fiducia no es un caso de testamento por comisario, figura que sigue sin tener cabida en el Código Civil. La actuación del fiduciario tiene dos límites esenciales, uno legal y otro voluntario. El legal es el respeto absoluto a las legítimas estrictas de todos los descendientes, ya sean comunes o no. El voluntario, que es el que puede imponer el cónyuge concedente al supérstite y que tanto puede referirse a las disposiciones que aquél haya tomado a favor de cualquiera de sus legitimarios descendientes, disposiciones que reducirán el ámbito de facultades del fiduciario. O bien, instrucciones o criterios que haya podido imponer al modo de actuación del fiduciario

5. Es imprescindible señalar que dadas las características de este estudio y el importante cuerpo de doctrina existente sobre el art. 831 CC, es materialmente imposible tocar todos los extremos relacionados con él y tampoco citar a todos los autores que han trabajado esta materia.

2. El Art.831 CC y en qué medida puede considerarse una figura de protección para el cónyuge viudo

Antes de seguir con una serie de reflexiones sobre la regulación de la fiducia del art. 831 CC, conviene dejar claro en qué medida su concesión puede considerarse que propicia la protección del cónyuge viudo. Y ya adelante aquí la conclusión antes de entrar en las razones; sólo de forma indirecta.

La fiducia otorga facultades más o menos amplias al cónyuge supérstite, dependiendo de la voluntad del testador, para que aquél pueda favorecer de diferentes formas a alguno de los hijos o descendientes comunes. Pero ninguno de esos bienes o derechos beneficiarán directamente al viudo. La ventaja que éste obtiene es, en principio, que ese poder de decisión, sobre todo si se acompaña de la facultad de que pueda ejercitarlo incluso en su testamento, haga que su posición de autoridad y respeto dentro de la familia no se vea menoscabada por la muerte de su cónyuge. También supone para el testador la tranquilidad de que su sucesión se va a acomodar mejor a las circunstancias de la familia y, en particular a la situación y conducta de los hijos después de su fallecimiento (ROCA GUILLAMÓN, *Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar*, 4284). Por ej., puede ser un medio para reequilibrar las situaciones patrimoniales de los hijos, de acuerdo a situaciones sobrevenidas posteriores al fallecimiento del testador.

Consecuentemente, podríamos decir que se trata sobre todo de un beneficio socio-moral y no económico, pero al que hay que reconocerle su importancia. Hay que añadir que así se logra, aunque sea parcialmente⁶, hacer real la idea de que la distribución del patrimonio familiar quede aplazada a un momento posterior que incluso puede ser el del fallecimiento del cónyuge fiduciario (REBOLLEDO VARELA, *La actualización del derecho sucesorio...*, p.33, RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del art. 831*).

Fuera de las ventajas ya mencionadas que para el cónyuge viudo puede suponer la concesión de la fiducia, conviene entrar en cómo se pueden añadir a esas algunas otras ventajas puramente económicas.

A) ¿Es posible que a través del otorgamiento de la fiducia el cónyuge viudo obtenga también alguna ventaja puramente económica?

No hay ninguna duda de que el ejercicio de la fiducia, aunque no se recoja específicamente así en el art 831 CC, como si se hace en el art. 908 CC para el albaceazgo, es un cargo gratuito. No obstante, está en manos del testador otorgar al cónyuge supérstite algún beneficio relacionado con esa labor.

Así, «puede ser conveniente compaginar la delegación del art. 831 CC con un legado de usufructo universal y vitalicio a favor del fiduciario sobre los bienes de la herencia que se ha de distribuir». Con ello el viudo obtendrá para sí los frutos

6. No hay que olvidar que el fiduciario ha de respetar y pagar las legítimas estrictas de todos los hijos y, en su caso, otras disposiciones a favor de ellos que haya establecido el testador.

y rendimientos del caudal hereditario. Igualmente, el testador podría disponer algún otro tipo de legado a favor del fiduciario (RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar*; 830-831).

El testador puede designar a cualquier persona para que administre los bienes hereditarios sometidos a la fiducia⁷ y disponer que se le abone una cantidad por el desempeño de esa función. No se me alcanza que problema puede haber en que, si el viudo es administrador, como lo será habitualmente, el testador establezca esa remuneración para él.

No es descabellado en absoluto establecer alguna medida que pueda beneficiar al cónyuge fiduciario administrador, que, no lo olvidemos, como tal conforme a las reglas generales, también responde de los daños que, pueda ocasionar con su gestión de los bienes hereditarios.

También puede disponer que, en el caso de que el fiduciario no ejercite la fiducia o no lo haga en su totalidad dentro del plazo, pierda cualquiera de los beneficios que le haya podido otorgar diferentes de su propia legítima (GARCÍA RUBIO, *la reformulación por la Ley 41/2003*, 115). Del mismo modo que lo prevé el art. 900 CC para el albacea.

3. Antecedentes del Art.831 CC y sus sucesivas reformas

Las características particulares de este artículo hacen recomendable, siquiera brevemente acudir a sus antecedentes legales y dar cuenta de las sucesivas reformas que ha ido sufriendo hasta el día de hoy, lo que hará más sencillo su recto entendimiento.

A) Antecedentes legales

Sin remontarnos a otros datos más antiguos (RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 813 del Código civil: auténtica fiducia sucesoria*, 3-180, y CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, 119 y ss), encontramos ya la fiducia del viudo en el art 663 del Proyecto de CC de 1851. En él después de haber establecido como regla general en los arts. 661, primer párrafo⁸ y 662 que, «la facultad de mejorar no puede cometerse a otro [señalar a otro]», en el art. 663 ordena la excepción: «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no

7. Aunque el art. 831, 2 diga literalmente, «corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior», la regla no es imperativa, sino dispositiva, pensada para el supuesto de que el testador no haya establecido otra cosa.

8. «El que hace mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de esta no exceda de la medida legal de aquella, pero no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado».

haya repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto».

El comentario de García Goyena a este precepto aclara su procedencia, al señalar que, «era habitual esta cláusula en las provincias de Fueros donde tenía especial trascendencia dado que en varios de ellos la legítima de los hijos era casi nominal». Su valoración del precepto que se introduce en el Proyecto, más que favorable, es entusiasta. Dice este autor que es, «una cláusula con efectos muy saludables, porque mantenía el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria». Y finalizaba diciendo: «El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, bien merece esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados» (GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, II, 107-108).

B) Las sucesivas reformas del ar.831 CC

La regla del proyecto de 1851 se ubicó en el CC finalmente en el artículo 831 CC. Su texto es prácticamente el mismo, salvo alguna mínima variante de redacción.

La primera modificación del artículo se incluía en la importantísima reforma del CC efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. El nuevo art. 831 decía así: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiera señalado el plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes». Fue una modificación muy acertada⁹ (ALBALADEJO, *La mejora*, 65) ya que para el otorgamiento de la fiducia elimina el requisito de que el otorgante haya muerto intestado, amplía los medios para otorgarla añadiendo el testamento¹⁰ a las capitulaciones. Asimismo, llena un vacío legal al fijar un plazo supletorio para la actuación del fiduciario. Con todo y con eso, la esperanza de la popularización de la figura expresada por García Goyena siguió sin cumplirse, pues continuó siendo esta fiducia una figura inédita en la práctica.

La última modificación del precepto se produce con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de

9. La esencia del precepto original se mantiene, pero la nueva regulación incluye un desarrollo necesario.

10. El incluir el testamento como forma de ordenar la fiducia tiene como indudable ventaja para la autonomía de la voluntad del testador delegante la facilidad que el uso del testamento le otorga para poder revocar la delegación cuando así lo considere, cosa imposible si se otorga en capitulaciones matrimoniales, en cuyo caso precisaba modificarlas de acuerdo con su cónyuge.

modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. Aunque como se señala en su Exposición de Motivos la protección patrimonial que el nuevo art. 831 CC puede aportar a las personas con discapacidad, es solo «indirecta» pues el artículo es aplicable a todo tipo de hijos discapacitados o no. Esta es una reforma de gran entidad, con aspectos muy discutibles. El actual texto del artículo es kilométrico y su redacción en varios extremos resulta confusa, tanto como para calificarla comúnmente de «mala, farragosa, desmesurada y reglamentista»¹¹ (FLORENSA, *La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador*, 128).

Entre los aspectos negativos que más adelante desarrollaré está el eliminar la posibilidad de otorgar la fiducia en capitulaciones manteniendo como única forma posible la testamentaria, así como el nuevo texto del 831,6 que literalmente parece considerar como posibles concedentes de la fiducia a los progenitores por el mero hecho de serlo, sin necesidad de estar casados ni de ser convivientes.

Es cierto que el otorgamiento de la fiducia en testamento tiene la ventaja de que generalmente se otorga en un momento, «en que los cónyuges tienen ya mayor conocimiento no sólo recíproco sino también de las circunstancias concretas que aconsejen establecerlo» (VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario al art. 831*, 2055), mientras que las capitulaciones otorgadas antes de contraer el matrimonio no tienen esas características, pero eso no tendría por qué significar que ya no se permita emplear la forma capitular (GARCÍA RUBIO, *La reformulación por la Ley 41/2003*, 70).

Con todo, esta reforma también ha aportado alguna cosa positiva como el ampliar el plazo para ejercitar la fiducia cuando nada se dispuso a dos años computados desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes. Pero la modificación de mayor entidad respecto al plazo es que se pueda conceder que el ejercicio de la fiducia se haga en el propio testamento del fiduciario. De este modo no será efectiva hasta su fallecimiento.

La ley 41/2003 tuvo mucho eco en los medios de comunicación social y consecuentemente la virtud de generar inicialmente un cuerpo de doctrina bastante amplio¹². Era lógico que fuera así ya que en esa ley 41/2003 se trataba de que, sin cambiar en esencia el sistema de legítimas del CC, se encontrase una vía para que los testadores tuvieran una mayor libertad de disponer respecto de sus hijos o descendientes discapacitados. Al rebufo de todas las novedades que aportaba la reforma, se comenzó a estudiar la figura de la fiducia, si bien dentro del conjunto de la reforma, y ver las posibilidades que tenía para incluirla en testamentos, independientemente de que alguno de los hijos del testador fuera o no discapacitado.

11. La Ley 8/2021 que modificó el código civil y otras leyes podría haber sido la ocasión de redactar el 831 CC de mejor manera, pero no se aprovechó.

12. Lo cierto es que ese interés no ha decaído a día de hoy y es muy posible que en ello haya incidido tanto el debate en torno a los discapacitados generado por la Ley 8/2021, como por el atinente a la protección del cónyuge viudo.

La fiducia ha sido, hasta ahora, una figura que no se ha usado en la práctica, una especie de «bella durmiente». Las razones para que haya sido así son fácilmente imaginables. De salida, la falta del hábito de capitular en los territorios de Derecho común, —única forma de pactar la fiducia en la primera redacción del art. 831— a lo que, en un primer momento, se unía a la imposibilidad de modificar el régimen económico matrimonial correspondiente, por pacto o como supletorio legal, una vez contraído el matrimonio. Esto hacía que la figura estuviera tan encorsetada que no resultaba nada práctica. Esta circunstancia no se cambió hasta la Ley 14/1975 de 2 de mayo que estableció el principio de la modificabilidad de las capitulaciones¹³. Esta modificación supuso que la fiducia ya era revocable si se modificaban las capitulaciones, pero eso tampoco trajo consigo que se empezará a incluir en los testamentos

El que siguiera sin usarse es explicable por la falta de tradición en los territorios de Derecho común lo que conllevaba la falta de interés en estudiar la figura y por consiguiente su desconocimiento. No era una figura que hubiera calado en la sociedad¹⁴. Los testadores desconocían su existencia y tampoco los notarios o abogados recomendaban su utilización, precisamente por esa falta de uso. Consecuencia directa de esto es que tampoco existía jurisprudencia sobre ella.

Actualmente, después de 135 años en el CC, y después de la primera sentencia del TS sobre la materia (STS 293/2019, de 24 de mayo, de 2019), tanto notarios como abogados han empezado a recomendar la disposición de esta figura en los testamentos, con lo que tiene mayor sentido práctico continuar trabajando sobre ella¹⁵.

Buena prueba del interés actual en mostrar la utilidad de esta figura e incentivar su uso, es que son varios los autores que incluyen en sus trabajos formularios que faciliten su inclusión en los testamentos. De hecho, ya se han hecho recomendaciones sobre diferentes fórmulas notariales para la inclusión de esta figura en los testamentos (así, RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del art. 831*, 799-808, VELO DE ANTELO, *Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo* 811-812, o PÉREZ VELÁZQUEZ, *La exigua utilización del art. 831*, 1197-1200).

13. Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

14. Utilizo este término para designar figuras conocidas por un alto porcentaje de la población, aunque ese conocimiento no sea técnico y que se utilizan muy habitualmente, por ej. el contrato de arras, o la cláusula penal, la desheredación, etc., etc.

15. Obviamente la fiducia puede ser una buena herramienta dentro del actual sistema de legítimas, si finalmente éste se modifica las cosas pueden cambiar. Pensemos en unas legítimas de menor porcentaje sobre el caudal hereditario, desaparición de la mejora, etc.

4. Breve examen de algunos extremos del régimen del ART: 831 CC

A) Quienes pueden otorgar la fiducia

En el art. 831,1, se establece que la fiducia sólo puede conferirse al cónyuge en testamento. Es por tanto una disposición unilateral, no tiene por qué ser recíproca y es esencialmente revocable.

Las cuestiones que se plantean aquí son las relativas a las situaciones de crisis matrimonial y a si el texto del 831,6 hay que interpretarlo o no, literalmente. Este apartado dice así: «Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí».

Empezaremos con ésta última cuestión ya que la postura que se adopte respecto a ella condicionará la que afecta a la primera.

Ante el texto transcrito del 831,6 que, tras el examen del resto del precepto parece un añadido de última hora (RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del art. 831*, 344), la doctrina está dividida.

Para un sector amplio de autores, cuyo único argumento es el puro texto del art. 831, 6 CC, se puede otorgar la fiducia con respecto a sus hijos o descendientes, por cualquiera de los progenitores, aunque ni exista, ni haya existido matrimonio entre ellos o ni siquiera hayan sido o sean pareja de hecho. El único requisito exigido es esa mera procreación en común. Alguno de ellos señala que frente a la motivación de la concesión de la fiducia admitida por todos los autores que escribieron antes del cambio de redacción del artículo con la Ley 40/2003: la especial confianza que se crea entre los esposos, o convivientes por razón de la vida en común, señalan que esa confianza se produce igualmente por la procreación en común (GARCÍA RUBIO, *La reformulación por la Ley*, 72, RAGEL SÁNCHEZ, *Comentario al art. 831 CC*, 6177, BUSTO LAGO, *Derecho de sucesiones*, 479, PEREÑA VICENTE, *El Derecho sucesorio como instrumento de protección*, 1530, VELO DE ANTELO, *Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo*, 810, SIERRA PEREZ, *La fiducia sucesoria*, 106-107, PEREZ VELAZQUEZ, *La exigua utilización del art. 831*, 1157, ZURILLA CARIÑANO, *Comentario al art. 831 CC*, 1100).

Otro sector de autores, al que me adscribo entienden que pese a la redacción incorrecta del art. 831, 6º, lo que el legislador quiso fue solo extender la posibilidad de otorgar la fiducia a las parejas convivientes¹⁶. (ROCA GUILLAMÓN, *Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir*, 4280, RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar*, 373-375). Los argumentos favorables a esta opción tienen mayor entidad, pues la confianza que es la base del otorgamiento de la fiducia nace de la vida en común de los cónyuges o de las parejas convivientes y no tiene por qué darse por el simple hecho de ser coprogenitores. Pero, es más, si admitimos la primera interpretación de que basta con el hecho de la procreación conjunta carecería de sentido pensar que el divorcio, o la separación judicial

16. Es extraño que un cambio de esa magnitud no se comente o justifique siquiera en la exposición de motivos de la ley.

o de hecho pueda tener cualquier incidencia en la fiducia¹⁷. E incluso, resulta raro que pudiendo otorgarse la fiducia a favor de personas que ni siquiera han convivido nunca, se diga en el art.831, 5º, que las facultades concedidas se extinguen porque uno de los progenitores se ha casado o conviva con otra persona.

Tampoco la finalidad que se defiende habitualmente para la concesión de la fiducia de reforzar la posición del viudo o viuda en el ámbito familiar no se entiende bien si los progenitores no convivían, pues en puridad en tal caso no existen unas relaciones familiares, al menos en el sentido que se les da habitualmente; las que se dan en el marco de la convivencia familiar

Con todo, esto en realidad es solamente un problema teórico, porque por la propia naturaleza de las cosas, no se va a dar en la práctica ese caso que se literalmente contempla el apartado 6º del art. 831. Si llegara a darse, sería un supuesto más que extraordinario. Precisamente por esa razón es irreal pensar que el legislador redactó así el repetido apartado 6º del 831 con el objetivo de ampliar el uso en la práctica de la fiducia. En cambio, si lo limitamos a los convivientes *more uxorio* esa redacción incorrecta tiene sentido.

C) Las facultades del cónyuge fiduciario

Es el testador quien determinará en su testamento las concretas facultades que concede a su cónyuge, si bien las sucesivas reformas, en particular la de 2003 ha ampliado, no tanto la inicial facultad del fiduciario, que sigue siendo la de mejorar, puesto que las legítimas estrictas de todos los hijos o descendientes imperativamente quedan fuera de las facultades de la fiducia, sino el modo en el que puede hacerse esa mejora.

Las facultades mencionadas en el art. 831 CC tienen carácter dispositivo y no imperativo, por lo que el testador puede adecuarlas a sus necesidades y deseos en tanto no choquen con otras normas imperativas.

Entre las facultades previstas en el 831 CC para realizar a favor de hijos o descendientes *comunes* mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición, con lo que como en otros aspectos del precepto se recoge la opinión de la doctrina de que también se puede mejorar con el tercio de libre disposición (ALBALADEJO, *La mejora*, 37), así como adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio.

Hay que destacar que el art.831, 1, último párrafo dice que las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido le conceden también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que se haya establecido otra cosa, dándole así la posesión civilísima.

Llevar a cabo particiones incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

17. Salvo que, el otorgante simplemente progenitor con el fiduciario haya puesto alguna de estas circunstancias como causa de extinción de la fiducia, o que cuando se produzca alguna de ellas, el otorgante revoque la delegación.

Esta partición se da como paso previo, tanto al propio ejercicio de la fiducia, como, en su caso, a la satisfacción de los derechos sucesorios de los descendientes no comunes cuando el régimen económico matrimonial haya sido el de gananciales¹⁸.

En este punto la cuestión que se plantea es la de si el viudo puede o no liquidar unilateralmente la sociedad conyugal, como acto previo al ejercicio de la fiducia. Para que esto pueda ser así el testador debería haber previsto en el testamento el nombramiento de un contador-partidor con esa única función junto con el viudo. La razón es que la concesión de la fiducia no puede privar de sus derechos y garantías a todos los descendientes legitimarios. Si ya hablamos de la partición de la herencia del causante conviene señalar que el fiduciario tiene las mismas facultades y exenciones que el CC concede al testador cuando es el mismo quien la lleva a efecto (arts.1056, 1061 y 1062 CC). Igualmente es reseñable que el fiduciario puede actuar en representación de los descendientes comunes en los actos de distribución, ejecución o atribución sobre bienes y otras disposiciones a favor de los descendientes no comunes. Como se ha señalado probablemente se ha buscado eliminar o minimizar los problemas entre los hermanos de vínculo sencillo (RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar*, 542), y además lograr una mayor agilidad en esas actuaciones.

D) La limitación de las legítimas y momento de su pago

En la fiducia es de esencia el deber de respetar la legítima estricta de los hijos o descendientes tanto comunes como no comunes¹⁹, así como otras disposiciones del testador realizadas a favor de unos u otros. Ninguna de estas restricciones plantea especial problema ya que obedecen a principios esenciales del sistema sucesorio del Código.

Para el pago de las legítimas si que hay diferencias entre los hijos comunes y los que no lo son. Si se trata de hijos comunes, el último párrafo del 831,3 prevé que pueden pagarse en todo o en parte con bienes pertenecientes solo al fiduciario. En cambio, a los no comunes habrá que pagarles en cualquier caso con los bienes pertenecientes a su progenitor

El art. 831 CC no dice nada específicamente, sobre el momento en el que haya que pagar la legítima estricta de los hijos comunes de testador y fiduciarios. Por eso se han planteado dudas respecto al momento en el que el fiduciario deberá pagar dichas legítimas y no es una cuestión menor. Para algún autor es posible que el fiduciario aplaze su pago, incluso al momento de su propio fallecimiento. Para justificar esta posición se manejan una serie de argumentos²⁰. Otros, en

18. Incluso es posible que haya que llevar a cabo la liquidación simultánea de dos sociedades de gananciales, conforme establece el art 1409 CC.

19. Si bien es posible que en la sucesión del causante concurren descendientes comunes y no comunes, el supuesto más habitual será el de descendientes comunes.

20. La verdad es que era factible manejar la posibilidad del retraso en el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes puesto que el propio legislador en esa misma reforma de la

cambio, entienden que el respeto a la legítima estricta implica su pago tras el fallecimiento del causante sin que sea posible dilatarlo, lo mismo que sucede con la legítima estricta de los hijos no comunes.

La STS, 293/2019, de 24 de mayo, de 2019²¹ ha dejado este punto claro en un caso en el que la fiduciaria podía ejercitar las facultades del art.831 en su testamento. Frente a la petición del pago de su legítima estricta por parte de uno de los hijos, la fiduciaria alega que a ella se le encomendó la partición y como podía hacerla en su testamento, hasta su fallecimiento no se podía conocer el monto total de la legítima y por tanto hasta ese momento no tendría que pagársela.

El Supremo ha entendido correctamente, en base a la propia naturaleza y regulación de la legítima estricta en el CC y, al mandato del art. 831 CC, que no solo se refiere al respeto a las legítimas, sino a la posterior aclaración de que ese respeto se cumple cuando esas legítimas resulten suficientemente satisfechas (apartado 3, párrafos 1 y 3 del art. 831), esto es enteramente pagadas. Y dicha legítima estricta conforme a la regla general deberá ser abonada una vez abierta la sucesión, y fijado su importe²².

Aunque la fiducia tiene su origen en algunas normas forales, aún siendo una norma excepcional en el sistema sucesorio del CC, dice el TS que, al incluirse en dicho cuerpo legal queda encuadrada en el sistema sucesorio de Derecho común, lo que significa que solo cuando una norma así lo permita excepcionalmente es posible aplazar el pago de la legítima estricta²³. Ese aplazamiento no es una facultad que tenga el testador respecto de su herencia por lo que tampoco puede ceder esa facultad a su viudo.

Si no se hubiera respetado la legítima estricta por el fiduciario, el perjudicado descendiente común o no, podrá solicitar que, «se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado», lo que no es sino un tipo de acción de complemento de la legítima (art.815 CC), por lo que al no contemplar una acción específica el art. 831 CC, habrá que entender que en la medida en que no choque con las características del art. 831, se podrá aplicar esa acción del art. 815 CC.

ley 41/ 2003 estableció la posibilidad de que existiendo descendientes legitimarios discapacitados se podía gravar la legítima estricta de los otros descendientes con un fideicomiso. Lo que evidentemente suponía para los legitimarios gravados, al menos, un retraso en la percepción de su legítima, figura más que discutible por chocar con todo nuestro sistema legitimario. La cuestión estriba en que esta posibilidad se recoge expresamente en el art. 808 CC, mientras que el art.831 no dice nada al respecto.

21. Entre los varios comentarios a la sentencia, los de ASÚA GONZÁLEZ, C. y DÍAZ TEIJEIRO, C.

22. De otro modo, se podría producir una especie de desheredación temporal sin justa causa y sin ningún medio para que durante ese período de tiempo que puede ser bastante largo el legitimario se vea privado de legítima y sin acción para reclamarla.

23. Otra cosa es que sea la ley la que permita en algún supuesto especial el aplazamiento del pago de la legítima como sucede en el supuesto del párrafo segundo del art. 1056 CC que, para la conservación indivisa de una explotación, permite un aplazamiento máximo de cinco años desde el fallecimiento del testador, o en el supuesto del pago en metálico de la legítima del art. 844 CC.

No se ha fijado tampoco ningún criterio para dilucidar entre varios posibles qué acto del cónyuge deberá rescindirse y así se aplicarán las reglas generales de la rescisión.

E) Extinción de las facultades concedidas al cónyuge viudo por el testador

Es posible que durante el plazo para el ejercicio de la fiducia sucesoria se den algunas circunstancias que producirán la extinción de ésta desde el momento en el que se den, sin que tengan por qué afectar a las actuaciones que en ejercicio de esas facultades haya podido realizar previamente el fiduciario.

Algunas de ellas están contenidas en el apartado 5 del art. 831, otras no se mencionan en él probablemente por ser innecesario, pues se siguen de las reglas generales. Empezaremos por estas últimas:

La muerte del fiduciario, así como su declaración de fallecimiento. En cuanto a su situación de ausencia legal no es tan claro, pero al ser excepcional y personalísimo el ejercicio de la fiducia, parece que lo más razonable sería incluirla también como causa de extinción.

La imposibilidad material permanente del fiduciario de ejercitar la fiducia, por accidente o enfermedad.

La renuncia del fiduciario efectuada en el momento de conocer su designación no precisará de justificación, pues no está obligado a aceptarla. En cambio, si ya hubiera aceptado o incluso hubiera comenzado a ejercitar la fiducia la renuncia deberá justificarse (vid. art. 899 CC)..

El que se haya dado algún suceso o circunstancia que el testador haya incluido en su testamento condicionando la extinción de la fiducia. Así por ej. que se haya dispuesto que la fiducia se extinguirá cuando el fiduciario cumpla los 90 años y haya llegado a esa edad.

La aparición de un testamento posterior a aquél en el que se otorgó la fiducia y que la revoca. Por ej. un testamento ológrafo en este sentido.

Por su parte en el apartado cinco del art. 831 CC se dispone la extinción de la fiducia si el cónyuge viudo o pareja de hecho, hubiera pasado a ulteriores nupcias o a relación de hecho análoga, o tenido algún hijo no común²⁴, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa. En teoría también habría que entender que los coprogenitores no convivientes si se casan, conviven con un tercero *more uxorio* o tienen un hijo con otra persona, también sufrirían la extinción de la fiducia. Hay que reconocer que eso no se entiende bien.

El largo y farragoso art. 831 no dice nada sobre la incidencia de la extinción de la fiducia sobre el ejercicio que de ella haya podido hacer el fiduciario previamente. En este sentido se ha sostenido que las causas de extinción son equiparables a las caducidades y por ello no producirán efecto retroactivo y valdrán las disposiciones hechas por el cónyuge superviviente hasta el momento en que estuvo en ejercicio de su facultad (RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar*, 678).

24. Es posible que el cónyuge viudo tenga algún hijo común póstumo y eso no afectaría a las facultades de la fiducia.

III. REGLAS ATINENTES A LA VIVIENDA FAMILIAR

1. La importancia de la vivienda familiar

Una de las cuestiones más importantes en relación con la protección del cónyuge viudo es la relacionada con la vivienda familiar del matrimonio. Si el tener una vivienda es cubrir una necesidad esencial de cualquier persona, en el caso del cónyuge viudo este problema se le plantea en un momento vital especialmente difícil cuando tiene que hacer frente a un drama personal y familiar que frecuentemente viene acompañado de una disminución notable de ingresos y de los bienes que compartía con su cónyuge y que, con su fallecimiento pasarán a los hijos o descendientes en su condición de legitimarios. Todo ello muchas veces en edades en las que ya resulta difícil o imposible que el viudo obtenga con su trabajo bienes suficientes para solventar ese problema por sí solo. Todo esto ha hecho que se opine que debería haberse dado al tema un tratamiento más sensible, como el que se contempla por ej., en el CC belga, abierto a cualquier posibilidad de atribución de vivienda, cuando en la masa consorcial haya varias (RAMS ALBESA, *Elementos. Familia*, 259)

Mientras que las cuestiones relacionadas con la vivienda en momentos de crisis matrimoniales están muy estudiadas en la literatura jurídica y son muchas las sentencias recaídas sobre casos de esta materia, no ocurre lo mismo respecto de la vivienda en caso de fallecimiento del cónyuge.

Si se piensa en una reforma del CC relacionada con el derecho de sucesiones y la protección del cónyuge viudo esta es una de las cuestiones que habría que abordar con valentía buscando resolver un problema social y humano y una de las formas de hacerlo es otorgar el derecho al cónyuge viudo, siquiera temporal, de continuar residiendo en la vivienda familiar (derecho de uso), sin computarlo en su cuota legitimaria²⁵. Derecho que solamente no existiría si cónyuge fallecido lo hubiera excluido expresamente en su testamento. Si al fallecimiento de uno de los progenitores hay descendientes comunes que por ser menores o discapacitados necesitan usar de la vivienda familiar lo lógico sería que continuaran conviviendo con el progenitor viudo, pues éste sigue teniendo respecto de ellos los deberes derivados de la filiación.

25. En la ley de sucesiones del País Vasco su art. 54 dispone un derecho de habitación para el cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho: «El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho». Sin duda protege al cónyuge, pero si no hay muchos más bienes en la sucesión perjudica a los demás legitimarios, así como a los acreedores hereditarios.

A) Vivienda familiar alquilada

Si la vivienda familiar era alquilada, la LAU en su art. 16 y Disp. Trans. 2ª²⁶ dispone que, en primer lugar el cónyuge, o la pareja conviviente y después otros parientes que estuvieran conviviendo con el causante se podrán subrogar en el contrato, siempre y cuando en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario, el arrendador reciba notificación por escrito del hecho del fallecimiento, acompañado del certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse²⁷. Como se trata de una subrogación en el contrato de arrendamiento, el derecho del viudo es a permanecer en la vivienda familiar como arrendatario hasta que llegue el fin del plazo para el que se pactó.

B) Vivienda familiar en propiedad

Es claro que además de que la vivienda familiar pueda ser arrendada puede también disfrutarse con base en otros derechos reales diferentes de la propiedad, así por ej. un derecho de usufructo o derecho de habitación cuyo titular era el cónyuge fallecido, o incluso que el matrimonio estuviera disfrutando la vivienda familiar por la tolerancia de su propietario, como mero precarista. En cualquiera de los casos al fallecimiento del titular de los dos derechos mencionados, así como el del precarista, las consecuencias para el cónyuge superviviente son las que se derivan del régimen de cada una de estas figuras.

Si se trata de un usufructo o un derecho de uso y habitación todo dependerá de cómo se haya constituido. Así si se hecho usando como plazo la vida del titular, al fallecer este el derecho se extingue y ningún otro queda para el superviviente. Si es un plazo de tiempo sin referencia a la vida del usufructuario, y ese plazo no ha transcurrido en el momento del fallecimiento del beneficiario, dará lugar a que el usufructo por el tiempo que le quede hasta se extinción se integre como otros derechos en su herencia. Como se trataría de un derecho privativo, no se incluirá en la masa de gananciales, por lo que el viudo no podría ejercitar su derecho de atribución preferente.

Si la vivienda se viene utilizando en base a un derecho de uso y habitación del fallecido las reglas son las mismas que las del usufructo. Si la ocupación de la vivienda es como precaristas, es evidente que la continuación en esa situación depende únicamente del mantenimiento de la tolerancia del dueño (en estos casos generalmente los progenitores del cónyuge fallecido)

26. El artículo 16 LAU tiene más contenido, pero aquí se ha mencionado lo estrictamente necesario para el tema que estoy tratando. Por su parte la Disposición Transitoria 2ª se refiere a los contratos de arrendamiento celebrados antes de del 9 de mayo de 1985.

27. El problema que pueden plantear estos requisitos es que el desconocimiento de la norma por parte del cónyuge o pareja del arrendatario, sumado a todas las gestiones que se han de llevar a cabo cuando fallece una persona hagan que transcurra el plazo y pierda su derecho a subrogarse.

Cuando, como es muy frecuente en España la vivienda familiar es propiedad de ambos cónyuges, o privativa del fallecido²⁸, las medidas de protección para el cónyuge viudo establecidas en el CC no son generales²⁹, sino únicamente para algunos casos concretos.

La primera se ubica en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con lo que solo podrán acogerse a ella los viudos que hayan tenido ese régimen económico matrimonial. Asimismo, es opinión común que el precepto solamente está pensado para una vivienda familiar que sea ganancial, pues de otro modo quedaría fuera de la liquidación de la sociedad de gananciales (GARCÍA URBANO, *Comentario del art. 1406*, 799). Pueden surgir dudas de si la vivienda familiar es parcialmente ganancial y parcialmente privativa del cónyuge fallecido³⁰ (arts. 1354 y 1357,2 CC). Para algún autor en ese caso se podrá aplicar el derecho de atribución preferente únicamente sobre la cuota ganancial de la vivienda (REBOLLEDO VARELA, *Comentario al art. 1406 CC*, 9943). Para otro, «esta solución remedia poco, porque al establecerse una comunidad ordinaria entre el viudo y los herederos, siempre sería posible ejercitar la acción de división, lo que vendría a dejar sin efecto la continuidad en el uso de la vivienda pretendida por el legislador al configurar ese derecho de adquisición preferente» (RAGEL SÁNCHEZ, L.F., 1415). El mismo autor se plantea si no será posible aplicar el criterio del art. 1410 CC lo que nos llevaría al art 821 CC y sí admitir la posibilidad del ejercicio de la facultad del art. 1406 CC, pero sólo cuando la parte ganancial en la vivienda sea igual o superior a la mitad. Esta opción sigue chocando con que se estaría disponiendo de una parte de un bien que pertenece no a la comunidad postganancial, sino a la herencia del cónyuge fallecido.

En el art. 1406 CC, 4º se establece el derecho del viudo³¹ a que se incluya con preferencia en su haber (su mitad de gananciales) la vivienda donde tuviese la residencia habitual. El 1407 CC lo completa, permitiendo al cónyuge viudo que pueda optar, por lo que aquí nos importa, porque se le atribuya la vivienda en propiedad o que se constituya sobre ella un derecho de uso o habitación. Dispone también que, «Si el valor de los bienes o del derecho [aquí respecto de la vivienda] superara el del haber del cónyuge adjudicatario, deberá este abonar la diferencia en dinero. Con esta regla es claro que se pretende facilitar que el cónyuge viudo, de una u otra forma pueda continuar residiendo en la vivienda familiar al fallecimiento de su cónyuge.

28. Es posible que en el momento del fallecimiento la vivienda ya esté pagada en su totalidad o que aun quede por abonar parte del precio.

29. A contrario, constante matrimonio si que hay una protección general de la vivienda familiar contenida en el régimen primario del matrimonio, la regla del art. 1320 CC determina que, para la disposición de la vivienda habitual y el ajuar, aunque todo ello pertenezca a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de los dos, o en su caso, autorización judicial.

30. La STS de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1861) no acepta esa posibilidad en un caso en el que la vida solicitante solo era ganancial en un porcentaje irrisorio; un 1, 557 %.

31. El art. 1406 CC no es solamente aplicable a los supuestos de fallecimiento de uno de los cónyuges, pero en este trabajo solo me refiero a ese caso.

Hay que remarcar que estas facultades del viudo en relación con la vivienda familiar no son automáticas, sino que funcionan a petición expresa del superviviente. Esta circunstancia puede dar lugar a que, por ignorancia, el cónyuge pierda la posibilidad de ejercer su derecho.

En cuanto al momento en que han de ejercitarse cualquiera de esas facultades, ya se ha dicho que no existe un plazo como tal (GARCÍA URBANO, *Comentario del art. 1407*, 801), pero es obvio que debe llevarse a efecto antes de que finalice la liquidación de la sociedad de gananciales con la adjudicación de bienes concretos y determinados al viudo y a la herencia del fallecido para pago de su cuota ganancial.

El modo de ejercitar las facultades de los arts. 1406 y 1407 ha de ser expreso, la notificación por cualquier modo fehaciente (por ej., el envío de un burofax) del propósito del viudo a los herederos del fallecido, o, en su caso, al administrador del patrimonio a liquidar. Esos herederos deberán aceptar la opción tomada, aunque la vivienda familiar sea el único bien de la sociedad de gananciales.

Lo adecuado sería que viudo manifestara no solo su voluntad de que se le adjudique la vivienda familiar en su cuota ganancial sino simultáneamente, la modalidad de adjudicación; en propiedad o como un derecho de uso. De no pronunciarse sobre la modalidad se ha entendido que habrá de hacerse en propiedad ya que esta es la regla general (GARCÍA URBANO, *Comentario del art. 1407CC*, 800).

Una vez realizada y comunicada la opción es irrevocable

Si bien la compensación del cónyuge superviviente en caso de exceso en la adjudicación se prevé en metálico en el art. 1407, *in fine*, nada se dice de que tenga que ser dinero hereditario y puede serlo también personal del viudo. Esta no es una regla imperativa y por tanto es posible que el viudo pueda pactar con los herederos de su cónyuge otros modos de pago y, desde luego también los herederos pueden renunciar a ese resarcimiento económico³². Se ha propuesto como posible que si el pago del metálico compensatorio resultara muy gravoso para el cónyuge viudo, se podría probar con asimilar el supuesto al del art. 1431 CC, artículo que en sede del régimen de participación, para el supuesto de que mediaren dificultades graves para el pago inmediato de los beneficios, establece que se podrá solicitar al Juez que conceda un aplazamiento que no supere los tres años, siempre que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente afianzados (GARCÍA URBANO, *Comentario del art. 1407*, 803).

Merece la pena hacer mención del caso particular de que el cónyuge estuviera concursado (art. 125,3 LC). Aquí la regla no hace referencia a que el cónyuge concursado haya fallecido, pero hay que entender que como es también un supuesto de disolución de la sociedad conyugal se le aplicaría la regla de que el viudo tiene derecho a que la vivienda familiar ganancial se le incluya con preferencia en su haber hasta donde alcance, lo que se corresponde con lo dispuesto en el art. 1406 CC. En cambio, para el supuesto de que excediera ya no regiría el 1407 CC, sino la parte final del art. 125, 3: «...solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso».

32. Probablemente esto traería consecuencias fiscales indeseables.

C) El legado legal de la vivienda familiar del Art. 822 CC

La segunda regla de protección del viudo en relación con la vivienda contemplada en el CC, tiene un ámbito de aplicación aún más restringido que el derecho de incluir la vivienda ganancial en la cuota del viudo, me estoy refiriendo al art. 822 CC que prevé el legado legal de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, que necesite la vivienda, y que estuviera conviviendo con el causante al tiempo de su fallecimiento, legado que además no se computará para el cálculo de las legítimas.

El legatario no podrá impedir que continúen conviviendo en esa vivienda los demás legitimarios mientras lo necesiten.

Dicho legado no procederá si el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente. Seguramente al redactar este artículo se estaba pensando más que en el supuesto de cónyuge o ascendientes *discapacitados* (éstos últimos cuando tengan la condición de legitimarios), en descendientes en esa misma situación. De hecho, en el último párrafo se establece que este legado no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 CC, que coexistirá con el derecho del legatario.

Tal como se ha señalado, es lógico entender que cuando se de esta situación a la hora de valorar el derecho sobre la vivienda familiar que el supérstite ha solicitado que se incluya con preferencia en su haber, se descuenta el valor del gravamen que supone la imposición de la convivencia con otros legitimarios discapacitados (REBOLLEDO VARELA, *Comentario al art. 1406 CC*, 9945).

IV. EL DERECHO DE PREDETRACCIÓN DEL VIUDO SOBRE EL AJUAR FAMILIAR

1. Generalidades

Como es sabido el art. 1321 CC, primer párrafo, establece que al fallecimiento de uno de los cónyuges el ajuar de la vivienda habitual común, solo el de esa vivienda, se entregará al que sobreviva, sin computárselo en su haber. En el segundo párrafo excluye del concepto de ajuar familiar, «las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor». Este precepto, situado entre las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, el denominado régimen primario, se introdujo en el Código con la Ley 11/1981, de 13 de mayo. La ubicación del art. 1321 en el CC deja bien claro que, el derecho a la predetracción del ajuar familiar es común a todos los regímenes económico-matrimoniales, tanto los regulados específicamente, como cualesquiera otros que pudieran pactar los esposos³³.

33. En la redacción originaria del Código Civil, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales el art. 1420, establecía una regla similar, pero limitaba el ajuar familiar al lecho

Comprendo que pueda parecer que este derecho del cónyuge viudo es de tan pequeña entidad económica que no tiene sentido darle un espacio propio en este trabajo, aunque sea proporcional a su importancia. No obstante, creo que hay razones suficientes para justificarlo. Por una parte, su valor económico es mayor de lo que parece, no tanto porque los bienes que conforman el ajuar familiar valgan mucho, pues son bienes no de gran valor en sí mismos y ya usados, sino porque de tener que adquirir el viudo unos nuevos el desembolso que tendría que hacer no sería pequeño³⁴. Por otra parte, hay un valor sentimental o afectivo digno de consideración, en un momento difícil en la vida de las personas. Tiene además un componente de salvaguarda de la dignidad personal del viudo o viuda, evitando que pueda ser objeto de un expolio inmisericorde de los bienes que han acompañado su vida en el hogar familiar con el esposo fallecido.

2. Características del Derecho de predetracción del ajuar familiar

Además, las propias características del derecho de predetracción lo hacen muy interesante: es automático³⁵, al no ser un derecho hereditario no se computa dentro de la cuota hereditaria que le corresponda en la sucesión de su cónyuge por lo que no reduce otros derechos hereditarios, ni tampoco es consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial, con lo que si este fuera el de gananciales tampoco se aminorará se imputará a su mitad, ni si se tratará de uno de participación no se computará entre las ganancias. Es un derecho inembargable e irrenunciable previamente.

Los bienes que conforman el ajuar no llegan a formar parte del caudal relicto, y por tanto no se toman en consideración ni en las operaciones derivadas de la disolución y liquidación del régimen económico-matrimonial, ni en las de carácter sucesorio. Se detraen previamente a todas esas operaciones.

El derecho de predetracción es un derecho cuyo origen está en la vida en familia de los cónyuges, pero que nace en cabeza del superviviente en el momento del fallecimiento del otro.

Son varios los autores que, aunque no desarrollen el argumento, señalan que el derecho al ajuar familiar al no ser un derecho hereditario no se pierde ni con la indignidad ni con la desheredación (BARCELÓ DOMENECH, *Derecho de predetracción*, 515). Teniendo en cuenta la gravedad de las conductas que permiten declarar indigno o desheredar al cónyuge (arts. 756 y 855 CC), a primera vista, puede resultar llamativo que no sean una causa de privación del beneficio del art. 1321 CC, pero

de los esposos, así como a las ropas y vestidos de uso ordinario. En el caso de que el cónyuge superviviente fuera la mujer, se le abonaban los vestidos de luto del caudal de la herencia de su marido, con arreglo a su clase y fortuna (art. 1427).

34. Se trata de una medida que no está presente en todos los CC de nuestro entorno, como por ejemplo en el CC y comercial argentino de 2014.

35. Es más, ni siquiera es preciso solicitar su entrega, puesto que durante la vida en común de los cónyuges ambos eran coposeedores y con la muerte de uno, la posesión queda en manos del supérstite.

en realidad, en la mayor parte de los casos en los que se hayan dado esas conductas se hace difícil pensar que después de que se hayan producido la convivencia entre los cónyuges vaya a continuar, salvo que haya mediado perdón por parte del ofendido, con lo que el problema difícilmente se planteará en la práctica.

El art. 1321 CC es una norma de carácter imperativo, que por tanto no admite pacto válido en contra, si bien es opinión común de los autores que si puede pactarse en capitulaciones sustituir ese derecho por otros beneficios equivalentes para el superviviente (ALBALADEJO, *Curso de Derecho de familia*, 145, nota 1), como puede ser una renta u otros bienes. Consecuentemente con su imperatividad es un derecho irrenunciable previamente

Los cónyuges no pueden disponer por testamento de los bienes que forman parte del ajuar familiar sino es para el supuesto de supervivencia al otro cónyuge, puesto que la atribución legal al sobreviviente es imperativa (en este sentido la STS 19.05.2000, RJ 2000, 3585)³⁶.

Sus características especiales hacen que el derecho pase por delante de otros sujetos con intereses legítimos en la sucesión, como son los demás sucesores del fallecido o incluso sus acreedores, así que esos bienes no responden ni de las deudas del causante ni de las cargas de la herencia.

3. Requisitos

Son dos los requisitos para la aplicación del precepto: el matrimonio y el fallecimiento de uno de los cónyuges constante matrimonio.

A) Matrimonio

Aunque, conforme a la letra del precepto, es patente la exigencia de matrimonio, por lo que el cónyuge divorciado carecería de tal derecho, pueden surgir dudas respecto a otras posibles situaciones matrimoniales. Así con respecto a los cónyuges separados judicialmente o, de hecho.

Cuando la situación del matrimonio a la muerte del cónyuge es de separación judicial, los autores opinan de forma unánime que se pierde tal derecho y se muestran proclives, aunque dudosos a que suceda lo mismo cuando hay una separación de hecho, aunque en ambos casos el vínculo matrimonial sigue existiendo. Aunque literalmente el art. 1321 se limite a hablar de matrimonio, se comprende que la exigencia ha de interpretarse un poco más allá de la pura existencia del vínculo, porque el fundamento del derecho al ajuar familiar es la existencia de vida matrimonial, en la que la convivencia es algo esencial. Por esa

36. En el caso el fallecido incluye en su testamento una cláusula por la que lega a una hija, todos los bienes muebles que existan en la vivienda familiar. La viuda del causante y también madre de la hija reclama dichos bienes por ser constitutivos del hogar familiar. El TS estima la demanda señalando que el testador no puede disponer contra ley imperativa y que la contenida en el art. 1321 CC lo es.

razón es por la que la predetracción no tiene razón de ser cuando hay una separación judicial, pues esta pone de manifiesto un cese de la convivencia marital que al oficializarse puede entenderse más definitiva en la intención de los cónyuges y generalmente se acompaña de un reparto entre ellos del ajuar familiar.

En cambio, si la separación es de hecho puede resultar excesivo entender, sin más matización, que el derecho desaparece automáticamente. Daría un resultado más equilibrado distinguir entre distintos tipos de separación de hecho. No es lo mismo que el fallecimiento del cónyuge se haya producido durante una separación temporal que no es larga y que no se plantea como definitiva, de otra que se comprenda (por el largo tiempo transcurrido en esa situación o, por otras circunstancias) que se plantea como definitiva. En el primer caso parece excesivo eliminar el beneficio del ajuar familiar para el supérstite (DÍAZ ALABART, *El derecho de predetracción del ajuar familiar del cónyuge viudo*).

B) Parejas de hecho

En el art. 1321 CC no se contempla a las parejas de hecho, y tampoco existe hoy una ley de parejas de hecho de ámbito estatal. Pero tal y como se ha destacado, en nuestra sociedad, hay un creciente aumento cuantitativo y cualitativo de convivientes *more uxorio* por lo que es necesario. hacer algunas reflexiones, sobre la posibilidad de aplicación de este beneficio a las parejas que, sometidas al régimen del Código civil, reúnan los requisitos para considerarse como tales, en el momento del fallecimiento de uno de los convivientes.

No hay una opinión unánime entre los autores sobre la posibilidad de aplicación del art 1321 CC a las parejas de hecho, pero la opinión mayoritaria es favorable y los argumentos que se manejan para refrendar esa postura son de peso. El fundamental es que, si como se ha señalado el fundamento último del mandato del art. 1321 CC es la convivencia estable *more uxorio*, que es precisamente la que determina el uso común del ajuar familiar, esa situación se da tanto en el matrimonio como en las parejas de hecho reconocidas como tales legalmente.

4. Contenido

Está constituido por las ropas³⁷, mobiliario y enseres de la vivienda habitual y tienen como denominador común que todos ellos puedan formar parte de la categoría «ajuar familiar», el que se usan para cubrir las necesidades esenciales y de confort en la vida diaria de los cónyuges (y en su caso, del resto de la familia conviviente) en la vivienda habitual común. El número y calidad de los mismos dependerá del nivel económico de cada pareja.

Todos ellos tienen un denominador común que hace que todos ellos puedan formar parte de la categoría «ajuar familiar», que se usan para cubrir las necesi-

37. No se incluyen en el ajuar las ropas de uso personal de cada uno de los cónyuges.

dades esenciales y de confort en la vida diaria de los cónyuges en la vivienda habitual común. El número y calidad de los mismos dependerá del nivel económico de cada pareja.

Quedan excluidos las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

La cuestión principal que se plantea aquí es la de qué criterio aplicar para dilucidar si el objeto de que se trate es o no, dentro de su categoría, de extraordinario valor. Dentro de los dos posibles criterios, el puramente objetivo, esto es el valor del objeto en sí mismo, y el que lo pone en conexión con la situación económica de la familia, el segundo es el acogido casi de forma unánime (HERREIRO GARCÍA, *Comentario al art 1321 CC*, 594). Además, es este el que se emplea en otros preceptos del Código civil para distintas situaciones³⁸, y el que aparece en los antecedentes de la norma. Asimismo, lo acoge la jurisprudencia (STS 16.02.2004, (RJ 2004, 749).

VI. CONCLUSIONES

Después de este breve examen de estas figuras la única conclusión a la que se puede llegar es a la constatación de lo escasa que resulta la protección que otorga el CC a los cónyuges viudos en familias con un nivel económico bajo o medio, en las que los bienes son la vivienda familiar y algún pequeño ahorro, y ya con suerte, una segunda vivienda vacacional. Todavía los casados en régimen de gananciales o en régimen de participación, tienen una mejor perspectiva que los sometidos al régimen de separación. Así, cuando hay hijos o descendientes, frecuentemente el viudo ve seriamente perjudicado su nivel de vida y eso es algo que en la actual sociedad española no se entiende.

No es nada casual que esta situación de brusco empobrecimiento resulte tener una mayor incidencia cuando el cónyuge superviviente es la mujer. Aunque la mujer en un alto porcentaje se haya incorporado al mundo del trabajo, no todas han podido hacerlo, y sobre todo sigue siendo habitual que las mujeres casadas o viviendo en pareja, al ser las que asumen en mayor medida el cuidado de los hijos, son las que por mor de la conciliación familiar pasan periodos largos sin trabajar, u optan por trabajos a media jornada, con lo que sus rendimientos laborales suelen ser más bajos que los de sus maridos o parejas.

Todos los cambios de una cierta entidad en situaciones que llevan produciéndose mucho tiempo son difíciles, pero no me cabe duda esto debe cambiar ya.

No obstante, hay que ser muy consciente que lo que no es factible es que sobre un patrimonio escaso o de poca entidad económica se pueda asegurar

38. Así, en el art. 1362, 1º CC al aclarar en el régimen de gananciales, que se consideran cargas del matrimonio, el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, ya que ese concepto de carga es el que se aplica en el régimen primario con respecto al levantamiento de dichas cargas (art. 1318 CC).

totalmente la situación del viudo, la de los hijos, y además ampliar significativamente la libertad de testar del causante. Es casi pretender la cuadratura del círculo, pero no cabe duda que hoy hay un trato excesivamente favorable para los hijos en detrimento de la protección del cónyuge.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *La mejora*, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003, p. 68.
- Curso de Derecho de familia*, 12ª ed., puesta al día por S. Díaz Alabart, Madrid 2013, p. 145, nota 1.
- ASÚA GONZÁLEZ, C., «Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España, núm.295/2019 de 24 de mayo, «Revista Boliviana de Derecho», núm. 29, 2020, pp. 502-511.
- BARCELÓ DOMENECH, J., «Derecho de predetracción del cónyuge supérstite», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J.M. González Porras y F. P. Méndez González), t. I, Colegio de Registradores de la propiedad y servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 518-519.
- BUSTO LAGO, J.M., «Limitaciones dispositivas del causante: Legítimas y reservas», en «Derecho de sucesiones» coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-cano, Tecnos, Madrid 2009.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La fiducia sucesoria secreta», Dykinson, 1996.
- DÍAZ ALABART, S., «El derecho de predetracción del ajuar familiar del cónyuge viudo» en «estudios de derecho privado homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos», dirigido por J.R. de Verda y Beamonte. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 515-533.
- «La protección económica de los discapacitados a través del derecho de sucesiones», en «La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad», coordinada por J. Pérez de Vargas Muñoz y M. Pereña Vicente vol- 1, 2001.-
- DÍAZ TEIJEIRO, C. «Delegación, facultad de mejorar y pago de la legítima, comentario a la STS de 24 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2112) en CCJC núm. 112, 2020, pp.289-306.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El derecho a la propiedad y a la herencia ante la nueva realidad social», discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y jurisprudencia de Valladolid, leído el 29 de noviembre de 2024.
- GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del CC», T. II, sociedad tipográfico-editorial, 1852, Madrid, p.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, núm. 1, 2008, p.94.
- GARCÍA URBANO, J.M., Comentario al art. 1406 CC, en Comentario del Código Civil, T.II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

- HERRRERO GARCÍA, M.J., Comentario al art 1321 CC en «Comentario del Código Civil», T.II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 594.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario a los arts. 1406 y 1407 CC», en «Comentarios al Código civil», dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021.
- PEREÑA VICENTE, M.: «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», Boletín Colegio Registradores de España, núm.103, 2005.
- PÉREZ VELAZQUEZ, J.P., «Sobre la exigua utilización del art. 831 del CC. Aporías de su actual redacción», en ADC T. LXXII, fasc. III, pp. 1133-1202, 2019.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La sociedad de gananciales», en «Tratado de Derecho de la Familia», dirigido por Yzquierdo Tolsada, M. Y Cuenca Casas, M., Vol. III, Thomson- Aranzadi, 2011.
- RAMS ALBESA, J., en «Elementos de Derecho Civil. Familia», T.IV, J. L., Lacruz Berdejo y otros, 2ª ed., Dykinson, Madrid 2005
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en «La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro», coordinado por A.L. Rebolledo Varela, Dykinson, Madrid 2010.
- «Comentario a los arts. 1406 y 1407 CC», «Comentarios al Código Civil», dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo blanch, Valencia 2013.
- ROCA GUILLAMÓN, J., Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al art. 831 del Código Civil- Ley 41/2003), en Libro-Homenaje, M. Albaladejo, T.II,
- RUEDA ESTEBAN, L., «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 813 del Código civil: auténtica fiducia sucesoria en el derecho común», Consejo General del Notariado, Madrid 2014.
- SIERRA PÉREZ, I., «La fiducia sucesoria en Derecho común. El artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre», en Revista de Derecho patrimonial, núm 2695, Aranzadi, 2007.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B., «Comentario al art. 831 CC», «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, T.I, Madrid 1991, pp.2054-2060.
- VIVES DE ANTELO, M.P., «Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo: art. 831 CC», Actualidad Jurídica Iberoamericana, 2020.
- ZURILLA CARIÑANO, M.A., «Comentario al art. 831 CC», en «Comentarios al Código Civil», coordinados por R. Bercovitz Rodríguez -Cano, Thomson-Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2021

ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES*

M^a Patricia Represa Polo

Profesora titular UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENCIALES. 1. Solvencia de la Sociedad de gananciales: pago de deudas y reintegros. 2. Pago de la mitad de gananciales y compensaciones posibles. III. ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE LA VIVIENDA HABITUAL EN CASO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD POR FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE. 1. Atribución preferencial cuando la vivienda está libre de cargas. 2. Atribución preferencial cuando la vivienda está gravada con hipoteca. IV. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente, el régimen económico más protector con los cónyuges sea la sociedad de gananciales, la solidaridad característica del mismo se manifiesta, especialmente, en el momento de la liquidación, no sólo por cuanto tras el pago de las deudas y posibles reintegros pendientes, se manifiesta el reparto de las ganancias, caracterizador de este régimen económico, sino porque con el fin de proteger a uno de los cónyuges, especialmente, si la disolución y liquidación es por causa del fallecimiento de uno de ellos, se regulan unos criterios de atribución preferente de los bienes (CORRIPIO GIL DELGADO, *ADC*, nº3, 2024. 1124).

Sin desconocer el origen histórico y la finalidad que estaban llamadas a cumplir las primeras normas de atribución preferente en el Derecho francés¹, su

* Este trabajo se enmarca en las actividades de la Academia Internacional de Sucesiones y en los resultados del Proyecto PID2022-139281-NB-100: Retos del Derecho de sucesiones.

1. Puede consultarse el trabajo de RAMS ALBESA sobre las atribuciones preferenciales «Las atribuciones preferenciales en la liquidación del régimen de gananciales» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985.

introducción en el Código Civil en el año 1981 sin duda busca proteger al cónyuge, como hemos dicho, lo que se manifiesta, especialmente, en el derecho de atribución preferente de la empresa de carácter ganancial y de la vivienda habitual, esta finalidad está presente en la actualidad, más allá del mantenimiento indivisa de la explotación familiar. Por ello, considero oportuno analizar al detalle estas atribuciones preferenciales con el fin de determinar si en los términos en los que aparecen configuradas en el Código y han sido aplicadas cumplen su función protectora y, en caso negativo, establecer cuáles pueden ser las dificultades u obstáculos para ello, con el fin de plantear posibles soluciones.

Todo ello, bajo la premisa de necesidad de proteger al cónyuge viudo y la conexión directa con el derecho de sucesiones cuando la liquidación es por fallecimiento y atendiendo a la situación actual del mercado de la vivienda y condiciones de acceso, así como teniendo en cuenta las peculiaridades de la composición del patrimonio familiar en el que la vivienda pasa por ser si no el único bien sí el de mayor valor económico.

II. NATURALEZA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENCIALES

El artículo 1406 CC dispone que «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance» determinados bienes a los que se hallan, especialmente, vinculados por razón de uso, como son sus objetos personales, por razón de actividad profesional o empresarial, o por ser la vivienda en la que residía el matrimonio antes del fallecimiento de uno de los cónyuges². La finalidad es dar continuidad al uso, al ejercicio de la actividad profesional con el fin de asegurar su subsistencia y atender a la necesidad de residencia del cónyuge viudo en correspondencia al derecho de predetracción reconocido al mismo en el artículo 1321 CC dentro de las disposiciones del régimen económico primario³.

No admite discusión que nos encontramos ante un derecho facultativo en sede de partición del régimen económico, lo que supone que su titular puede ejercitarlo o no, pero de ejercitarlo deben atribuírsele en pago de su mitad de gananciales los bienes correspondientes, lo que nos coloca en el *prius* necesario para el ejercicio del derecho, a saber, que después de la liquidación de la sociedad de gananciales todavía estén los bienes en el patrimonio ganancial, lo que confirma que nos encontramos ante una norma particional. De manera, que es presupuesto del ejercicio del derecho no sólo la solvencia de la sociedad tras la

2. Respecto a la atribución preferencial del local ganancial la STS 30.12.1998 (JUR 9763) delimita claramente su finalidad: «Este precepto contiene una efectiva adjudicación preferencial a fin de satisfacer y proteger intereses personales- profesionales y preservar los consecuentes económicos, que podían resultar gravemente afectadas, si por consecuencia de la partición ganancial se priva a los cónyuges de continuar en el ejercicio de la actuación profesional desarrollado en el espacio físico construido en que se venía practicando».

3. Esta finalidad es la que determina que sea un derecho personalísimo de los cónyuges y que no pueda ser ejercitado por sus sucesores (MARTÍNEZ MELÉNDEZ, ADC, 2019, p. 1064).

liquidación sino que entre el patrimonio restante de la sociedad queden los bienes atribuibles preferencialmente.

Todo ello, lleva a plantearse la necesidad de coordinar este precepto con la liquidación o el pago de las deudas de la sociedad. En este sentido, los bienes señalados deben «superar» el proceso liquidatorio, en el sentido de que si había deudas gananciales o reintegros a favor de alguno de los cónyuges unos y otros se hayan atendido con otros bienes.

La segunda premisa clave derivada del carácter particional de la norma es que la atribución preferente debe realizarse en pago de su mitad de gananciales; lo que supone que, salvo en los casos que prevé el artículo 1407 CC, no será posible la atribución cuando se produzca un exceso de adjudicación; por su parte, en los casos en los que el artículo excepciona y permite la atribución el cónyuge beneficiario de la atribución deberá compensar al otro cónyuge o a sus herederos.

1. Solvencia de la sociedad de gananciales: pago de deudas y reintegros

De acuerdo con lo previsto en el Código, la liquidación de la sociedad comenzará con el inventario del activo y pasivo, para pasar, en su caso, al pago de las deudas pendientes. Al respecto, señala el artículo 1400 CC que, si no hubiera metálico suficiente, se procederá a la entrega de bienes en pago de las deudas y si lo pidiera alguno de los acreedores o un partícipe de la comunidad se procederá a su venta⁴.

Si tenemos en cuenta que la atribución preferencial opera en el momento de la partición, su ejercicio estará condicionado por la liquidación previa de la sociedad; por lo que será necesario que liquidada la sociedad los bienes preferenciales sigan en el activo. Aparece, de este modo, el que será primer obstáculo que deberán salvar los bienes, en el sentido de que si no hay efectivo para el pago de las deudas y los acreedores o el otro cónyuge o sus herederos proponen la entrega de bienes en pago o su venta, puede ser que los bienes sobre lo que recae la atribución deban enajenarse, el riesgo de la previsión contenida en el artículo 1400 CC es que el cónyuge no beneficiado por la atribución preferencial o sus herederos insten la dación en pago o la venta de dichos bienes, con el fin de que no pueda beneficiarse, en su momento, de los privilegios reconocidos en la norma.

Sin embargo, aunque es cierto que no podemos afirmar la existencia de un privilegio especial de los bienes que los excluya o que postergue su realización, sí podemos conforme a las reglas generales de ejercicio de los derechos afirmar que cuando el cónyuge o sus sucesores realicen un ejercicio abusivo de su dere-

4. Cabría también las posibilidades que el cónyuge asumiera la deuda con el consentimiento del acreedor (MORALEJO IMBERNÓN: *Comentarios al Código Civil*, 2021. p. 1803). Lo que será muy interesante y habitual en el caso de que un inmueble esté gravado con garantía hipotecaria y uno de los cónyuges se atribuya el inmueble y con él asuma el crédito pendiente.

cho se aplicarán las consecuencias del artículo 7.2 CC⁵. Este «beneficio de excusión o separación» sería aplicable también cuando son los terceros quienes instan la realización de los bienes, ya que lo que deben asegurarse es cobrar su crédito y salvo que tengan constituida garantía a su favor sobre el bien, no podrán imponer su criterio; para ello resulta necesario que el cónyuge anuncie desde el inicio su voluntad de querer ejercitar la atribución preferencial que le corresponde.

Precisamente, para ello debe reconocerse al cónyuge beneficiario la opción de pagar directamente la deuda y convertirse en deudor de la sociedad o también como es frecuente en el caso de crédito hipotecario que grava la vivienda habitual, el viudo puede asumir continuar con el pago de la cantidad restante, atribuyéndose la vivienda en propiedad (REBOLLEDO VARELA, *El Derecho de Familia ante la crisis económica, La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, p. 97)⁶. Sin olvidar que en este proceso los derechos de terceros son preferentes a los de los cónyuges (RAMS ALBESA, RCDI. p. 932).

En este sentido, cuando existan otros bienes gananciales con los que sea posible pagar las deudas o que pueda instarse su venta, que no se vean afectados por los criterios de preferencia del artículo 1406 CC, no será viable la propuesta de enajenación de los bienes citados, sobre todo aquellos cuya naturaleza sea mantener al cónyuge en el uso de la vivienda familiar o en la continuidad de la empresa familiar, todo ello teniendo en cuenta que la propia LEC exige que al trabarse el embargo se realice con la menor onerosidad posible (artículo 592 LEC) (PÉREZ MARTÍN, *Liquidación judicial de la sociedad de gananciales*, 2023. pp. 651-652)⁷. Entenderlo de otra manera sería frustrar el fin de las adjudicaciones.

Una vez superado este primer obstáculo, es decir, si no hubiera deudas o estas se pagaran con metálico ganancial u otros bienes comunes, los cónyuges deberán reintegrarse en los términos previstos en el artículo 1358 CC. En este sentido, el artículo 1403 CC dispone que en pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge se podrán realizar «las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad.»

Al respecto cabría plantear la misma cuestión que en el caso anterior, el cónyuge no beneficiario de las atribuciones preferenciales ¿podría en cobro de sus créditos frente a la sociedad solicitar que se atribuyan en pago o se enajenen los bienes mencionados en el artículo 1406 CC? Creo que la respuesta sería idéntica

5. MARTÍNEZ MELÉNDEZ: ob. cit. «El ejercicio de los derechos... Al respecto, entiende la autora que habría abuso de derecho cuando «En los supuestos del artículo 1405 CC, cuando no exista numerario ganancial y se acuda a la adjudicación de bienes comunes, la existencia de un derecho de atribución preferente implicará que la actitud injustificada del esposo no titular del mismo que no haga posible la adjudicación al titular, deberá considerarse como constitutiva de abuso de derecho» (ob. cit. p. 1123).

6. Así se prevé en el artículo 265.5 Código Foral Aragón, precepto que regula con mayor precisión la liquidación de las deudas o reintegros entre cónyuges y sociedad.

7. En el caso de que se proponga la dación en pago es necesario el acuerdo de los cónyuges con los acreedores o del cónyuge y los sucesores del fallecido con los acreedores, si no se produce se deberá instar la enajenación de bienes, pero si el cónyuge beneficiario ofrece alternativas se deberá atender a ello.

al supuesto de pago de las deudas de la sociedad con terceros en el sentido de que, si hubiera otros bienes sobre los que realizar su crédito, exigir que se realice sobre los bienes preferenciales podría entenderse un ejercicio abusivo de su derecho⁸. Por ello, creemos que puede concluirse que para no frustrar el fin del artículo 1406 CC se puede entender que los bienes gozan de una especie de «privilegio de excusión» durante la liquidación del pago de las deudas de la sociedad de gananciales. Lo anterior respecto a la solicitud de ejecución de los bienes; en cuanto a la posible adjudicación de bienes, en principio, aparece excluida de la norma para garantizar el principio de igualdad cualitativa en la partición, previsto en el artículo 1061 CC, pero cuando es la propia norma la que permite desigualar en los términos previstos en el artículo 1406 CC⁹, en consonancia con ello debemos admitir que el cónyuge no afectado por la atribución preferencial no podrá solicitar la adjudicación en pago de dichos bienes, si hay otros con los que satisfacer su deuda.

Por el contrario, el cónyuge beneficiario de la atribución preferencial podrá atribuirse los bienes en pago de la deuda y de su mitad de gananciales; de manera que sea más factible dar cumplimiento a la división de la sociedad y al pago, en su caso, de las compensaciones oportunas. Se pone así de manifiesto que, aunque el orden lógico, de la liquidación de la sociedad es liquidar y partir, no siendo un procedimiento de liquidación concursal, la operación debe contemplarse de manera global con el fin de lograr su eficiencia y garantizar los derechos de los cónyuges.

En este sentido, cuando el acreedor del reintegro sea el beneficiario de la atribución preferencial, por ejemplo, en lo que aquí nos interesa cuando sea el viudo quien puede ejercitar el derecho de atribución preferente sobre la vivienda habitual, una vez que se atribuya la misma en pago de su mitad de gananciales en virtud del artículo 1406 CC, la posible compensación que deba realizar podrá reducirse en la cantidad que le correspondiera por derecho de reintegro; de manera que sólo deberá compensar por el exceso de adjudicación a los sucesores del cónyuge fallecido. Por lo que si al viudo le corresponde 300 por su mitad de gananciales y se atribuye la vivienda habitual, valorada en 500, deberá compensar por los 200 de sobre adjudicación, pero si era beneficiario de un reintegro frente a la sociedad por valor de 100, sólo tendrá que compensar por 100 a los sucesores. Sería posible esto, aunque el Código primero hable del pago o liquidación de la sociedad para posteriormente adjudicar bienes. Como señala Beltrán de Heredia representa esta idea la posibilidad de potenciar o facilitar las atribuciones preferenciales (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, 2002. p. 3).

8. Precisamente, así lo recoge el artículo 1471.1 *Code*, para salvaguardar el bien objeto de atribución preferente.

9. En cualquier caso, el principio de igualdad cuantitativa queda roto desde el momento en el caso de liquidación por fallecimiento de uno de los cónyuges el artículo 1321 CC reconoce el derecho de predetracción del viudo según el cual tiene derecho al ajuar de la vivienda familiar sin que compute en su mitad de gananciales ni en la herencia del fallecido.

Sucedará lo mismo cuando nos encontremos ante el supuesto del artículo 1405 CC, es decir, cuando un cónyuge sea deudor personal del otro, quien se niega al pago, en cuyo caso podrá cobrarse atribuyéndose bienes comunes; de esta forma, la atribución de uno de los bienes preferenciales en pago de su mitad de gananciales y como imputación del crédito contra el otro cónyuge podrá determinar que no sea necesario la compensación a la que hace referencia el artículo 1407 CC. En este sentido, si el cónyuge se atribuye el local comercial, valorado en 400, por su mitad de gananciales, se estaría atribuyendo 200, si, además, se cobra sobre el mismo el crédito de 200 que le debe el otro cónyuge; no sólo no tendrá que compensar sino que, si los bienes de la sociedad superan el valor de 400, deberá adjudicarse algún bien más.

Se entiende, de este modo, que el derecho de atribución preferente no es una expectativa sino un derecho efectivo del cónyuge en la partición de la sociedad de gananciales, que se manifiesta ya en la fase liquidatoria (RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, 1992. p. 459).¹⁰. Pero, cuyo ejercicio estará pendiente de «la falta de numerario ganancial para pagar a los terceros acreedores de la sociedad, la existencia de reintegros e indemnizaciones debidos por la sociedad de gananciales a uno de los esposos, o la presencia de créditos personales entre cónyuges no pagados al liquidarse la sociedad, pueden, según los casos, facilitar o dificultar el juego de los derechos de atribución preferente, si bien siempre ha de tratarse de compatibilizar los derechos de unos y otros» (MARTÍNEZ MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1077), lo que parece claro es que las atribuciones tampoco les pueden perjudicar. En cualquier caso, «en la medida de lo posible, hay que conjugar la liquidación del pasivo con las reglas de la partición del haber sobrante, en concreto, tratando de respetar, si puede ser, el principio de igualdad cualitativa de los lotes y, sobre todo, los derechos de atribución preferente a los que se refieren los artículos 1406 y 1407 CC» (GOZALO GONZÁLEZ, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2002. p. 18).

2. Pago de la mitad de gananciales y compensaciones posibles

Precisamente, es en el momento de partición de la sociedad de gananciales y la atribución a cada uno de los cónyuges de bienes en pago de su mitad de gananciales cuando se revela el ejercicio del derecho de atribución preferente, lo que no excluye que no se haya puesto de manifiesto, como hemos visto, en un momento anterior.

En este sentido, liquidada la sociedad, el cónyuge beneficiario de la atribución preferencial podrá solicitar que en pago de su mitad de gananciales se le atribuyan determinados bienes. En este caso, lo que representa una facultad de

10. Por ello, la efectiva realización de este derecho exigirá que en la fase liquidatoria el cónyuge beneficiario de la atribución preferencial haya manifestado su voluntad de ejercitar la misma, precisamente cuando la liquidación sea judicial en la propuesta de liquidación que acompaña la demanda debe hacerse referencia a su ejercicio (art. 810 LEC) PÉREZ MARTÍN, ob.cit. p. 583.

un cónyuge se convierte en obligación para el otro cónyuge o sus sucesores, que no podrán oponerse a la misma, salvo que se haya pactado lo contrario en capitulaciones patrimoniales o en pactos en previsión de ruptura¹¹.

El ejercicio de esta facultad por su titular, que *per se* supone la ruptura del principio de igualdad de lotes en la adjudicación, no determina que al otro cónyuge le correspondan bienes de igual naturaleza en la partición, lo que no obsta a que habiéndolos se respete la igualdad en el resto de las atribuciones; pero en sí el ejercicio de la atribución preferencial excluye o excepciona la igualdad cualitativa. Todo ello, por distintas razones. Primero, porque el legislador entiende que existen razones suficientes en estos casos para excepcionar el principio de igualdad de lotes de artículo 1061 CC, aplicado analógicamente a la partición de bienes de la sociedad de gananciales¹². En segundo lugar, por cuanto es un derecho reconocido a ambos cónyuges en el caso del primer apartado del artículo 1406 CC, así cada cónyuge tendrá derecho de atribución preferente sobre los bienes de uso personal que sean de extraordinario valor; de manera que los dos podrán ejercitar esta opción. La posibilidad de que los bienes de uso personal de uno y otro sean de distinta naturaleza, no supone por ello que la igualdad esté excepcionada por cuanto han tenido el mismo derecho y *ab initio* la desigualdad de bienes de uso personal estaba determinada.

En el caso de los apartados segundo y tercero la excepcionalidad a la igualdad viene determinada por la idea de dar continuidad a la empresa familiar o a la actividad profesional del cónyuge¹³, fundamento suficiente para ejercer la atribución y con ello desigualar, lo que justifica que si sólo uno de los cónyuges estuviera implicado en la actividad podrá ejercitar la atribución preferencial

11. Gomá Lanzón lo define como «un derecho potestativo, de modificación, caracterización o de formación jurídica» (GOMÁ LANZÓN, Instituciones de Derecho Privado, 2015,.p. 306).

12. Entre otras razones por cuanto la igualdad cualitativa adquiere pleno sentido por cuanto se recoge en una norma contemplada para otro proceso particional, que adquiere pleno significado en un sistema en el que se contempla la sucesión forzosa y en el que la regla general es naturaleza de la legítima como *pars bonorum*, aunque progresivamente se hayan reconocido algunas excepciones que permitan cuestionar dicha naturaleza. En este sentido, la aplicación analógica a un proceso particional regido por otros principios determinan que atendiendo a distintos intereses se pueda excepcionar la regla de manera que la igualdad cualitativa quede relegada cuando existan otros intereses, ya que lo único que hay que asegurar es que acada cónyuge o sus sucesores se les satisfaga su mitad de gananciales sea con bienes de tal naturaleza o con dinero, siendo la naturaleza del derecho de los cónyuge más próxima a una *pars creditorum*. STS 28.07.2020 (JUR 2477).

13. El fundamento de esta excepcionalidad es tan importante que se ha afirmado que «Uno de los retos más relevantes al que se enfrenta o puede enfrentarse una empresa familiar es el de establecer mecanismos que garanticen su continuidad a largo plazo. En esos casos, cobran especial importancia las medidas de carácter patrimonial que puedan adoptarse en un proceso judicial matrimonial (...). Tales mecanismos pueden incidir directamente en la empresa familiar, poniendo en peligro no solo su gestión, sino también, en ocasiones, su propia subsistencia»

Se pone de manifiesto, también, la importancia en la continuidad de la explotación en el caso de la SAP A Coruña 16.03.2010 (JUR 331016) en la que el local formaba parte de la vivienda familiar, constituyendo un único inmueble no susceptible de división y se atribuye en virtud del art. 1406.3 CC el mismo al cónyuge que realizaba la actividad y con él la vivienda para que puede continuar en el ejercicio de la misma.

(TRIGO SIERRA, E., GUERRERO ENRIQUEZ, L., Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2017. p. 93); si fueran los dos cónyuges quienes ejercieran la actividad profesional es cuando surgirá el conflicto, en cuyo caso, nada excluye que se pueda realizar la atribución conjunta con el fin de que los dos cónyuges siguieran en el ejercicio de la actividad profesional (RAMS ALBESA, RCDI, 1985. p.761) ¹⁴, será en el caso de que no quieran esta opción cuando el juez deba decidir.

Finalmente, en el caso de la vivienda para el caso de liquidación por fallecimiento de uno de los cónyuges¹⁵, las razones que justifican la excepción a la desigualdad de lotes son evidentes: dar continuidad al cónyuge en la que era la vivienda familiar¹⁶, dando prioridad lógicamente a quien ya era titular frente a

14. Precisamente, así se prevé en el Código Civil francés y, aunque la norma lo que pretende es la división y adjudicación de bienes, no existe argumentos ni es contrario a ello, las situaciones de cotitularidad, cuando existan razones para ello; máxime porque se pasa de una sociedad o comunidad germánica a una comunidad romana, con cuotas atribuidas a cada uno de los comuneros y con opciones de salir de la situación de indivisión cuando lo crean oportuno. Así se delimita en la Resolución DGSGFP 08.03.2012 (JUR 6153) «puesto que el presente caso sería una sociedad de tipo germánico, lo que implica que disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que lo integran, y de la que pueda disponerse separadamente; sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial, en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o, como en el presente caso, de sus respectivos herederos y, solamente, cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias».

Por el contrario, Trigo Sierra y Guerrero Enriquez. entienden que, en estos casos, se aplicarán las normas generales de liquidación (TRIGO SIERRA, GUERRERO ENRIQUEZ, ob. cit. p. 95). Directamente, MARTÍNEZ MELÉNDEZ afirma que sólo es posible el ejercicio de esta atribución preferente cuando uno de los cónyuges reúne los requisitos del artículo 1406.2 CC, lo que parece excluir esta posibilidad cuando los dos cónyuges exploten la empresa ganancial (MARTÍNEZ MELÉNDEZ, RCDI, 2015, n° 752. p. 3172).

15. Se recoge esta atribución preferente en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales cuando un cónyuge es declarado en concurso a favor del otro cónyuge en artículo 125.3 del RDL 1/2020 de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal que indica: «El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera sólo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso».

16. La STS 16.03.2007 (JUR 1861), aunque no se pronuncia al respecto de la atribución preferencial que solicita la viuda, sí recoge de cara a la aplicación del artículo 1354 CC el pronunciamiento de instancia sobre la condición de vivienda familiar a efectos de dicha norma que podría trasladarse al artículo 1406 CC, en este sentido señala que «Debe ser la vivienda familiar en el momento del fallecimiento del causante, no en el momento de la liquidación «había dejado de habitarla», pues ello se justificaría por el reciente óbito del marido, dolor viudal y necesidad de consuelo de los familiares; que la norma al referirse «donde tuviese la vivienda habitual», alude claramente al momento de fallecimiento del causante y también al concepto de residencia y no al de permanencia ininterrumpida en la vivienda; que los presupuestos de aplicación del art. 1406.4º del Código Civil son el carácter ganancial de la vivienda, que hubiera sido residencia habitual u hogar familiar de los cónyuges, aunque no lo sea en el momento de partición o liquidación de la masa ganancial, y el fallecimiento de un cónyuge con anterioridad a la liquidación del haber ganancial,

terceros¹⁷, prioridad que debe mantenerse, incluso, frente a derechos de terceros que surjan con posterioridad¹⁸. Precisamente, se manifiesta el artículo 1406.4 CC como una de las normas de protección del viudo proyectada sobre el uso de la vivienda familiar y es esa idea de protección es como debemos interpretar y aplicar la norma.

Sin embargo, es necesario que el cónyuge lo solicite por cuanto se trata de una facultad, que en ningún caso puede atribuirse contra su voluntad, el hecho de no reclamarse equivale a la renuncia de este derecho. Así lo puso de manifiesto la STS 27.01.2017 (JUR 342) en la que se reconoce que nos es posible la imposición de la atribución, por lo que cuando uno de los cónyuges en ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 1062 CC solicite la venta en pública subasta, aunque ello perjudique a los dos, deberá procederse a la venta de los bienes.

Por el contrario, la STS 28.07.2020 (JUR 2020) justifica la imposición de la adjudicación forzosa a uno de los cónyuges de las acciones correspondientes a la sociedad conyugal en la empresa familiar por entender que la venta en pública subasta conduciría a la mantener la situación de indivisibilidad por ser previsible que no concurriría nadie a la misma y esa situación de indivisión es contraria a la finalidad de cualquier proceso divisorio¹⁹. Resulta curioso, el voto particular que recoge la sentencia en el que, precisamente, se critica la solución mayoritaria por entender que es contraria a la jurisprudencia y con ella al artículo 1062 CC sin que pueda entenderse que existe mala fe en el cónyuge que solicita la venta en pública subasta de las acciones, consciente de que nadie va

cualquiera que hubiera sido la causa de su disolución; que dicho art. 1406.4º contiene un motivo de humanidad para mantener al cónyuge superviviente en el que fue hogar familiar, y el vivir temporalmente la viuda con sus padres no supone inaplicación de este precepto, ni la renuncia de la viuda a este derecho.

17. Resolución DGFPJSJ 02.03.2015 (JUR 6507): «En consecuencia, no se puede sostener el fundamento de la nota de calificación relativo a que «la viuda se adjudica en pago de sus gananciales el pleno dominio de la totalidad de la finca», refiriéndose a la vivienda habitual, ya que en este caso, la vivienda conyugal no puede estar sujeta a exigencia de adjudicación «pars bonorum», ni se puede impedir ni limitar el derecho del viudo a adjudicársela íntegramente; todo sin perjuicio de las compensaciones en metálico que se recogen en el artículo 1407, tal y como se ha hecho en la escritura objeto del expediente.»

18. Esta posibilidad a la que me referiré más adelante no quiere decir que un derecho excluya a otro sino que son concurrentes y compatibles, la aclaración que debe hacerse en este momento es que el derecho de atribución preferente del viudo no se ve excluido o limitado por el hecho de que fallecido uno de los cónyuges surja el derecho de habitación a favor del legitimario con discapacidad, previsto en el artículo 822 CC.

19. La SAP Cádiz 26/04/2022 (JUR 294879) concluye, en un caso de disolución de la sociedad por divorcio, que, aunque el cónyuge beneficiario de la atribución preferencial de la empresa familiar no ha solicitado la adjudicación de la empresa, teniendo en cuenta que su división en mitades para atribuírsela a ambos cónyuges situarían al cónyuge no empresario en una situación complicada en el ámbito de la empresa, lo mismo que le sucedería al adquirente si se enajenara en subasta pública, decide atribuírsela directamente y aún en contra de su voluntad al cónyuge empresario. Sin duda representa una solución salomónica, poco jurídica, pero de gran practicidad para resolver el supuesto de hecho.

interesarse en su adquisición y acabe adjudicándose las acciones por un menor valor o se mantenga la situación de indivisión colocando al otro cónyuge en una situación de minoría en el control de la empresa.

III. ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE LA VIVIENDA HABITUAL EN CASO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD POR FALLECIMIENTO DEL CÓNYPUGE

La atribución preferencial del artículo 1406.4 CC sólo opera en el caso de liquidación de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que determinará la concurrencia sucesiva de dos fenómenos liquidatorios, la sociedad de gananciales y la herencia, a los que concurrirán el cónyuge viudo y los sucesores del cónyuge fallecido²⁰. De acuerdo con lo dicho, necesariamente, deberá realizarse, en primer lugar, la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, para en un segundo momento, a resultas de las adjudicaciones realizadas en pago de los gananciales se pueda determinar el haber hereditario, aunque desde 2023 se permite en la vía judicial realizar las dos operaciones de manera conjunta.

Desde el año 2023 el artículo 77 LEC permite «la acumulación del procedimiento de división judicial de patrimonios cuando se trate de acumular al procedimiento de división judicial de la herencia el procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial promovido cuando uno o ambos cónyuges hubieran fallecido»²¹. En este sentido, cuando se está tramitando en la vía judicial la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia procederá la acumulación, lo que sin duda facilitará las adjudicaciones, compensaciones y reintegros apuntados. Antes de esta fecha el TS ya había apuntado esta posibilidad a través del artículo 98 LEC y la *vis* atractiva del procedimiento (STS 21.02.2023).

En este sentido, el viudo tiene derecho a solicitar que se le atribuya en pago de sus gananciales la vivienda habitual, aún en el caso de que la atribución suponga un exceso respecto a su mitad de gananciales, en cuyo caso, deberá compensar a los herederos del cónyuge fallecido²². Al respecto, recordar dos ideas claves: ejercitado el derecho de atribución preferente, no hay razón alguna

20. Fernández Campos señala que cabe la posibilidad que la sociedad de gananciales se haya disuelto por divorcio y que la liquidación se produzca por fallecimiento de uno de los cónyuges, en cuyo caso también podría aplicarse la atribución preferencial (FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real de habitación en el Código Civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*. 2023. p. 158).

21. La modificación de la LEC se realizó a través del por [Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo](#). (BOE de 20-12-2023) en vigor desde el 20.03.2024.

22. Si no tuviera bienes deberá acudir a financiación de terceros y si no es posible no podrá ejercitar el derecho de atribución preferente, lo que no corresponde es que se aplase el pago (MARTÍNEZ MELÉNDEZ, ADC, p. 1113).

para oponerse al mismo, salvo que el cónyuge no tuviera bienes para compensar el exceso; pero, tampoco puede imponérsele la atribución al cónyuge viudo, ni aún en los casos de difícil venta, no compartimos así los criterios de algunas sentencias, en los que entendiendo que la venta desmerece o puede ser complicada se impone la adjudicación, si así fuera, igualmente, lo va a ser para el cónyuge viudo, por lo que una norma que persigue su protección no puede causarle un perjuicio. Por tanto, si no es posible la venta o ésta desmerece el precio, deberán soportar la situación todos los interesados, el viudo y los herederos, de manera que si pierden dinero con la venta, así se acordará cuando por aplicación del artículo 1062.2 CC uno de los cónyuges pida la venta pública.

En cuanto, a los presupuestos de ejercicio del derecho tiene que quedar claro el carácter ganancial de la vivienda o parte de ella, nada excluye que nos encontremos con un *pro indiviso*, en cuyo caso, la solución dependerá de a quién pertenezca la titularidad. En este sentido, será ejercitable el derecho de atribución preferente cuando la vivienda sea ganancial en su totalidad, así como en el caso en el que la vivienda pertenezca en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge viudo. Sin embargo, no creo que cuando la titularidad sea del cónyuge fallecido y de la sociedad de gananciales, el viudo pueda imponer la atribución preferencial, que en todo caso se limitaría a la parte ganancial; lo que no tendría mucho sentido si la parte privativa del cónyuge fallecido y que, por tanto, forma parte de su herencia representa una cuota considerable de la titularidad²³. En este caso, el cónyuge viudo podría solicitar la adjudicación preferente de la parte ganancial, pero cuando la cuota de participación en el inmueble sea reducida no tiene sentido, lo más lógico atendiendo a la finalidad de cualquier procedimiento de división de la cosa común es que dicho porcentaje se atribuya a la herencia del fallecido para completar así la titularidad sobre el bien en un único patrimonio y que al cónyuge viudo se le pague con otros bienes si los hubiera o se le compense económicamente.

Como segundo presupuesto debe tenerse en cuenta que la atribución preferencial debe recaer sobre la vivienda habitual, lo que resulta esencial ya que lo que se pretende es dar continuidad al viudo en el que era hasta ese momento la

23. En este sentido, la STS 16.03. 2007 (JUR 1861) se cita como ejemplo de resolución que deniega el ejercicio de la atribución preferente a favor de la viuda teniendo en cuenta que la parte ganancia apenas representaba 1,5% del total de la vivienda, el inmueble había sido comprado antes de constituirse la sociedad de gananciales con dinero privativo y durante los pocos meses que duró el matrimonio, que se disolvió por el fallecimiento del marido, sólo una de las cuotas del préstamo hipotecario se había pagado con dinero ganancial. Sin embargo, claramente señala la sentencia que no corresponde pronunciarse al respecto por cuanto en instancia no se había solicitado dicha atribución. Lo que sí reconoce es el carácter ganancial del inmueble por aplicación del artículo 1354 CC.

Al respecto señala Rebolledo Varela que en este caso la situación resultante de cotitularidad sólo podrá resolverse mediante la acción de división de la cuota común del artículo 400 CC (REBOLLEDO VARELA *Comentarios al Código Civil*, 2013. p. 9948).

No obstante, hay autores que consideran que incluso siendo una cotitularidad de la sociedad de gananciales y el cónyuge fallecido cabría la atribución preferencial de la vivienda atendiendo a la finalidad protectora de la norma (FERNÁNDEZ CAMPOS: *El derecho real de habitación en el Código Civil*. p. 158).

vivienda familiar; sin embargo, si la norma quiere, realmente, protegerle debería admitirse que en el caso de existir distintos inmuebles en la sociedad de gananciales el cónyuge viudo pudiera elegir aquél que satisfaga mejor sus intereses en la nueva situación, sin que ello perjudique los intereses de tercero²⁴. En este sentido, la situación actual del mercado de la vivienda, los gastos que puede determinar el mantenimiento de un determinado inmueble e, incluso, otras razones no puramente patrimoniales (el «dolor viudal») deberían permitir una interpretación de la norma acorde a su finalidad, de manera que si la atribución preferencial en este caso pretende cubrir la necesidad habitacional del viudo atendiendo a la misma debería permitírsele elegir en el caso de que hubiera varios inmuebles, sin que ello cause un perjuicio a tercero; perjuicio que se presenta difícil determinar por cuanto que la atribución se hace, en todo caso, en pago de su mitad de gananciales y respetándose las cuotas relativas a éstas no se ocurre ningún perjuicio que justifique excluir la finalidad de la norma²⁵.

Finalmente, como tercer elemento o presupuesto, debe tenerse presente que el ejercicio de la facultad o derecho reconocido en el artículo 1406 CC determina el pago de su mitad de gananciales, por lo que no nos encontramos ante un acto dispositivo sino como toda partición de carácter determinativo (RAMS ALBESA, ob. cit. «Las atribuciones preferenciales... p. 993»)²⁶, lo que tiene importancia a efectos de establecer la capacidad, la posible existencia de conflicto de intereses, etc. Precisamente, por ello, su ejercicio puede suponer que pese a que la atribución de la vivienda, generalmente, representará el bien de mayor valor del patrimonio ganancial, la cuota ganancial del cónyuge viudo no quede cubierta y deban atribuírsele otros bienes, pudiendo, incluso, concurrir una segunda atribución preferencial; no siendo así o no ejercitándose, el pago del resto de la cuota ganancial se realizará conforme a las normas generales y en concreto teniendo presentes los artículos 1061 y 1062 CC. Por el contrario, cuando la adjudicación de la vivienda habitual en pago de la cuota ganancial produzca un exceso de adjudicación el viudo será deudor de ese exceso y esta deuda será un crédito de la herencia, que integrará el activo de la herencia del cónyuge fallecido; por lo que siendo el viudo sucesor del causante podrá compensarse la deuda con lo que le correspondiera en la herencia²⁷. Si aun así no quedara satisfecha la compensación la posi-

24. Precisamente, esta es la solución que se prevé en Bélgica (RAMS ALBESA, *RCDI*, p. 743).

25. En contra Fernández Campos, quien cita otros autores. Precisamente, si lo interpretamos con una finalidad de protección del cónyuge debemos admitirlo, porque a lo mejor la alternativa es que pida que se le atribuya el uso y una división de la propiedad siempre es más problemática (FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real de habitación en el Código Civil*. p. 159).

26. Salvo en el caso que se produzca un exceso de atribución en cuyo caso sí que nos encontraremos ante un acto dispositivo.

27. En este sentido, la RDGRN de 2 de marzo de 2015, *BOE* de 21 de marzo de 2015, número 69, considera bien realizada una partición en la que la viuda (a la que el causante había dejado en testamento el usufructo de su herencia) ejercita su derecho de atribución preferente sobre la vivienda habitual ganancial, y como ésta vale más que su cuota en el patrimonio común, el exceso se compensa con parte del valor de capitalización de su usufructo hereditario, razón por la que a la viuda se le adjudica finalmente, la vivienda y una cantidad de dinero.

bilidad del pago diferido o aplazado deberá admitirse por los herederos, que si rechazan el pago aplazado y el viudo no tiene forma de realizar la compensación la atribución preferencial no será posible.

Si proyectamos estas ideas a la práctica, si tenemos en cuenta que, probablemente, el bien de mayor valor que habrá en el activo de la sociedad de gananciales sea la vivienda habitual, por no decir el único, el principal problema que va a encontrar el cónyuge viudo que quiera ejercitar la atribución preferencial del artículo 1406.4 CC sea el pago de la compensación por el exceso de atribución, ya que la atribución sólo supone desigualdad cualitativa no cuantitativa. Precisamente, esta circunstancia puede resultar un obstáculo para el ejercicio de este derecho, por lo que permite el legislador que, en su caso, el cónyuge viudo se atribuya el derecho de uso sobre la vivienda (artículo 1407 CC), siempre de menor valor que la propiedad, en cuyo caso, será más fácil que quepa en su atribución o que de no caber la compensación sea menor²⁸.

Todas estas circunstancias sin duda determinan que según sea el momento en el que se produce la liquidación de la sociedad por fallecimiento de uno de los cónyuges el posible ejercicio de la facultad de atribución preferencial se presente más o menos factible hasta el punto de que la finalidad protectora de la norma se vea frustrada. En este sentido, aunque es cierto que las últimas noticias relativas a la adquisición de vivienda en nuestro país revelan que un porcentaje muy elevado de la compra de vivienda se paga al contado, la realidad de las cosas evidencia que la mayoría de las personas adquieren su primera vivienda, la que acabará convirtiéndose en vivienda familiar, a través de la concesión de un préstamo hipotecario, lo que determina que durante un largo número de años la vivienda familiar se encuentre gravada con un derecho real de hipoteca y los cónyuges, en su caso, sean deudores solidarios de ese crédito. Pero, la hipoteca, como bien dice el refrán «no hay mal que cien años dure», terminará al cabo del número de años señalados o antes si se amortiza anticipadamente, lo que hará que si sobrevive el matrimonio a la hipoteca y sobre todo a la convivencia el crédito se acabe extinguiendo por pago y con ello desaparezca el gravamen. Es complicado determinar en qué momento se producirá esta situación, que dependerá de cada caso concreto, pero lo que es común es que desde hace décadas los créditos hipotecarios se conceden a un mayor plazo, lo que aumenta el tiempo de endeudamiento y que se retrase cada vez más que la vivienda quede libre de cargas.

En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que los últimos años de vida de los cónyuges la vivienda habitual estará libre de cargas y con suerte hayan podido adquirir hasta una segunda vivienda de carácter vacacional o a modo de inversión. En este escenario, fallecido uno de los cónyuges si en el momento de

28. De nuevo decir que esta facultad de atribución preferente aun cuando exceda de la participación que le corresponde al cónyuge no se prevé para todas las atribuciones preferenciales sino sólo para la vivienda habitual en caso de fallecimiento y para el local comercial, partiendo tal vez de su mayor valor de cara a no frustrar la misma. Precisamente, su no aplicación en el caso de la empresa ganancial puede frustrar en muchos supuestos el ejercicio de la atribución preferencial.

la liquidación el viudo decide atribuirse la vivienda familiar, tal y como hemos visto, tendrá reconocido un derecho de atribución preferente, ejercitable sin oposición alguna, independientemente de que el valor del inmueble sea superior o inferior a su cuota de gananciales, ya que según sea este resultado le corresponderán bienes adicionales o, por el contrario, deberá compensar a los sucesores del cónyuge fallecido por el importe correspondiente.

Precisamente, como es probable que en este escenario sobre todo si el viudo tiene una edad avanzada sus ingresos estén limitados, en el caso que con la atribución preferencial de la vivienda se produzca una sobre adjudicación puede ser que sea complicado abonar el exceso si no dispone de patrimonio para ello. Si tenemos en cuenta que a partir de una determinada edad las posibilidades de obtener financiación externa son reducidas o implican un sobre coste elevado por el aumento de los seguros, es muy posible que *ab initio* esta posibilidad quede frustrada para el viudo, aunque tenga interés en conservar la vivienda.

1. Atribución preferencial cuando la vivienda está libre de cargas

Cuando la vivienda familiar sobre la que recae la atribución preferencial se halla libre de cargas el ejercicio de la facultad reconocido en el artículo 1406 CC se presentará más sencillo. Esta situación si atendemos a la evolución del mercado de la vivienda en nuestro país en las últimas décadas será más habitual en matrimonios de determinada edad, en los que concurrirán otras circunstancias (menores ingresos, menor esperanza de vida, etc.) que, seguramente, pueden influir en la elección o no de la atribución preferencial en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales²⁹.

En este caso, teniendo en cuenta los presupuestos señalados, será el cónyuge quien podrá ejercitar en el momento de la partición la atribución de la vivienda familiar como pago de su mitad de gananciales en los términos señalados en los artículos 1406 y 1407 CC. A partir de este momento, las situaciones que pueden darse son casi infinitas por lo que voy a limitarme a comentar las más probables.

En primer lugar, por no dar lugar a conflicto, podemos señalar el supuesto en el que el viudo solicite la atribución preferencial en pago de su mitad de gananciales y la solvencia de la sociedad permita atribuir el equivalente en otros bienes a la herencia del fallecido. Posteriormente, se procedería a la partición de ésta, correspondiendo al cónyuge viudo los derechos correspondientes en la herencia del fallecido, cuanto menos su cuota legitimaria. El principal problema en este caso pudiera ser que junto con los cónyuges en la vivienda viviera un legitimario con discapacidad, surgiendo en su caso el legado legal o voluntario de habitación

29. Probablemente, si ya se ha producido la jubilación, los ingresos se habrán reducido, aunque puede que tengan algunos ahorros, incluso, una segunda residencia; seguramente, sean los únicos habitantes de la vivienda, su esperanza de vida ya sea menor, tengan previsión de otros gastos como cuidados personales, circunstancias todas ellas que sin duda influirán en la decisión sobre todo si tienen que acceder a financiación externa para compensar a los herederos.

del artículo 822 CC. Aunque me referiré a este supuesto en otro apartado, debo destacar en este momento que el derecho de habitación, a favor del legitimario como ha apuntado la mayoría de la doctrina, debe respetarse, pero, necesariamente, de ser así, necesariamente, deberá descontarse de atribución realizada al viudo el valor del derecho de habitación del legitimario con discapacidad. Sin descartar la posibilidad de que el cónyuge viudo sea quien resulte beneficiario del legado de habitación.

Como segunda situación posible se encontraría justo la antagónica, esto es, que la adjudicación preferencial determinara un exceso de adjudicación y no habiendo bienes suficientes el viudo tuviera que compensar, no teniendo bienes para ello y siendo difícil la financiación por distintas circunstancias. En este caso, se podría facilitar esta atribución, aunque a nivel teórico sepamos que son operaciones distintas, a través de sistemas de compensación, que entiendo es lo que sucede en la práctica en la mayoría de los casos, como demuestra la jurisprudencia, especialmente en el caso de la atribución preferencial de la empresa.

En este sentido, si el cónyuge viudo en el momento de la liquidación fuera acreedor de algún reintegro frente a la sociedad, aun teniendo claro que el pago de reintegro es operación liquidatoria y el derecho de atribución preferente es operación particional, por lo que secuencialmente deben ir seguidas y no de forma concurrente, podría atribuirse la vivienda por su mitad de gananciales, además, como forma de pago del derecho de reintegro y, en su caso, además, como pago de su usufructo legal u otros bienes que le correspondieran en la herencia del viudo. Todo ello, le permitiría la atribución de la vivienda ajustando la compensación por el exceso, aunque teniendo claro que son operaciones distintas, sobre todo a efectos de determinar su fiscalidad (RAMS ALBESA, RCDI, p. 944 y 955). Si no se entendiera así quedaría frustrado el sistema de las atribuciones preferenciales y se trata de poder potenciarlo.

Pero, aun así, podría ser insuficiente para hacer efectiva la atribución, por lo que cabría plantear la posibilidad de realizar el pago aplazado del exceso de contribución con una aplicación analógica del artículo 1056 CC. El aplazamiento del pago de la mitad de gananciales dependerá de un acuerdo con los sucesores, si lo admiten no habrá problema alguno. En este caso, será un crédito en la herencia, que podrá ser atribuible en la posterior partición a cualquiera de los herederos en pago de su cuota, aplicándose las normas correspondientes. Fuera de este acuerdo no puede defenderse el pago aplazado, si el cónyuge no puede compensar tendrá que optarse por el resto de las posibilidades, especialmente, si quiere continuar en el uso de la vivienda deberá ejercitar la facultad contenida en el artículo 1407 CC a tal fin. No cabe la aplicación analógica ni del artículo 1431 CC ni del artículo 1056 CC introducidos por el legislador con una finalidad completamente distinta, no existe la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica, que exige el artículo 4 CC. En el primer caso, el posible aplazamiento hace referencia al pago del crédito del derecho de participación en las ganancias, un derecho que surge, precisamente, en la liquidación del régimen económico mientras que en el caso de la liquidación de la sociedad de gananciales lo que se está pagando es el derecho que el cónyuge tenía en la misma. Por

su parte, el artículo 1056 CC se introduce en el Código, excepcionando el carácter de la legítima como *pars valoris*, con el fin de dar continuidad a la empresa familiar.

Si no hay acuerdo, desde luego no cabe esta posibilidad en el artículo 1407 CC, que prevé una alternativa distinta para este supuesto. Por tanto, la posibilidad de aplicación analógica del artículo 1056 CC pasa por encontrar su identidad de razón. Como sabemos, la previsión de pago de aplazamiento de la legítima se prevé con la finalidad de conservar indivisa la empresa familiar y que uno de los legitimarios continúe al frente de la misma; precisamente, por ello se permite el pago de la legítima en metálico extra hereditario, incluso, su aplazamiento, siendo garantía de ello la propia empresa. De manera, que el incumplimiento del pago daría lugar a la ineficacia de la atribución.

Sin embargo, trasladar esta posibilidad a la liquidación de la sociedad de gananciales sin que haya previsión normativa no resulta prudente sobre todo porque el legislador ha arbitrado una alternativa, que para el cónyuge se presenta más ventajosa, como es la atribución de un derecho de uso, que siempre tendrá un menor valor, lo que facilitará que quepa en la mitad de gananciales o, que en caso contrario, dé lugar a una compensación menor.

Precisamente, la finalidad protectora del cónyuge viudo en esta atribución preferencial fue contemplada por el legislador en el artículo 1407 CC que establece que, en estos casos, bueno y en cualquier otro, la atribución preferencial en el caso de fallecimiento viene representada por una facultad alternativa por cuanto el viudo puede elegir entre la atribución de la propiedad de la vivienda o la atribución del derecho de habitación sobre la vivienda, que siempre tendrá un valor considerablemente inferior y, consecuentemente, facilitará el derecho de atribución.

Sería esta una solución habitacional para el cónyuge, en un momento en el que probablemente ya sea el único residente del inmueble, de manera que se lograría así la finalidad buscada con esta norma y el cónyuge quedaría cubierto. Pero, como nunca llueve a gusto de todos, es probable que a los sucesores del cónyuge viudo no agrade mucho la idea, si tenemos en cuenta que esos sucesores pueden ser descendientes comunes y/o no comunes, otros familiares o terceros beneficiarios en la herencia, quienes verán ingresar en la misma un inmueble gravado con un derecho de uso vitalicio, que si como estamos pensando el viudo tiene una edad avanzada, no gravará mucho tiempo el inmueble o sí, pero que en cualquier caso limita o condiciona las facultades de disposición entre otras cosas por cuanto su valor de mercado se ve reducido. Además, habrá que tener en cuenta que si el cálculo de valor del derecho de habitación es reducido al cónyuge viudo le pueden corresponder otros bienes gananciales en pago de su mitad en la sociedad, teniendo presente que ya, previamente, y sin que compute en su haber se le habrá atribuido el ajuar familiar, tal y como señala el artículo 1321 CC³⁰. Finalmente, hay que destacar que el cónyuge viudo podrá reclamar en

30. No obstante, hay que tener en cuenta que el valor de la vivienda computable en la mitad de gananciales habrá que restarle el valor del derecho de uso.

la herencia cuanto menos el usufructo legal en pago de su legítima y los bienes que, en su caso, le haya atribuido el causante con cargo a la libre disposición.

Por tanto, es muy probable que los sucesores del cónyuge fallecido no estén muy convencidos, por no decir no estén muy contentos con la situación³¹; pero, como no se trata de contentar a los siempre insaciables sucesores sino de proteger al cónyuge creemos que el objetivo estará cumplido y el viudo tendrá garantizada la continuidad en la vivienda y con ella resuelto el siempre complicado problema habitacional³², que si es complejo a cualquier edad, cuando la persona tiene determinada edad mucho más, por cuanto la posibilidad de acceder de nuevo al mercado de la vivienda resulta en exceso complicada.

— Contenido del derecho de uso o habitación

En cuanto al derecho de uso o habitación, debemos entender que en el caso de la atribución preferencial de la vivienda se concreta en un derecho de habitación. De manera que este derecho de habitación sobre la vivienda familiar faculta al cónyuge, de acuerdo con el artículo 523 CC, «a ocupar las piezas necesarias para él y su familia», entendiendo por ésta a cualquier persona que esté bajo techo o a expensas del titular del derecho. El derecho de habitación correspondiente al cónyuge se configura como un derecho real, personalísimo y, en este caso, vitalicio.

La extensión del derecho de habitación que correspondería al cónyuge implica el uso de las piezas necesarias de la vivienda para él y las personas que vivan a sus expensas, entre quienes podemos identificar a quienes hasta ese momento vivían con él sin duda alguna, incluso, a quienes en un momento posterior por estar a su cargo necesiten vivienda (hijos que tras independizarse vuelven a casa, padres con necesidad de cuidado por edad o enfermedad)³³. Del mismo modo, el derecho se mantendrá cuando el cónyuge habitacionista inicie una nueva vida en pareja o contraiga nuevo matrimonio, sin entender que se produzca con esta nueva convivencia un abuso de derecho. Al respecto decir que si interpretamos la norma, como inicialmente hemos propuesto, con la finalidad protectora del cónyuge viudo, que persigue facilitar o dar una solución habitacional al cónyuge viudo, si añadimos que la causa de atribución es onerosa, en pago de su mitad de gananciales no debe entenderse abusiva la nueva situación convivencial³⁴. En

31. La situación de los herederos al principio en Francia fue bastante comprometida, precisamente, por el aplazamiento, lo que generó importantes desacuerdos familiares RAMS ALBESA, *RCDI*, p. 733). Rechaza, expresamente, el aplazamiento FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real de habitación en el Código Civil* p. 163.

32. Al respecto Rams señala que en estos casos «prevalece la idea de continuidad, de estabilidad y de proyección del pasado sobre un conjunto socialmente organizado y no como suma de personas individuales» (RAMS ALBESA, *RCDI*, p. 751).

33. El artículo 524 CC deja abierta la posibilidad de que los miembros de la familia puedan aumentar (FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real de habitación en el Código Civil*. p.49).

34. «No cabe una aplicación mimética de las figuras clásicas y los tipos históricos del derecho de habitación, sino que hoy en día la realidad social impone nuevas formas.» (URRUTIA BADIOLA,

contra, puede mantenerse la postura jurisprudencial que extingue la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial cuando el cónyuge usuario convive con un tercero³⁵; pero, el carácter o causa de la atribución en uno y otro caso es distinto, entre otras cosas, por cuanto en los casos de crisis matrimonial se atribuye el uso a los hijos menores y en función de quien tenga atribuida la guarda de los mismos le corresponde como consecuencia lógica el uso de la vivienda, pero no como derecho real a su favor, sino como consecuencia necesaria de la atribución del uso a los hijos.

En cuanto a la posible extinción del derecho del habitacionista por abuso, hay que tener en cuenta de nuevo la finalidad de la norma y sobre todo el título constitutivo del mismo³⁶, lo que implica tener presente, entre otras cosas, que la constitución del derecho de habitación del artículo 1407 CC tiene causa onerosa, de manera que situaciones que podríamos considerar abusivas como el no uso o el uso intermitente no deberían ser causa de extinción del derecho, si tenemos en cuenta que el viudo tendrá derecho a usar no la obligación. En este sentido, el derecho de habitación generalmente está justificado en la necesidad de su titular de usar las piezas necesarias de la vivienda, pero en el derecho de habitación previsto en el artículo 1407 CC la necesidad no es presupuesto para su constitución, desde el momento en el que podría el cónyuge viudo tener un solvente patrimonio privativo o que le correspondieran otros inmuebles en pago de sus gananciales y aun así solicitar el derecho de uso sobre la vivienda habitual, dando lugar a una situación antieconómica, por cuanto la limitación que supone el gravamen para los propietarios, y permitirse no usar la vivienda. Por lo que

RCDI, p. 236). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real de habitación en el Código Civil* p. 13.

35. STS 20.11.2018, 29.10.2019, 23.09.2024. La razón que lleva al TS a declarar la extinción del derecho de uso es porque entiende que la convivencia cambia el carácter familiar de la vivienda teniendo en cuenta que la atribución se realizaba para servir los fines del matrimonio o la familia, atendiendo a que debe reequilibrarse el interés de los hijos menores con el de sus progenitores sin que resulte perjudicado ninguno de ellos; en el caso de los artículos 1406 y 1407 CC el carácter vivienda familiar sólo se contempla para individualizar el bien sobre el que el cónyuge puede ejercitar la atribución preferencial y con el fin de darle continuidad en la vivienda por encima de terceros que entran en ese momento. Ejercitada la acción preferencial el carácter familiar vendrá determinado por los límites del derecho de habitación, pero no se pueden considerar que deba mantenerse el carácter familiar, entre otras cosas, por cuanto con el fallecimiento de uno de los cónyuges la vivienda pierde la condición de vivienda familiar.»

36. Son muchos los fallos judiciales que destacan la importancia del título constitutivo en el delimitación del contenido del derecho de uso, así la STS 26.07.2001 (JUR 5487) señala: «puede deducirse sin duda que se trata de un derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real; el carácter temporal deviene esencial e incluso inspirado en norma de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por otras personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena.»

cabe plantearse si el no uso puede ser causa de extinción por abuso de derecho en los términos que prevé el artículo 7.2 CC.

En este sentido, no hay ninguna duda que en los casos de involuntariedad del no uso, por ejemplo, un ingreso residencial, cambio de localidad del puesto de trabajo y consiguiente cambio de residencia, no podrá detectarse abuso ninguno, pero ello no excluye que no pueda declararse la extinción del derecho de habitación por preinscripción de acuerdo con las normas generales (FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real de habitación en el Código Civil*, 2023, p. 93). En el resto de las situaciones, en los que pueda apreciarse voluntariedad en el cambio de residencia o en el no uso de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso, será complicado pese a detectar mala fe o abuso declarar la extinción del derecho atendiendo no sólo al fin sino sobre todo a la causa de la constitución. Probablemente, sea más fácil apreciar el abuso no en el momento del ejercicio sino de ejercitar la facultad preferencial, ya que no teniendo necesidad habitacional o necesidad de optar por el uso en lugar de la propiedad, cuando pudiera haberse atribuido la propiedad sin tener que compensar o cuando tuviera otros inmuebles, privativos o gananciales, que hubieran servido de residencia, lo que quiera sea perjudicar gravando con su derecho a los propietarios del inmueble. En este caso, podría entenderse abusivo por ser contrario a la finalidad de la norma, que permite la opción, precisamente, para proteger al viudo cuando no pueda o no le interese la atribución de la titularidad por la compensación que le correspondiera pagar. Precisamente, así se configura el abuso de derecho de acuerdo con la jurisprudencia que determina que incurre en abuso de derecho quien vulnera los límites impuestos por la equidad y buena fe al mismo causando un perjuicio a tercero (STS 03.04.2014, JUR 2568).

Sin embargo, resulta complicado en el caso del derecho de habitación constituido como pago de la participación del cónyuge en la sociedad de gananciales apreciar el abuso. Si entendemos que hay abuso en las situaciones de no uso de manera que el titular no está recibiendo beneficio alguno mientras que se está causando un perjuicio a los propietarios que ven limitado con el gravamen su derecho³⁷.

En cualquier caso, para evitar situaciones dudosas y sobre todo para evitar la litigiosidad, así como situaciones antieconómicas debería darse un contenido más amplio al derecho del cónyuge en estos casos, previendo que de manera similar a como acontece con el derecho de usufructo, el cónyuge habitacionista pudiera transmitir el derecho o incluso arrendar el inmueble. De esta forma, se evitarían los problemas vistos e incluso se potenciaría la funcionalidad del derecho de uso; en este sentido, cuando el cónyuge requiere un ingreso residencial de manera que ya no sea viable continuar usando la vivienda, podría negociar con los nudos propietarios la compra del derecho de uso, consolidándose así la propiedad; el precio

37. Así lo mantiene Mijancos Gurruchaga quien afirma que concurre en estas situaciones el elemento subjetivo del abuso del derecho la voluntad de perjudicar como el elemento objetivo o uso antisocial del derecho (MIJANCOS GURRUCHAGA, Familia. *Revista De Ciencia Y Orientación Familiar*, 2021.p. 234).

recibido por el habitacionista podría ser una fuente de ingresos que le permitiera cubrir su nueva su nueva situación habitacional. Pero, como muchas veces los nudos propietarios no estarán por la labor de compra del derecho o, simplemente, no podrán, en cuyo caso sería una buena opción, al menos para el cónyuge viudo, poder disponer de su derecho o al menos poder arrendar el inmueble.

En este sentido, concluir que sin duda la previsión del artículo 1407 CC concediendo la alternativa del derecho de uso y habitación persigue dar efectividad a la atribución preferencial, por cuanto el valor del uso siempre será menor, de manera que podría hacer innecesaria la compensación y evitar los problemas que plantea ésta. Sin embargo, que evite un problema no quiere decir que no traiga otros.

En este sentido, pensando en los problemas puramente patrimoniales, el ejercicio del derecho de uso en muchas ocasiones puede ser antieconómico para el cónyuge viudo si tenemos en cuenta el cálculo de su valor que no disminuye tanto su valor respecto al valor de la propiedad³⁸; por lo que es probable que en pago de su mitad de gananciales reciba el derecho de uso sin corresponderle nada, lo que determinará que si no tiene bienes privativos su situación patrimonial no sea, especialmente, óptima si no tiene buenos ingresos. Esta situación sobre todo se producirá cuando el viudo sea joven, por cuanto el valor del derecho de uso será inversamente proporcional a su edad. De manera que cuando el cónyuge es joven y se atribuye el uso, se verá, especialmente, limitado si quiere por la razón que sea cambiar de residencia ya que no podrá enajenar su derecho, por el carácter personalísimo, ni arrendar el inmueble por la misma razón, por lo que sólo le quedaría su renuncia que extinguiría el derecho, consolidando con ello su propiedad los titulares del bien³⁹. Situación idéntica, puede producirse cuando el cónyuge tenga una mayor edad, ya que, aunque disminuya el valor del uso, y pudiera recibir otros bienes, si tuviera por razón de enfermedad, discapacidad, etc, una necesidad habitacional distinta tendría pocas posibilidades de satisfacerla, salvo que su situación patrimonial le permita encontrar una solución. No obstante, cabría plantear si sería posible más allá del pacto entre las partes si el habitacionista, en este caso, tendría derecho a enajenar su derecho para buscar una solución habitacional a su situación. Al respecto, es común reconocer la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación cuando se prevea en el título constitutivo, pero reconocer que forma parte del contenido del derecho pasaría por una interpretación finalista de la norma que busca la protección del cónyuge, quien podría negociar con los propietarios la extinción del derecho y la consolidación de la propiedad plena.

38. El cálculo del derecho de uso tiene en cuenta el 75% del valor del inmueble y se multiplica por el número de años de duración multiplicado por 2; por lo que dependiendo el resultado de la edad del habitacionista el valor del derecho será inversamente proporcional a su edad.

39. Salvo que entendamos con aquellos autores que defienden la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación que es posible la misma, precisamente, por la necesidad que este peculiar derecho de uso está llamado a cumplir en este caso (FERNÁNDEZ CAMPOS, *Anales de la Universidad de Murcia*, 1999. p. 111).

— Compatibilidad de la atribución preferencial y el derecho de habitación previsto en el artículo 822 CC

El ejercicio de la atribución preferencial, además, de originar los problemas patrimoniales señalados, puede provocar problemas convivenciales sino en cuanto a la convivencia fáctica al menos sí de derechos sobre la misma vivienda. El principal problema para destacar es que al fallecer el cónyuge se den los presupuestos del artículo 822 CC y surja el legado legal o voluntario previsto en la norma a favor del legitimario con discapacidad, sea descendiente o ascendiente del fallecido; de manera, que concurren sobre la vivienda el derecho de uso del cónyuge viudo, resultado de su atribución preferencial, y el derecho de uso del legitimario persona con discapacidad⁴⁰. El escenario resultante de esta concurrencia puede ser ideal, aunque convivencia e ideal es difícil en la misma frase, o por el contrario puede originar una situación difícil de conjugar que a uno u a otro fueren a renunciar a su derecho; pero, desde luego, el legislador no está para solucionar problemas de convivencia.

Con relación al derecho de uso previsto en el artículo 822 CC hay que tener en cuenta que si el viudo fuera una persona con discapacidad podría directamente atribuirse el legado legal si concurren los presupuestos exigidos en la norma, lo que le permitiría continuar en el uso de la vivienda sin que ello le computara ni en su mitad de gananciales, que podría exigirla, ni en lo que le correspondiera en la herencia del fallecido⁴¹.

La protección de la persona con discapacidad con previsiones como la del artículo 822 CC, al margen de la oportunidad de este tipo de medidas de acuerdo con la finalidad de la reforma de 2021 (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Comentarios

40. En el caso de que el cónyuge viudo opte por la atribución preferencial de la vivienda en propiedad, se excluye el derecho de uso previsto en el artículo 822 CC. Botello Hermoso defiende lo contrario ([El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad](#), Aranzadi, 2021). Por su parte, Fernández Campos entiende necesaria una reforma del precepto que aclare la compatibilidad de los dos derechos, por cuanto sino la finalidad protectora del artículo 822 CC puede quedar frustrada; lo que supone reconocer la preferencial del derecho reconocido al viudo en los artículos 1406 y 1407 CC. (Fernández Campos: *El derechos de uso*, p.169); creo que la medida no es viable, pese a que fuera loable, no hay base para la imposición del legado en todo caso, en un derecho como el reconocido en el art. 822 CC que no garantiza la protección de la persona con discapacidad en todos los casos, porque depende de la titularidad del bien y del designio de la herencia, que sucede si hay deudas y hay que embargar, qué sucede si hay que partir los bienes para el pago entre otros de la legítima.

Desde luego la situación nos conmueve pensando en un legitimario con una discapacidad que le reste el acceso a la vivienda, pero en ocasiones podemos encontrarnos que la necesidad habitacional sea mayor en el cónyuge. De manera, que o restringimos el supuesto y poner puertas al campo siempre es complicado o seguimos con la regulación actual. Además, hay que tener presente que el derecho del artículo 822 CC es un derecho en sede de sucesión y antes de ésta hay que liquidar el régimen económico y no se pueden atribuir derechos sobre bienes que no componen el caudal hereditario, lo que en este caso condicionaría considerablemente la facultad de elección del cónyuge y estaría por ver cuál es el interés más necesitado de protección.

41. Podría ser ésta también una solución legal para el cónyuge sin discapacidad, pero con una edad considerable.

a la Ley 8 / 2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 2021. p. 955), supone una acción loable del legislador, sin embargo, un buen propósito diseñado con la previsión de un supuesto de hecho muy concreto, determina que la generalidad de la norma y la variedad de situaciones que se pueden generar en la práctica frustren su finalidad cuando entren en colisión los intereses protegidos por la medida con otros intereses dignos de protección.

En este sentido, cuando concurren los supuestos de los artículos 1406 y 822 CC, es decir, cuando fallecido uno de los cónyuges el viudo tenga derecho a la atribución preferencial de la vivienda, ya sea en propiedad o en uso, y en la vivienda conviviera un legitimario del fallecido, que sea persona con discapacidad, a quien corresponda el legado legal de uso o un legado voluntario dispuesto por el cónyuge fallecido en su testamento, determinar la preferencia de uno u otro puede plantearse complicado si lo que se intenta es la protección de todos los intereses concurrentes, sin embargo creo que técnicamente la solución es sencilla si se aplican las normas del Código Civil de manera oportuna. Si contextualizamos los dos derechos de uso concurrentes, el derecho de uso del cónyuge viudo ya sea como propietario del inmueble, ya sea como usuario o mejor dicho habitacionista, surge en el momento de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales por fallecimiento del cónyuge. Por lo que siempre será una adquisición previa a la adquisición del legado legal o voluntario a favor del legitimario con discapacidad que será un derecho de adquisición *mortis causa* condicionado, por tanto, por la previa liquidación temporal de la sociedad de gananciales que determinará el haber hereditario.

En los casos en los que el viudo se atribuya la vivienda en propiedad, no debería surgir el derecho de uso a favor del legitimario con discapacidad, independientemente de que sea legado voluntario o legado legal; aunque el artículo 822 CC se refiera a la compatibilidad de ambos derechos. El artículo 1380 CC es claro al respecto, cuando el cónyuge disponga en testamento de algún bien ganancial, su efectividad queda condicionada a que se atribuya en la liquidación de gananciales ese bien en su haber; circunstancia que debe aplicarse en el mismo sentido en el caso del legado legal de habitación, por cuanto no puede el legislador imponer este gravamen al cónyuge viudo (RAGEL SÁNCHEZ, Comentarios al Código civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6108. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real de habitación en el Código Civil*, p. 159). Si así se entendiera podría determinar que al cónyuge le resulte disuasorio atribuirse la propiedad, ya que no sólo la recibe él gravada con el derecho de uso sino que la transmitirá gravada a sus herederos y una cosa es que a él no le importe seguir viviendo con el legitimario de su cónyuge y otra cosa es que traslade esta situación a quien ni remotamente la ha contemplado; lo que, además, limitaría las facultades dispositivas del viudo por cuanto si quisiera vender el inmueble siempre sería complicado al estar gravado con un derecho de uso y de lograrse la venta siempre sería a un precio menor.

Sin duda, cuando el viudo opte por la atribución de la propiedad de la vivienda habitual no podemos imponer la concurrencia del legado previsto en el artí-

culo 822 CC, primero, por las razones legales vistas⁴². Pero es que, además, pueden surgir problemas convivenciales que previstos por el cónyuge viudo le disuadan de ejercitar la atribución preferencial y fuerce la venta del inmueble lo que todavía provocaría una situación más complicada para el legitimario con discapacidad. Además, estamos desligando completamente la atribución del uso de la vivienda de las atenciones a la persona con discapacidad, quien podría verse privado de las atenciones que precise. Si afirmamos la concurrencia de habitacionistas sobre la casa, si la persona con discapacidad requiere unas atenciones especiales ampliamos también la condición de habitacionista al cuidador, de manera que el viudo conviva con ambos, por ejemplo.

Por otra parte, cuando el viudo opte por la atribución del uso o habitación, la vivienda habrá pasado a integrar la herencia del cónyuge fallecido, y ni siquiera el conflicto surgirá entre el cónyuge y el legitimario con discapacidad, por cuanto el primero, como hemos visto, sólo tendrá derecho a ocupar las piezas necesarias, por lo que el legitimario tendrá derecho a ocupar el resto bien como propietario si se ha atribuido en su haber en la partición de la herencia o, ahora sí, en virtud del derecho de uso si la vivienda se ha atribuido a otros herederos; de manera, que la protección de éste o el conflicto de su derecho no se deberá medir respecto al viudo sino respecto a otros legitimarios o herederos en general.

En cualquier caso, intentar la concurrencia de derechos puede determinar un conflicto insalvable que acabe en muchos casos con la enajenación de la vivienda y la dificultad de solventar el problema habitacional de uno u otro generado con el fallecimiento del cónyuge, cumpliéndose como siempre aquello de a río revuelto, ganancia de pescadores, en estos casos, otros legitimarios o herederos que verán anticipada la enajenación del inmueble liberándose de dos gravámenes que podría limitar su derecho.

Apunta De Amunátegui Rodríguez que este conflicto se vería resuelto si el cónyuge en vida donara al legitimario con discapacidad el derecho de habitación, de manera que siendo la vivienda ganancial sería necesario el consentimiento del cónyuge, quien posteriormente no podría revocar el mismo y si se atribuye la propiedad del inmueble sería gravada con esa limitación (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, 2014. p. 164. En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, Comentarios al artículo 822 Código Civil, p. 6108).

42. En contra Ragel Sánchez quien señala que si el legislador ha querido imponer esta concurrencia de derechos tendrán que coexistir por imperativo de la norma (RAGEL SÁNCHEZ, Comentarios al artículo 822... p. 6018). También lo considera así REBOLLEDO VARELA, en Comentarios al Código civil, p. 9944 y DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010.

2. Atribución preferencial cuando la vivienda esté gravada con hipoteca

No resulta extraño que cuando se disuelve la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges la vivienda familiar esté gravada con una hipoteca, que garantiza el pago del crédito concedido, generalmente, para su adquisición; siendo en la mayoría de los casos la deuda contraída de carácter ganancial, por lo que, en principio, su liquidación debería realizarse al liquidarse el régimen económico.

Sin embargo, debemos recordar que la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales no supone el vencimiento anticipado de las deudas, por lo que no existirá obligación de amortizar el crédito hipotecario (GOZALO GONZÁLEZ, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, p. 17)⁴³. No obstante, debemos de ser realistas, si la deuda pendiente en ese momento es mínima es posible que, con efectivo ganancial procedente de ahorro, el crédito pueda extinguirse; sin embargo, serán muchos los supuestos en los que siendo elevado el crédito pendiente o si los cónyuges no tienen ahorros o por cuanto fiscalmente pueda interesar mantener el crédito hipotecario, en los que no sea posible la extinción del crédito. Además, hay que tener en cuenta que los cónyuges podrían tener contratado un seguro de amortización del préstamo o un seguro de vida convencional en el que el beneficiario fuera el acreedor hipotecario, de manera que con el fallecimiento de uno de los cónyuges se amortizara parte o todo el crédito pendiente. En este caso, podría entenderse que al encontrarnos con una obligación solidaria el cónyuge viudo se ve beneficiado por esa amortización, en lo que podría considerarse una donación indirecta en los términos que ha señalado la STS 07.01.2025, según la cual el pago de una deuda por tercero debe considerarse una donación indirecta y como tal debe computar para el cálculo de la legítima. Pero como mucho de entenderse así sólo podría computarse a efectos de computación en la herencia la efectiva despatrimonialización, que se corresponderá con la prima abonada por el fallecido.

Así lo entiende la sentencia citada de manera que cuando exista ánimo de liberalidad en el pago de la deuda, lo que se corresponderá que la voluntad de no reclamar el importe pagado puede considerarse que existe donación. Si así lo entendemos en este caso deberíamos considerar donación la cantidad en la que se ve amortizada la deuda y consecuentemente beneficiados por la misma quienes en ese momento son los deudores solidarios: el cónyuge viudo y los herederos del fallecido. Sin embargo, la STS 20.09.2019, para un caso de amortización de la hipoteca por el seguro al declararse la invalidez total del marido, entiende que al haberse pagado las primas con dinero ganancial y considerarse un gasto

43. «El principio «antes es pagar que partir» debe interpretarse, entonces, en el sentido de que, a la luz de los artículos 1401 y 1402, aunque es posible la adjudicación de los bienes gananciales entre los cónyuges antes de abonar las deudas sociales, en tal caso los acreedores conservarán sus acciones contra el cónyuge no deudor por los bienes que se le hayan adjudicado, pudiendo actuar contra todos sus bienes cuando no se haya hecho el oportuno inventario».

de previsión ordinario, la indemnización también será ganancial, por lo que no habría liberalidad alguna con la amortización de la deuda y no habría que reflejarlo en la herencia del fallecido. En cualquier caso, de considerarse que se ha producido una liberalidad y darse el tratamiento correspondiente, sólo habría que tener presente la despatrimonialización efectiva, es decir, las primas pagadas.

En estos casos, si no se liquida la deuda, si el cónyuge viudo ejercita la atribución preferencial y se atribuye la vivienda familiar hipotecada, asumiendo lo que reste de crédito hipotecario, para calcular su haber habrá que restar del valor del inmueble la deuda asumida, con el fin de determinar si debe compensar por el exceso o, en su caso, le corresponden otros bienes. Esta posibilidad que jurídicamente es posible, ya que supone una distribución interna de la deuda por acuerdo entre el viudo y los herederos, pudiera ser que prácticamente no fuera viable por cuanto el acreedor no admita la subrogación si con ello está perdiendo garantías, aunque subsista el gravamen hipotecario, que garantice el pago ejecutando el inmueble en caso de incumplimiento (REBOLLEDO VARELA, *25 años impulsando el Derecho de Familia*, 2018. p. 164). En este caso, si el acreedor hipotecario no admite la subrogación, en caso de impago, podrá dirigirse contra el cónyuge viudo y los herederos que responderán solidariamente con el primero. En caso, de que así fuera podrán los primeros ejercitar la correspondiente acción de regreso por el pago realizado.

Pero, probablemente, no sea éste el escenario más complejo, ya que éste llegará cuando el viudo lo que decida sea atribuirse el uso de la vivienda, correspondiendo su titularidad, así como la atribución de la deuda a los sucesores del cónyuge viudo. En este escenario, las opciones de reparto de la deuda son también variadas y, de nuevo, frente al acreedor dependerán de la aceptación del cambio de deudor. En todo caso, pendiente la deuda si se ejercita la atribución preferencial del derecho de uso, si, posteriormente, se produce el impago y el acreedor insta la ejecución de la hipoteca, aunque el derecho de uso esté inscrito, el adquirente de la vivienda tendrá un derecho preferente sobre el usuario al estar inscrita la hipoteca con prioridad al derecho de uso (artículo 34 LH).

IV. RECAPITULACIÓN

La finalidad de este trabajo era comprobar si la atribución preferencial de la vivienda habitual al cónyuge viudo en caso de liquidación de la sociedad de gananciales puede considerarse una norma protectora de sus intereses. En este sentido, señalar que la previsión del Código Civil en los artículos 1406 y 1407 sin duda favorecen la continuidad del viudo en la vivienda, lo que sin duda es una medida protectora importante, teniendo en cuenta los problemas actuales de acceso a la vivienda, que más que actuales o coyunturales casi son estructurales. Sin embargo, precisamente son estas circunstancias las que pueden dificultar el ejercicio del derecho al cónyuge viudo y aminorar la finalidad protectora de la norma. Por ello, para no frustrar el buen sentido de la norma debería apostarse por una finalidad protectora de la norma, en la que no sólo se buscara la conti-

nuidad en la vivienda del viudo sino cubrir su necesidad habitacional, de manera que, como hemos apuntado, se le permitiera ejercer la atribución preferencial sobre otro inmueble ganancial, o el pago aplazado de la compensación o convertir el derecho de uso en un usufructo que aumentara el poder dispositivo sobre su derecho o permitir la disponibilidad del derecho.

En cuanto al principal problema jurídico y fáctico que presenta su aplicación será determinar la compatibilidad o no del derecho del viudo sobre el derecho de uso del legitimario con discapacidad. Técnicamente, es decir, con la aplicación de las normas del ordenamiento, pese al reconocimiento del párrafo final del artículo 822 CC, de acuerdo con lo defendido la atribución preferencial de la propiedad excluiría el derecho de uso del legitimario; que podría ser compatible en el caso de que el viudo se atribuyera el derecho de uso. Sin embargo, las situaciones reales que pueden presentarse en el caso de la defensa a ultranza del derecho de uso del artículo 822 CC pueden causar o determinar una mayor desprotección de la persona con discapacidad que reconocer su derecho no existe en caso de atribución preferencial.

Al terminar la intervención en el Congreso origen de este trabajo, la Profesora González Pacanowska con buen criterio me preguntó sobre cuál sería, entonces, la solución a este problema y reflexionando al respecto, creo que nos encontramos ante el dilema del elefante en la habitación, que todos lo ven, pero nadie le nombra. Siendo el problema que el legitimario con discapacidad queda desprotegido en el caso de que el cónyuge ejercite la atribución preferencial, por muy loable que sea la finalidad protectora del Código, pero a cuenta de ello no podemos saltarnos las normas del ordenamiento jurídico o sí, como se han saltado o excepcionado en otro caso, como la previsión del artículo 808 CC. Bueno, esta reflexión la tuve a posteriori, en el momento sólo supe repetir los argumentos recogidos en el trabajo que justifican la preferencia de los derechos del viudo. Agradecer a la profesora que con su pregunta me hiciera pensar que no se trata de criticar al legislador sino que identificado el problema hay que proponer soluciones.

BIBLIOGRAFIA

- CORRIPIO GIL DELGADO, M.R.: «La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario» en *Anuario Derecho Civil*, nº3, 2024.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Comentarios al artículo 822 CC» en Comentarios a la Ley 8 / 2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, dir. por Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 Código Civil» en *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, dir. por Domínguez Luelmo, A., García Rubio, M.P., Wolters Kluwer, 2014.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario al artículo 822 Código Civil» en *Comentarios al Código Civil*, dir. por Domínguez Luelmo, Lex Nova, 2010
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: «La transmisibilidad de los derechos de uso y habitación (Análisis de los art. 524 y 525 CC)» en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1999.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: *El derecho real de habitación en el Código Civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*. Aranzadi, Navarra, 2023.
- GOMÁ LANZÓN, I.5: «Los derechos del cónyuge viudo» en *Instituciones de Derecho Privado*, dir. por Garrido de Palma, Civitas Thomson Reuters, 2015
- GOZALO GONZÁLEZ, A.: «La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 3, 2002.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Tirant Lo Blanch, 2002.
- MARTÍNEZ MELÉNDEZ, M.T.: El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta *de lege ferenda* en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, nº 4.
- MARTÍNEZ MELÉNDEZ, M.T.: «Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales» en *Revista Crítica De Derecho Inmobiliario*, 2015, nº 752.
- MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: «El abuso grave como causa de extinción en el derecho de uso y habitación. Diferencias entre el “no uso” y el “uso discontinuo”» en *Familia. Revista De Ciencia Y Orientación Familiar*, 2021.
- MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Comentario al artículo 1400» en *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Berccovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, 2021.
- PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Liquidación judicial de la sociedad de gananciales*. Lexfamily, 2023.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: «Comentarios al artículo 822 Código Civil» en *Comentarios al Código civil*, dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RAMS ALBESA, J.: «Las atribuciones preferenciales en la liquidación del régimen de gananciales» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985.
- RAMS ALBESA, J.: *La sociedad de gananciales*. Tecnos, 1992.
- REBOLLEDO VARELA, A.L.: «Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 LEC», *El Derecho de Familia ante la crisis económica, La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010.
- REBOLLEDO VARELA, A. Comentario al artículo 1406 CC» en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, 2013.
- REBOLLEDO VARELA, A.L.: «Aspectos liquidatorios de la vivienda familiar en los distintos regímenes económicos matrimoniales» en *25 años impulsando el Derecho de Familia*, SEPIN, 2018. p. 164.
- TRIGO SIERRA, E., GUERRERO ENRIQUEZ, L.: «Incidencia jurídico-patrimonial de las crisis conyugales en la empresa familiar: el derecho de adjudicación prefe-

rente del artículo 1406.2.º del Código Civil» en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 47-2017.

URRUTIA BADIOLA, A.M.: «Habitación, familia y sucesión (Del Derecho Civil vasco al Derecho Privado europeo)» en *RCDI*, nº 783.

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN LOS ESTADOS UNIDOS: *COMMUNITY PROPERTY* Y *ELECTIVE SHARE*

Sally Brown Richardson

A.D. Freeman Professor of Civil Law
Tulane University

En comparación con otros países, Estados Unidos ofrece menos protección a la familia cuando el causante fallece habiendo otorgado testamento, debido en gran medida a la importancia que el Derecho estadounidense concede a la libertad de testar¹. Aunque en Estados Unidos existen pocas medidas de protección para los descendientes cuando el causante fallece habiendo otorgado testamento —y ninguna para los ascendientes—, casi todas las jurisdicciones del país ofrecen alguna protección a los cónyuges en caso de fallecimiento. Ahora bien, cuando una persona fallece sin haber testado, el Derecho estadounidense presume generalmente que el fallecido habría querido que sus bienes se transfirieran a su cónyuge, de modo que el cónyuge supérstite suele recibir una parte considerable de la herencia del fallecido.

La protección del cónyuge supérstite en Estados Unidos depende de dos factores importantes. En primer lugar, si el cónyuge fallecido murió habiendo testado o sin haber testado. En segundo lugar, si los cónyuges tenían su domicilio en una jurisdicción con régimen de comunidad de bienes (*community property*) o con régimen de separación de bienes (*separate property*).

1. Ronald J. Scalise Jr., *Freedom of Testation in the United States*, en *Freedom of Testation/ Testierfreiheit* (Mohr Seibek, Alemania, 2012) [«Scalise, *Freedom of Testation*»].

I. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

En términos generales, los cónyuges en jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes y jurisdicciones con régimen de separación de bienes tienen derechos muy diferentes sobre los bienes durante el matrimonio, y la forma de propiedad creada durante el matrimonio influye en la protección que recibe el cónyuge superviviente tras el fallecimiento del otro cónyuge. Por lo tanto, las medidas de protección previstas para los cónyuges supervivientes en los Estados Unidos dependen de que los cónyuges se encuentren en una jurisdicción con régimen de comunidad de bienes o con régimen de separación de bienes.

1. Jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes

Hay nueve jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes en los Estados Unidos: Luisiana, Tejas, Nuevo México, Arizona, California, Nevada, Washington, Idaho y Wisconsin². Estos Estados representan un gran porcentaje de la población de los Estados Unidos, casi un tercio, debido principalmente a que California y Tejas, dos Estados especialmente poblados, son jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes.

Con la excepción de Wisconsin, las otras ocho jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes en los Estados Unidos pueden encontrar sus orígenes directamente en el Derecho español y, en la mayoría de los casos, en la propia historia española de cada Estado³. Wisconsin tiene su propia historia legislativa en la adopción del régimen de comunidad de bienes⁴, pero incluso la base del Derecho de Wisconsin tiene sus raíces en el mismo Derecho de comunidad de bienes de origen español que siguen las demás jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes en los Estados Unidos⁵.

No es de extrañar, dados los orígenes españoles del régimen de comunidad de bienes en Estados Unidos, que todas las jurisdicciones que lo acogen se basen en un sistema ganancial de comunidad de bienes, lo que significa que los bienes adquiridos de forma onerosa durante el matrimonio se clasifican como bienes comunes y son propiedad conjunta de los cónyuges desde el momento de su adquisición⁶. La clasificación como bienes comunes se aplica a todas las formas de propiedad —muebles e inmuebles, corporales e incorporeales— y se aplica

2. William A. Reppy Jr., Cynthia A. Samuel y Sally Brown Richardson, *Community Property in the United States* ?? (8.^a ed., Carolina Academic Press) (2015) [«Reppy, Samuel, Richardson»].

3. Sally Brown Richardson, *Classification of Community Property: A U.S. Perspective*, en *Family Property and the Law* (Edward Elgar, 2024).

4. Howard S. Erlanger and June M. Weisberger, *From Common Law Property to Community Property: Wisconsin's Marital Property Act Four Years Later*, 1990 Wis. L. Rev. 769 (1990).

5. Unif. Marital Prop. Act, Prefatory Note.

6. E.g., Ariz. Rev. Stat. § 25-211(A); Cal. Fam. Code § 760; Idaho Code § 32-906(1); Nev. Rev. Stat. § 123.220; N.M. Stat. § 40-3-8(B); Tex. Fam. Code § 3.002; Wash. Rev. Code § 26.16.030; Wis. Stat. § 766.31.

independientemente de la titularidad de los bienes. Por lo tanto, el salario que una esposa pueda ganar durante el matrimonio se clasificará como bien común y será propiedad conjunta de su marido. Del mismo modo, una casa comprada por el marido durante el matrimonio se clasificará como ganancial y será propiedad conjunta de su esposa, incluso si la casa está a nombre del marido únicamente.

Existen algunas excepciones a la clasificación de los bienes como comunes dentro de los regímenes de comunidad de bienes. La propia naturaleza del sistema ganancial estadounidense implica que los bienes recibidos a través de una donación a uno de los cónyuges se clasifican como bienes privativos de ese cónyuge⁷. La mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos también tienen excepciones especiales a la clasificación de bienes comunes para las indemnizaciones por daños y perjuicios por dolor y sufrimiento de un cónyuge⁸. Y las jurisdicciones están divididas en cuanto a si los frutos o beneficios de los bienes privativos deben clasificarse como bienes comunes o bienes privativos⁹. Los cónyuges también pueden optar por no acogerse al régimen de comunidad de bienes antes o durante el matrimonio, aunque muy pocas parejas casadas optan por hacerlo.

Salvo estas excepciones, por regla general, todos los bienes creados o adquiridos durante el matrimonio en una jurisdicción de régimen de comunidad de bienes se clasifican como bienes comunes y son propiedad conjunta de los cónyuges desde el momento en que se crean o adquieren. Dado que los bienes comunes son propiedad conjunta de los cónyuges desde el momento en que se adquieren, el cónyuge supérstite goza de una protección intrínseca tras el fallecimiento del otro cónyuge, ya que goza de la titularidad de la mitad de los bienes comunes. En otras palabras, el cónyuge supérstite ya es propietario de la mitad de todos los bienes comunes; tras la muerte del otro cónyuge, el cónyuge supérstite, como mínimo, simplemente adquiere su mitad de los bienes comunes. El difunto puede transferir su mitad a quien desee, según la teoría estadounidense de la libertad de testar.

Existe una división dentro de las jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes con respecto a lo que significa para un cónyuge supérstite recibir su mitad de la comunidad de bienes. La mayoría de las jurisdicciones de comunidad de bienes adoptan un enfoque de la denominada «item theory», lo que significa que el cónyuge supérstite es propietario de la mitad de cada bien individual de la comunidad de bienes y que el cónyuge fallecido solo tiene libertad de testar sobre su mitad de cualquier bien individual de la comunidad de bienes¹⁰. Este enfoque se destaca en el caso de Washington *Estate of Patton*, 494 P.2d 238

7. *E.g.*, Ariz. Rev. Stat. § 25-213(A); Cal. Fam. Code § 770(a)(2); La. Civ. Code art. 2341; Nev. Rev. Stat. § 123.130; N.M. Stat. § 40-3-8(A)(4); Tex. Fam. Code § 3.001(2).

8. *E.g.* La. Civ. Code art. 2341; Wis. Stat. § 766.31(7)(f); *Marriage of Brown*, 675 P.2d 1207 (Wash. 1984).

9. Luisiana, Texas, Wisconsin e Idaho clasifican los frutos o beneficios de los bienes privativos como bienes comunes. California, Nevada, Washington, Arizona y Nuevo México clasifican los frutos o beneficios de los bienes privativos como bienes privativos.

10. Reppy, Samuel, Richardson, at ??.

(Wash. App. 1972). En *Patton*, un marido falleció sobreviviendo su esposa y dos hijos de un matrimonio anterior. En su testamento, el marido dejó a su esposa su participación en múltiples bienes comunes, incluidas cuentas bancarias y acciones. El testamento del marido también intentaba dejar a sus hijos la totalidad de los demás elementos de los bienes gananciales, incluida la parte del marido en dichos bienes, así como la parte de la esposa. Al determinar que el marido fallecido no podía disponer de la mitad de la esposa en cada bien común, el tribunal de *Patton* declaró lo siguiente:

uno de los cónyuges no puede asignar la totalidad de los derechos sobre los bienes comunes para que se transfieran por disposición testamentaria a los beneficiarios designados y, por lo tanto, debemos rechazar la afirmación de los recurrentes de que tales disposiciones de la totalidad de los derechos sobre los bienes comunes pueden ejecutarse siempre que no se vean afectados los derechos del otro cónyuge sobre los bienes comunes, es decir, siempre que se pueda demostrar que al otro cónyuge se le garantiza al menos la mitad de los derechos sobre el patrimonio común cuando se considera en su conjunto¹¹.

Sin embargo, la minoría de jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes siguen el enfoque solicitado por los hijos en *Patton*, o lo que se denomina «aggregate theory». En estas jurisdicciones, aunque los cónyuges son titulares de la mitad de todos los bienes comunes desde el momento en que se adquieren, los tribunales permiten que uno de los cónyuges disponga a su muerte de la totalidad de un bien común, incluida la participación del cónyuge supérstite en ese bien común, siempre que este último reciba al menos la mitad del total de los bienes comunes. En otras palabras, cuando se suma todo, siempre que el cónyuge supérstite termine con al menos la mitad del total de todos los bienes comunes, los tribunales permitirán al cónyuge fallecido la libertad testamentaria de disponer de la totalidad de cualquier bien común.

No es de extrañar que la mayoría de las jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes hayan adoptado la «item theory», ya que esta teoría es coherente con el poder testamentario limitado que tiene un causante en Estados Unidos para disponer únicamente de lo que le pertenece. En un régimen de comunidad de bienes, dado que los cónyuges son copropietarios de los bienes adquiridos durante el matrimonio, cada cónyuge es propietario de solo la mitad de cada bien común. Por lo tanto, cada cónyuge solo debería poder disponer de la mitad de cada bien común, ya que eso es todo lo que le pertenece. Además, no hace falta mucha imaginación para crear hipótesis en las que se podría aplicar la «aggregate theory», de modo que el cónyuge supérstite reciba al menos la mitad de la comunidad de bienes, pero esa mitad sea una mitad desigual respecto de la totalidad de la comunidad de bienes. Por ejemplo, si el cónyuge supérstite recibe cuentas de inversión u opciones sobre acciones que suman más de la mitad de la comunidad de bienes, pero un tercero recibe la vivienda familiar, desalojando

11. *Patton*, at 245.

así al cónyuge supérstite, el resultado puede considerarse injusto para este último. Aparte de la confusión emocional que tal desalojo puede causar al cónyuge supérstite, en la medida en que los bienes comunes que recibe el cónyuge supérstite son menos líquidos, ser desalojado de la vivienda familiar puede suponer dificultades reales e inmediatas para el cónyuge supérstite.

Así las cosas, cabe preguntarse en qué medida difieren en la *aggregate theory* y la *item theory*. Incluso en un caso como el de Patton, en el que el tribunal determinó que el difunto carecía de capacidad para disponer de la cuota de los bienes comunes que correspondía al cónyuge supérstite, la decisión final del tribunal fue permitir que el cónyuge supérstite eligiera entre aceptar el testamento o acogerse al régimen de sucesión intestada. En algunas jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes se ofrecen medidas de protección adicionales para garantizar que los cónyuges no dispongan de todos los bienes independientemente y que uno de ellos «muera sin recursos». Por ejemplo, en Luisiana existe un usufructo especial establecido para el cónyuge supérstite según el cual, si el cónyuge fallecido muere con una cantidad excesiva de bienes privativos, se garantiza que el cónyuge supérstite reciba un porcentaje de éstos en usufructo¹². El porcentaje varía en función, en parte, de si los cónyuges tienen hijos, ya que la cantidad de bienes privativos que se deben al cónyuge supérstite en usufructo cambia dependiendo de si hay hijos del matrimonio.

Si bien existen algunas medidas de protección especializadas en las jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes, como el usufructo del cónyuge supérstite, la mayor parte de las medidas de protección en estas jurisdicciones se deben a la propia naturaleza de la propiedad común.

2. Jurisdicciones con régimen de separación de bienes

Los otros cuarenta y un Estados, que abarcan aproximadamente dos tercios de la población de los Estados Unidos, se adhieren a un sistema de separación de bienes en virtud del cual cada cónyuge es propietario individual de los bienes que estén a su nombre. El sistema de bienes privativos prevalece en la mayor parte de los Estados Unidos debido a su origen inglés y a su trasplante a los Estados Unidos. En consonancia con el principio general de libertad testamentaria vigente en los Estados Unidos, el régimen de bienes privativos establece que cada persona tiene plena autonomía sobre sus ingresos y adquisiciones individuales durante el matrimonio¹³. Por lo tanto, es inevitable que uno de los cónyuges pueda encontrarse en una situación más precaria, por ejemplo, cuando uno de ellos se encarga del hogar y la familia con su esfuerzo y trabajo, mientras que el otro trabaja fuera de casa para ganar el dinero necesario para mantener económicamente a la familia. A la muerte de cualquiera de los cónyuges, cada uno de ellos solo es propietario de lo que está a su nombre. El cónyuge que obtiene

12. Código Civil de Luisiana, art. 2432.

13. Scalise, *Freedom of Testation*.

ingresos y a cuyo nombre están todos o la mayoría de los bienes familiares puede dejar en herencia los bienes a quien desee, y ese cónyuge fallecido es libre de elegir a una persona que no sea su cónyuge supérstite.

Con el fin de proporcionar cierta protección al cónyuge supérstite, 40 de los 41 Estados con régimen de separación de bienes cuentan con alguna forma de protección conyugal para garantizar que el cónyuge supérstite no quede en la indigencia tras el fallecimiento del otro cónyuge¹⁴. Este derecho de protección se denomina generalmente «elective share» (parte electiva). La «elective share» permite al cónyuge supérstite aceptar el testamento del difunto o «elegir» no aceptarlo y recibir un porcentaje o una parte de la herencia del cónyuge difunto garantizada por la Ley.

La «elective share» se encuentra en el *Uniform Probate Code*, gran parte del cual ha sido adoptado por la gran mayoría de las jurisdicciones con régimen de separación de bienes. Aunque el elective share funciona de forma independiente a la separación de bienes, se basa en una teoría del matrimonio como sociedad, lo que en muchos aspectos permite que la elective share produzca resultados similares a los de las jurisdicciones con régimen de comunidad de bienes¹⁵.

La versión actual de la elective share que se encuentra en el *Uniform Probate Code* establece una ecuación matemática que debe seguir el cónyuge supérstite en función del número de años que los cónyuges hubieran estado casados. En primer lugar, el cónyuge supérstite debe calcular el denominado «augmented estate». En muchos aspectos, el *augmented estate* es similar al cálculo español de la colación. Aunque cada estado calcula el *augmented estate* de forma ligeramente diferente, en general, el *augmented estate* incluye todos los bienes que el cónyuge fallecido poseía en el momento de su muerte, más las donaciones realizadas tres años antes de su muerte, más las donaciones revocables que el difunto podría haber revocado y otra serie de elementos¹⁶. El objetivo de calcular el *augmented estate* es evitar que el cónyuge fallecido eluda la elective share donando sus bienes.

Una vez calculado el *augmented estate*, según la versión actual del *Uniform Probate Code*, el cónyuge supérstite recibe un porcentaje del *augmented estate* en función del número de años que los cónyuges hubieran estado casados. El *Uniform Probate Code* actual establece un interés creciente que recibe el cónyuge supérstite, desde el 3 % hasta el 50 %, en función de la duración del matrimonio.

14. El único estado sin régimen de comunidad de bienes y sin elective share es Georgia.

15. Unif. Probate Code § 2-202.

16. *Ibid.*

Duración del matrimonio	Porcentaje del <i>Augmented Estate</i>
> 1 año	3%
1 > 2 años	6%
2 > 3 años	12%
3 > 4 años	18%
4 > 5 años	24%
5 > 6 años	30%
6 > 7 años	36%
7 > 8 años	42%
8 > 9 años	48%
9 > 10 años	54%
10 > 11 años	60%
11 > 12 años	68%
12 > 13 años	76%
13 > 14 años	84%
14 > 15 años	92%
15± años	100%

A pesar de los cálculos actuales proporcionados en el *Uniform Probate Code*, sigue habiendo grandes diferencias entre los Estados con régimen de separación de bienes. De hecho, algunos expertos en *trusts* y sucesiones de los Estados Unidos han señalado que «no hay ningún tema [...] en el que haya más variaciones legales [que en la elective share]»¹⁷. Algunos Estados han optado por no adoptar el porcentaje progresivo del *Uniform Probate Code* para el cónyuge supérstite en función del número de años de matrimonio, sino que conceden al cónyuge supérstite un porcentaje fijo de la *augmented estate*, ya sea un tercio¹⁸, la mitad¹⁹ o un porcentaje basado en si el difunto tiene hijos vivos después de su fallecimiento²⁰. Otros Estados conceden un derecho vitalicio —un instrumento del *com-*

17. Dukeminier y Sitkoff, *ibíd.*, p. 517.

18. Ala. Code §43-8-90; Alaska Stat. §13.12.202(a); Del. Code Ann. tit. 12, §§ 901, 902; Iowa Code § 633.238; Maine Rev. Stat. tit. 18-A, § 2-201; N.J. Stat. Ann. §3B:8-1; N.Y. Estates, Powers & Trusts Law § 5-1.1; 20 Penn. Con. Stat. §2203; S.C. Code Ann. §§ 62-2-201, 62-2-202; Utah Code Ann. § 75-2-202.

19. Neb. Rev. Stat. § 30-2313; N.D. Century Code § 30.1-04-02; Okla. Stat. tit. 84, § 44B2; Vt. Stat. Ann. tit. 14, § 42:319.

20. Illinois Compiled Statutes ch 755, 5/2-8; Maryland Code Annotated, Estates & Trust § 3-203; Massachusetts General Laws Annotated ch 191, § 15; Missouri Revised Statutes § 474.160; Ohio Revised Code § 2106.01(C); Wyoming Statutes § 2-5-101.

mon law similar al usufructo vitalicio— sobre un porcentaje de los bienes del difunto, en lugar de un derecho sobre la propiedad²¹. Y otros Estados adoptan otras variaciones de la elective share. A pesar de estas diferencias, todos los Estados con régimen de separación de bienes que tienen alguna forma de elective share permiten que los derechos concedidos por la elective share se renuncien mediante un acuerdo prenupcial y, en algunos casos, posnupcial.

II. SUCESIÓN INTESTADA

Los derechos del cónyuge supérstite varían considerablemente cuando el difunto fallece habiendo dejado testamento, dependiendo de si los cónyuges vivían en un Estado con régimen de comunidad de bienes o de separación de bienes. Hay menos variaciones, al menos desde una perspectiva general, en el Derecho estadounidense en lo que respecta a los derechos del cónyuge supérstite cuando el difunto fallece sin haber otorgado testamento.

1. Enfoque uniforme del *Uniform Probate Code*

El régimen de sucesión intestada en los Estados Unidos, tanto en los Estados con régimen de comunidad de bienes como en los que tienen régimen de separación de bienes, generalmente favorece al cónyuge supérstite. Esto no es de extrañar, dado que el objetivo del régimen de sucesión intestada en los Estados Unidos es dividir los bienes del difunto intestado tal y como la ley considera que el difunto hubiera querido que se distribuyeran. La mayoría de los estudios muestran que, cuando no hay hijastros, las personas quieren que sus bienes vayan a parar a su cónyuge²². En consecuencia, el *Uniform Probate Code* establece que el cónyuge supérstite reciba todos los bienes del difunto cuando el matrimonio no haya tenido hijos y cuando todos los hijos del difunto sean también hijos del cónyuge supérstite²³. La mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos siguen este enfoque.

Cuando hay hijos del difunto que no son hijos del cónyuge supérstite, el *Uniform Probate Code* establece que más de la mitad del patrimonio del difunto se destina al cónyuge supérstite, pero reserva cantidades variables para los hijos del difunto²⁴. La teoría de aplicar una regla diferente cuando hay hijastros del cónyuge supérstite es que este puede tener una relación diferente con los hijastros que la que tenía el difunto, pero la ley presume que el difunto querría asegurarse de que al menos parte de sus bienes se dejaran a sus hijos.

21. Véase, por ejemplo, Connecticut General Statutes §45a-436(a); Rhode Island General Laws §§ 33-24-3 & 33-24-4.

22. Dukeminier y Sitkoff 70.

23. Unif. Probate Code § 2-102.

24. Unif. Probate Code § 2-102.

Aunque las jurisdicciones varían en cierta medida en cuanto a lo que recibe exactamente el cónyuge supérstite cuando el difunto fallece sin testamento, especialmente cuando hay hijastros, la gran mayoría de las jurisdicciones favorecen claramente al cónyuge supérstite. En consecuencia, las leyes sobre sucesión intestada de los Estados Unidos ofrecen una gran protección a los cónyuges supérstites, dado que la mayoría de las personas en los Estados Unidos fallecen sin testamento.

2. Luisiana: un enfoque único en los Estados Unidos

El Estado que constituye una excepción a la regla general de que la legislación estadounidense sobre sucesión intestada favorece al cónyuge supérstite es Luisiana, una jurisdicción de régimen de comunidad de bienes y la única jurisdicción de tradición de *civil law* en los Estados Unidos.

En Luisiana, los derechos del cónyuge supérstite cuando el difunto fallece sin testamento dependen de si los bienes son comunes o separados. Si los bienes son comunes, lo que recibe el cónyuge supérstite depende de si hay descendientes vivos del difunto. Si no hay descendientes que sobrevivan, el cónyuge supérstite recibe la propiedad de la parte de los bienes comunes que correspondía al difunto²⁵. Si el difunto tiene descendientes que sobreviven, el cónyuge supérstite recibe un usufructo sobre la mitad de los bienes comunes del difunto, y los descendientes más cercanos del difunto (normalmente los hijos) reciben la nuda propiedad²⁶. En virtud de este «usufructo del cónyuge supérstite», como se le denomina comúnmente en Luisiana, se aplica independientemente de si los descendientes del difunto están emparentados con el cónyuge supérstite por vía biológica o por adopción. En virtud del usufructo del cónyuge supérstite en Luisiana, el cónyuge supérstite tiene todos los derechos de uso y disfrute sobre los bienes comunes, pero por lo general no tiene ningún «derecho de abuso», lo que significa que el cónyuge supérstite no puede disponer de los bienes comunes de ninguna manera. Este usufructo termina cuando el cónyuge supérstite fallece o vuelve a contraer matrimonio y los bienes se transfieren automáticamente a los descendientes del difunto, lo que también limita los beneficios que el usufructo otorga al cónyuge supérstite.

Cuando la propiedad es privativa del causante, el Derecho de Luisiana no favorece expresamente al cónyuge supérstite. En cambio, si el difunto tiene descendientes, estos reciben todos los bienes privativos del difunto²⁷. Si el causante no tiene descendientes, el Derecho de Luisiana establece un usufructo no para el cónyuge supérstite, sino para los ascendientes del difunto (normalmente los padres), si están vivos, con la nuda propiedad a favor de los hermanos del difun-

25. Código Civil de Luisiana, art. 889.

26. Código Civil de Luisiana, art. 890.

27. Código Civil de Luisiana, art. 888.

to²⁸. Y cuando el difunto no tiene descendientes ni ascendientes, la propiedad de los bienes privativos del causante pasa a los hermanos del difunto²⁹. Solo cuando el difunto no tiene descendientes, ni ascendientes, ni hermanos, los bienes privativos del difunto se transfieren al cónyuge supérstite³⁰.

En comparación con gran parte del mundo, Estados Unidos ofrece una menor protección al cónyuge supérstite en caso de fallecimiento, especialmente cuando el difunto fallece habiendo otorgado testamento. Sin embargo, dado que la mayoría de los estadounidenses fallecen intestados y que casi todas las jurisdicciones de Estados Unidos favorecen al cónyuge supérstite en la sucesión intestada, la mayoría de los cónyuges supérstites en Estados Unidos reciben en última instancia la mayor parte de los bienes de su viudo o viuda al fallecer.

28. Código Civil de Luisiana, art. 891.

29. Código Civil de Luisiana, art. 892.

30. Código Civil de Luisiana, art. 894.

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL DERECHO PORTUGUÉS A TRAVÉS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

Rute Teixeira Pedro

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA GEOMETRÍA VARIABLE DE LA PROTECCIÓN SUCESORIA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN FUNCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO III. LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE CUANDO SE APLICA UN RÉGIMEN DE COMUNIÓN IV. LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE CUANDO SE APLICA EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN. V. BREVES CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas, concentraré mi la atención sobre los términos en que se concreta la protección legal del cónyuge viudo en el Derecho portugués. Como en otros ordenamientos jurídicos¹, en Portugal, esta protección se encuentra, por una parte, en el derecho sucesorio y, por otra, en el derecho matrimonial.

En el presente trabajo cumple destacar la protección que se conexas con el régimen económico aplicable al matrimonio. Pero, como explicitaré, de seguida, los dos componentes *supra* referidos de la protección —el matrimonial y el sucesorio— están interconectados, pudiendo jugar el régimen económico matrimonial, desde el año 2018, un papel significativo en la definición misma de los términos de la protección legal específicamente sucesoria. Consecuentemente, aunque nos centremos en la protección del cónyuge viudo a través del régimen económico del matrimonio, tenderemos que considerar no solamente la tutela

1. Así también, por ejemplo, el Derecho Italiano que ha, en algunos momentos, servido de importante inspiración en la configuración legislativa del derecho portugués. Véase GIOVANNI BONILINI, *Manuale di Diritto ereditario e delle donazioni*, 12.^a edición, UTET Giuridica, 2025, pp. 171 y 172.

que se encuentra legalmente prevista específicamente en el ámbito del régimen económico matrimonial, pero también la tutela (legal) sucesoria que, hoy, puede variar, precisamente, como consecuencia del régimen económico matrimonial que se aplique a la relación matrimonial.

Entonces, después de algunas observaciones iniciales en las que presentaremos la geometría variable que domina la materia desde 2018, consideraremos sucesivamente la protección de que beneficia el cónyuge superviviente cuando el régimen económico matrimonial que vigoraba en el matrimonio disuelto por muerte era un régimen de comunión, primero, y la protección de que beneficia el cónyuge superviviente cuando el régimen económico matrimonial que vigoraba en el matrimonio era el régimen de separación, después.

II. LA GEOMETRÍA VARIABLE DE LA PROTECCIÓN SUCESORIA DEL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE EN FUNCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

La denominada reforma de 1977², subsecuente a la entrada en vigor de la Constitución de la República portuguesa de 1976³, ha cambiado significativamente el derecho de familia y el derecho sucesorio portugués, sobre todo, relativamente al último, en lo que respecta a la protección del cónyuge superviviente. Ocurrió un significativo refuerzo de la posición jurídico-sucesoria del cónyuge superviviente, en términos que no eran exigidos por los nuevos valores constitucionales. De hecho, una parte significativa de la doctrina portuguesa reputó la protección sucesoria del cónyuge superviviente tal y como resultó de la reforma de 1977 como excesiva⁴, sobre todo cuando se la perspectiva conjuntamente con la opción en el dominio matrimonial, relativa al régimen matrimonial supletorio⁵ que es un régimen de comunión parcial: el régimen matrimonial de comunión de bienes

2. La reforma de 1977 fue concretada, en particular, por el Decreto-ley n.º 496/1977, del 25 noviembre, aunque otros diplomas legales también contribuyeron para la aplicación en el derecho ordinario de los nuevos valores jurídicos que pasan a impregnar el ordenamiento jurídico portugués con la entrada en vigor de la Constitución de la República Portuguesa de 1976. Sobre la reforma referida, VVAA, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados. Conselho Geral. Instituto da Conferência, Lisboa, Livraria Petrony, 1981.

3. Se señala en particular, y entre otras novedades, la proclamación de la igualdad de los cónyuges en el artículo 36, n.º 3 de la Constitución.

4. En ese sentido, PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Iuris Sociedade editora, 2012, p. 68 y DIOGO LEITE CAMPOS, «Família e sucessão», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LVI, 1980, en especial, pp. 147 a 152.

5. Una situación semejante se encuentra en el derecho italiano, sobre todo cuando se aplica al matrimonio el régimen de «*comunione legale*». Refiriéndose a una visión crítica de lo reconocimiento de derechos sucesorios considerados «*eccessivamente rinforzati e non più ragionevolmente giustificabili*» y que corresponde a una «*opinione unanime e condivisa*», véase VINCENZO BARBA, *La successione dei legittimari*, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», Edizione Scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 67.

adquiridos (en portugués, «*regime de comunhão de adquiridos*»)⁶. Nótese que la protección sucesoria del cónyuge viudo sigue siendo en gran medida la misma desde entonces, a pesar de una diferencia importante resultante de una reforma legal más reciente, ocurrida en 2018, que ha impregnado la disciplina de alguna flexibilidad.

Empecemos por enunciar los trazos principales de la posición sucesoria del cónyuge supérstite tal y como resultó de la reforma de 1977. Desde entonces, más allá de ser heredero abintestato, el cónyuge viudo es legalmente heredero forzoso. Consecuentemente, por fuerza de la sucesión legal imperativa (que, en portugués, se denomina «*sucessão legítima*»⁷), el cónyuge supérstite es, en principio⁸, llamado a la sucesión, como heredero forzoso, junto a los descendientes o ascendientes o es llamado solo, según la configuración específica del caso: será llamado con los descendientes del causante (si los hay) o junto con los ascendientes del causante (si éste no deja descendientes, pero existen ascendientes) o, finalmente, será llamado solo si no hay ni descendientes, ni ascendientes del causante en el momento de la apertura de la sucesión. Entonces, el cónyuge supérstite se encuentre sucesoriamente en primera posición, y, aunque pueda concurrir con otros herederos forzosos, tiene en relación a ellos una posición privilegiada⁹. Además, a diferencia de lo que se pasa en el derecho civil español común¹⁰, como heredero forzoso es llamado a suceder (en propiedad plena) relativamente a una parte de la herencia —que, en portugués, se denomina «*legítima*»

6. Se trata, en síntesis, de la comunión de bienes adquiridos onerosamente en la constancia del matrimonio es el régimen económico matrimonial supletorio en Portugal. Sobre este régimen regulado en los artículos 1717 y siguientes del Código Civil Portugués, PEREIRA COELHO y GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I - Introdução: direito matrimonial*, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 594 y siguientes.

7. La sucesión forzosa se encuentra regulada en los artículos 2157 y siguientes del Código Civil Portugués, y es, en principio (véase la nota siguiente), de aplicación imperativa. Sobre esta especie de sucesión, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edición, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 150 y siguientes.

8. Hay dos excepciones cuanto al llamamiento del cónyuge como heredero forzoso: por un lado, la que resulta del cónyuge supérstite haber sido desheredado en los términos del artículo 2166; por otro lado, la circunstancia admitida desde 2018 de ser celebrado un pacto sucesorio renunciativo previsto en el artículo 1700, n.º 1, c) del Código Civil portugués, que consideraremos *infra*.

9. Sobre la posición sucesoria del cónyuge supérstite en el derecho portugués, considerando los puntos en que es privilegiada, siendo más favorable do que la posición sucesoria de los descendientes y de los ascendientes, considérese DIOGO LEITE CAMPOS y MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito de Sucessões*, 5.ª edición, Almedina, pp. 252 a 255.

10. Sobre la legítima del cónyuge viudo, en el derecho común español, que se caracteriza por ser un usufructo y, en general, sobre la protección sucesoria del cónyuge supérstite en el Derecho español, ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO y HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Civil, Vol. VI. Derecho de Sucesiones*, Coordinador Andrés Domínguez Luelmo, Director Eugenio Llamas Pombo, 2.ª edición, Wolters Kluwer, 2024, pp. 144 a 146 y 440 a 445 y SERGIO CÁMARA LAPUENTE *et alii*, *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, 2.ª ed., Edisofer Libros Jurídicos, 2022, pp. 322 a 326, 345 a 351 y 367–368.

o «*quota indisponível*»¹¹— que está imperativamente reservada en beneficio de los herederos forzosos en los términos del artículo 2157 del Código Civil Portugués¹². Además de heredero forzoso, será también heredero abintestato, siendo llamado por fuerza de la sucesión legal supletoria (que, en portugués, se denomina «*sucessão legítima*»¹³) si el demandante no ha dispuesto de su cuota disponible, ocupando también la primera posición, en concurso con los descendientes o con ascendientes o solo, en términos idénticos a los que se aplican en la sucesión forzosa¹⁴ y expusimos sucintamente *supra*.

Esta protección se aplicaba hasta el 2018 a todos los cónyuges supervivientes, independientemente del régimen económico matrimonial que se aplicase en el matrimonio y, por lo tanto, independientemente de la protección que ese régimen también les concediese por ocasión de la muerte de uno de los cónyuges.

La ley 48/2018, del 14 de agosto, cambió el escenario, al permitir que, cuando se reúnan ciertas condiciones¹⁵, los cónyuges puedan celebrar un pacto sucesorio renunciativo, antes de la celebración del matrimonio, en que ambos renuncian recíprocamente a la cualidad de heredero forzoso. Esa posibilidad solo es legalmente reconocida si el matrimonio que va a celebrarse se celebrará bajo el régimen económico de la separación de bienes.

Por consecuencia, el régimen económico matrimonial es un elemento clave para que pueda ejercitarse la novedosa facultad recientemente consagrada. Resulta, por tanto, patente que las dos componentes (matrimonial y sucesoria) de protección, aunque continúen diferenciándose¹⁶, se conexionan y de su combinación resultan niveles diferentes de protección del viudo por ocasión de la disolución del matrimonio por muerte. Según el modelo legalmente diseñado, el nivel

11. El valor de la «*legítima*» (global) o «*quota indisponível*» variará en función de la categoría y del número de herederos forzosos existentes, a la luz de los artículos 2158 y siguientes del Código Civil Portugués. Si el cónyuge sucede en concurso con los descendientes, la «*legítima*» será de 2/3 de la herencia (artículo 2159, n.º 1), dividiendo el valor por cabeza (artículo 2136), sin perjuicio de asegurar que el cónyuge recibirá siempre por lo mínimo 1/4 del valor de la «*legítima*» (artículo 2139, n.º 1). Si el cónyuge sucede en concurso con los ascendientes, la «*legítima*» será de 2/3 de la herencia (artículo 2161, n.º 1), siendo la división (siempre) desigual, recibiendo el cónyuge 2/3 del valor de la «*legítima*» y los ascendientes sólo 1/3 (artículo 2142, n.º 1). Finalmente, si el cónyuge sucede como único heredero forzoso, la «*legítima*» es de 1/2 de la herencia (artículo 2158), perteneciendo la totalidad al cónyuge.

12. De aquí en adelante, utilizaremos la abreviatura CCP, para referirnos al Código Civil portugués de 1966 que se encuentra en vigor. Además, advertimos que, siempre que se citen artículos sin referencia expresa a al diploma legal a que pertenecen, deben entenderse como disposiciones integrantes del mencionado Código.

13. Se encuentra regulada en los artículos 2131 y siguientes del CCP y es de aplicación supletoria. En los términos del artículo 2131, solo se aplica si el causante no ha dispuesto válida y efectivamente, en todo o en parte, de los bienes de que podía disponer después de su muerte. Sobre esta especie de sucesión, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 235 y siguientes.

14. El artículo 2158 del Código Civil Portugués relativo a la sucesión forzosa determina que se apliquen el orden y las reglas previstas para la sucesión legal supletoria.

15. Volveremos a considerar esta especie de pacto en la sección 4.

16. Sin embargo, ha emergido una discusión sobre la naturaleza sucesoria o matrimonial de los pactos renunciativos que acabamos de referir. Considérese lo que se dirá infra en la nota 51.

más elevado de protección derivado de la ley¹⁷ corresponderá a una situación en que al matrimonio se aplique un régimen de comunión y el nivel más débil de protección derivado de la ley corresponderá a una situación en que al matrimonio se aplique un régimen de separación de bienes¹⁸.

Consideremos sucesivamente las dos situaciones, teniendo presente que, en el ordenamiento jurídico portugués, todavía se aplica el principio de inmutabilidad de las convenciones antenupciales y de los regímenes económicos matrimoniales¹⁹. Por consecuencia, no puede transitarse, durante la vida del matrimonio de un nivel de protección legal al otro, cambiando, por mero acto de voluntad de los cónyuges²⁰, el régimen económico matrimonial²¹.

17. Nos referimos solo a la protección legalmente prevista. Véase *infra* la nota 21.

18. DANIEL MORAIS, de un modo expresivo, se refiere a un modelo con una lógica de «todo o nada». Así lo expresa in «A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre gerações, in *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 208. Se comprende el valor expresivo de la expresión, aunque, como se explicitará *infra* de este trabajo, la fórmula no retrata fielmente la realidad, porque ni el «todo» corresponde a una protección total, ni el «nada» corresponde a una ausencia de protección. En la sección 4, se volverá al punto.

19. El principio de la inmutabilidad persiste hasta el día de hoy en el ordenamiento jurídico portugués, a pesar de los cambios que se han producido en la mayoría de los sistemas jurídicos. Sobre este principio, las razones que pueden aún sustentarlo, PEREIRA COELHO y GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Vol. I. Introdução. Direito Matrimonial*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5ª edición, 2016, pp. 582-583; RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, 2000, p. 128; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, Geslegal, 8ª edición, 2023, p. 536 y ss y CRISTINA DIAS, *Alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas*, Almedina, 2012, pp. 51 y ss.

20. El régimen económico matrimonial puede cambiar durante el matrimonio, pero nunca por la mera voluntad, aunque concordante, de los dos cónyuges. El artículo 1715 del CCP prevé las excepciones al principio de la inmutabilidad. Una de las excepciones corresponde a la separación judicial de bienes («*separação judicial de bens*»), que, según el artículo 1767 del CCP, depende de la presentación de una demanda judicial de uno de los cónyuges contra el otro, basada en la verificación del riesgo del requirente de perder lo que le pertenece debido a la mala administración del cónyuge demandado. Otra excepción corresponde a la separación de personas y bienes («*separação de pessoas e bens*»), que obedece a los mismos requisitos que se encuentran previstos para el divorcio (artículo 1794) y produce los mismos efectos que el divorcio respecto a la dimensión patrimonial del matrimonio según el artículo 1795-A del CPP. Consecuentemente, el simple acuerdo de voluntades entre los cónyuges no es suficiente para lograr el efecto de cambiar el régimen matrimonial, aunque dicho cambio pudiera promover el interés de la familia. Sobre las dos especies de separación, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, con la colaboración de Rui Moura Ramos, 2.ª edición, Almedina, 2021, pp. 279 a 291.

21. Hablamos solamente de la protección resultante de la ley. Pueden, evidentemente, realizarse, durante el matrimonio, actos voluntarios que puedan afectar (reforzándola) la posición sucesoria del cónyuge supérstite, si el matrimonio se disolver por muerte. Por ejemplo, cualquiera de los cónyuges puede, mediante testamento, disponer de la cuota disponible en favor de su cónyuge, e incluso cada uno de ellos puede hacerlo en beneficio del otro, siempre que lo hagan en testamentos diferentes (en Portugal no se permiten los testamentos conjuntos). Y esta posibilidad existe cualquier que sea el régimen económico matrimonial. Otro ejemplo que puede ofrecerse es lo de uno de los cónyuges hacer, durante el matrimonio, una donación (o más) a favor del otro, la cual será considerada en el fenómeno sucesorio del donante, no estando sujeta a colación, según parte de la doctrina, o,

III. LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE CUANDO SE APLICA UN RÉGIMEN DE COMUNIÓN

Además de la protección prevista en el libro V del Código Civil Portugués dedicado al Derecho de Sucesiones y cuyos trazos generales describimos en la sección anterior, existe la protección que nace del régimen económico matrimonial. La muerte, además de determinar la apertura de la sucesión del causante, produce la disolución del matrimonio. De esa disolución resulta, en los términos del art. 1688 del CCP, la cesación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Así, cesadas las relaciones patrimoniales, cesa *ex nunc* el régimen específicamente matrimonial, debiendo liquidarse la situación patrimonial conyugal²². En dicha liquidación, se aplicarán, en principio, las normas del régimen económico matrimonial que se ha aplicado durante el matrimonio. Sin embargo, los cónyuges pueden pactar, que la división de bienes, por ocasión de la disolución del matrimonio por muerte²³, se realice según un régimen económico matrimonial diferente. Se trata de una posibilidad que es reconocida en el artículo 1719 y que presupone que esa opción sea incluida en la convención antenupcial (la denominada «*convenção antenupcial*», en portugués) que, como el nombre indica, solo se puede celebrar antes de la celebración del matrimonio. Entonces, dos personas

aunque lo esté, como defiende otra parte de la doctrina, podrá pactarse la obligación de colación. Y también esta posibilidad se extiende a todos los matrimonios, cualquier que sea el régimen económico matrimonial, con la excepción de las situaciones en que vigore, en los términos del artículo 1720 (véase nota 26), imperativamente, lo régimen de la separación de bienes, casos en que son prohibidas las donaciones entre los cónyuges (artículo 1762 del CCP). Sin embargo, en las situaciones de los ejemplos presentados en esta nota, se trata de resultados patrimoniales que se alcanzan mediante la necesaria celebración de un negocio adicional. En este trabajo consideramos la protección (matrimonial y sucesoria) que deriva de la ley para el cónyuge supérstite. De la conjugación de la protección legal, en que vamos centrar nuestra atención, con otros actos negociales, como los indicados en esta nota, celebrados durante el matrimonio pueden resultar más diferenciaciones en el nivel de protección del cónyuge viudo más allá de los que vamos considerar en las dos secciones siguientes. Sin embargo, dado el propósito de este trabajo, no las consideraremos.

22. En los regímenes de comunión, en el período posterior a la cesación de las relaciones patrimoniales conyugales y anterior a la división («*partilha*»), hay una comunión post matrimonial. En la doctrina, subsisten dudas en la doctrina sobre el régimen que debe aplicarse. CRISTINA DIAS, *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges*, Coimbra Editora, 2009, pp. 919 y siguientes.

23. En caso de disolución por divorcio, los términos cuantitativos de la división pueden obedecer a un régimen diferente del régimen que se aplicó durante el matrimonio, por fuerza de la ley, en los términos del artículo 1790 del CCP. Esta norma determina que, en caso de divorcio, ninguno de los cónyuges podrá, en la división de bienes, recibir más (cuantitativamente, según interpretamos el artículo 1790) de lo que hubiera recibido si el matrimonio se hubiera celebrado bajo el régimen de comunión de bienes adquiridos. Se trata de una regla que se aplica cuando el régimen económico matrimonial fuera la comunión general o un régimen atípico de comunión de bienes más intensa que el régimen de comunión de bienes adquiridos. Sobre el artículo 1790, véase RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A partilha do património comum do casal em caso de divórcio – reflexões sobre a nova redacção do art. 1790.º do Código Civil», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Comisión organizadora: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida, Vítor Pereira das Neves, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 429 a 474.

que van contraer matrimonio una con la otra, pueden, el año anterior²⁴, pactar en convención antenupcial, por ejemplo, que, aunque durante el matrimonio se vaya aplicar el régimen de separación de bienes, la división subsecuente a la eventual disolución del matrimonio por muerte se hará según un régimen de comunión²⁵.

No siendo pactado que la división se haga según un régimen diferente, la división se hará según el régimen económico que se aplicó durante el matrimonio y ese, en principio²⁶, será el régimen supletorio que, en Portugal, en los términos del artículo 1717, es el régimen de comunión de bienes adquiridos en la constancia del matrimonio (*«regime de comunhão de adquiridos»*), que se encuentra disciplinado en los artículos 1722 y siguientes del CCP.

Los cónyuges pueden, salvo en las situaciones previstas en el artículo 1720 del CCP, elegir otro régimen económico, antes del matrimonio, en convención antenupcial. El ámbito reconocido para el ejercicio de la autonomía privada es, em principio, amplio²⁷. En lo que respeta a regímenes de comunión, puede elegirse uno otro régimen de comunión legalmente típico que es el régimen de comunión general de bienes (en portugués, *«comunhão geral de bens»*) y que se encuentra disciplinado en los artículos 1732 y siguientes del CCP. Puede, además, partirse de uno de esos dos regímenes típicos (*«comunhão de adquiridos»* y

24. Según el artículo 1716 del CCP, la convención antenupcial caduca si el matrimonio no se celebra dentro de un año, o si, habiéndose celebrado, se declara nulo o anulado, salvo lo dispuesto para el matrimonio putativo.

25. Respecto de este artículo y su homólogo en el Código Civil de Macao, considérense las observaciones que ya hemos hecho en «A proteção do cônjuge supérstite em caso de dissolução do casamento por morte: uma reflexão por ocasião do 25.º aniversário do Código Civil da RAEM como contributo para a necessária reforma do direito português», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 56, en proceso de publicación. Una lectura literal del art. 1719 del CCP llevará a la conclusión de que la admisibilidad de la estipulación depende de la existencia, al tiempo de la disolución del matrimonio por muerte, de descendientes comunes de los cónyuges, lo que permitirá, cuando se lo haya estipulado en la convención prematrimonial, que la división se haga bajo el régimen de comunión general de bienes que no estuviera en vigor durante el matrimonio. Sin embargo, no parece que la posibilidad de acordar que la división se hará según un régimen económico matrimonial diferente de lo que se ha aplicado durante el matrimonio, se limite al ámbito literal del art. 1719. Considerando que el artículo 1719 no es excepcional, los cónyuges pueden pactar, en la convención antenupcial, que la división de bienes se realice según un régimen económico matrimonial diferente del que esté en vigor durante el matrimonio en circunstancias distintas de las descritas en la norma. En este sentido, véase JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 624.

26. En Portugal, la ley impone el régimen económico de separación en dos situaciones que se encuentran previstas en el artículo 1720, n.º 1 del CCP: en primer lugar, cuando el matrimonio se celebra sin que haya sido precedido por el proceso preliminar destinado a apreciar la capacidad marital de los futuros cónyuges (se denomina, en portugués, *«proceso preliminar de casamento»*); en segundo lugar, cuando el matrimonio se celebra por persona que haya cumplido sesenta años de edad en el momento de la celebración.

27. Sobre el principio de libertad de convención y sus límites, PEREIRA COELHO y GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I., cit., pp. 570 y siguientes. Para un estudio desarrollado, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais*, Almedina, 2000.

«*comunhão geral*»)²⁸, introduciéndole modificaciones, o incluso construirse un régimen mixto en el que se combinen elementos de más de uno de los regímenes matrimoniales legalmente típicos. Finalmente, es posible que la pareja establezca un régimen matrimonial de comunión atípico, distanciándose de los dos modelos conformados por la ley.

La definición, en la convención antenupcial, de las reglas de que se deriva la determinación de la extensión de la comunión puede constituir un instrumento para conformar la protección de que el cónyuge viudo beneficiará, en la eventualidad del matrimonio cesar por muerte. Cuantos más bienes sean calificados como comunitarios (y no como bienes privativos de cada uno de los cónyuges), mayor será el patrimonio común a dividir por los cónyuges y mayor será la parte en ese patrimonio que pertenecerá al cónyuge supérstite²⁹, *escapando*, en esa medida, al fenómeno sucesorio del cónyuge fallecido. Cuanto más comunitario sea el régimen, mayor podrá ser la protección que se alcanzará a través del régimen económico matrimonial para el cónyuge supérstite. Ese puede ser un camino para proteger un cónyuge que se estima dedicará más tiempo a la vida doméstica y familiar. Puede pretenderse premiar patrimonialmente esa dedicación o por lo menos atenuar las desventajas que no son corregidas a través de los otros instrumentos jurídicos disponibles.

Lo régimen económico puede, por lo tanto, ser visto como un mecanismo para planificar la protección futura y eventual del cónyuge que sobreviva a la muerte del otro cónyuge, causa de la disolución del matrimonio. Y eso puede conseguirse, por un lado, pactando el régimen que los cónyuges quieren que se aplique al matrimonio, en toda su vida matrimonial y también en el momento de disolución por muerte o, por otro lado, como resulta de lo que se ha dicho *supra*, pactando específicamente el régimen a que quieren que obedezca la división patrimonial en ese particular caso (disolución del matrimonio por muerte), en los términos del artículo 1719 del CCP, independientemente del régimen que haya vigorado en la constancia del matrimonio. Los cónyuges pueden entender que durante el matrimonio el régimen de separación (o el régimen supletorio de la comunión de adquiridos) sirve adecuadamente sus intereses, pero que lo mismo no ocurre en caso de muerte de uno de ellos. Pueden acordar que, en este último caso, la liquidación del régimen matrimonial se hará según el régimen de comu-

28. Ahora estamos limitando nuestra atención a los regímenes de comunión. El espacio reconocido al ejercicio de la autonomía privada, extendiese también al régimen económico de separación, de que hablaremos en la sección siguiente.

29. Presentamos aquí un raciocinio general y abstracto sobre la articulación entre los patrimonios privativos de cada cónyuge y el patrimonio comunitario, considerando que las aportaciones patrimoniales en bienes de los cónyuges son equivalentes o que, no lo siendo, el cónyuge que menos aportó es el que sobrevive al otro y que por lo tanto beneficiará de la tutela de que hablamos. Claro que se hay un desequilibrio acentuado de las aportaciones de uno de los cónyuges y si se da el caso de que el matrimonio cese por muerte de aquel que ha aportado menos, el cónyuge supérstite podría ser más beneficiado por un régimen que hubiese prevenido la comunicabilidad de los bienes adquiridos por ese cónyuge.

nión general³⁰. Presentamos este ejemplo basando nuestras afirmaciones en opciones asientes en regímenes legalmente tipificados, porque así el ejemplo es más claro y fácil de ser entendido. Sin embargo, la planificación de que hablamos puede realizarse pactando un régimen casuísticamente delineado, considerando, en particular, la calificación de bienes específicos que se acuerda que formen parte del patrimonio común. El instrumento de que hablamos tiene, por tanto, mucho potencial, pudiendo ser adaptado a las particularidades del caso concreto.

Existen, sin embargo, límites a la posibilidad de configuración del régimen de comunión que se quiere pactar. Por un lado, no puede consensuarse un régimen comunitario que sea más intenso que la comunión correspondiente al régimen comunitario típico de «*comunhão geral de bens*». Esta comunión, aunque se denomine general, no es una comunión total, no se extendiendo a todos los bienes de que los cónyuges sean titulares en el momento de la celebración del matrimonio y que sean adquiridos posteriormente. Hay bienes que, mismo bajo ese régimen, no son —y no pueden serlo— comunitarios: se trata de los bienes enumerados en el artículo 1733, n.º 1³¹ y que no puede pactarse que formen parte del patrimonio común. Dichos bienes son imperativamente propios cualquier que sea el régimen económico matrimonial. Entonces, en Portugal, la comunión correspondiente al régimen económico matrimonial denominado «*comunhão geral de bens*» constituye la comunión máxima legalmente admitida.

Otra limitación³² que cumple subrayar es la que se encuentra prevista en el artículo 1699, n.º 2. Según esta norma, cuando el matrimonio es celebrado por una persona que tiene hijos, incluso mayores de edad, que no sean comunes a la persona con quien va a casarse³³, no es posible pactar el régimen de comunión

30. La comunión que corresponde a la comunión general de bienes es la máxima comunión admitida en Portugal, como de seguida se explicará.

31. Este artículo se refiere i) a los bienes donados o dejados con cláusula de incomunicación; ii) a los bienes donados o dejados con cláusula de reversión o fideicomiso, a menos que la cláusula haya expirado; iii) al usufructo, uso o habitación y demás derechos estrictamente personales; iv) a la indemnización debida por hechos verificados contra la persona de cada uno de los cónyuges o contra su propio patrimonio; v) las pólizas de seguro vencidas a favor de cada uno de los cónyuges o para cubrir riesgos que sufran sus propios patrimonios; vi) a las prendas de vestir y demás objetos de uso personal y exclusivo de cada uno de los cónyuges, así como sus diplomas y correspondencia; vii) a los recuerdos familiares de poco valor económico y, finalmente, viii) a las mascotas que cada uno de los cónyuges tenga al momento de la celebración de la boda. Como resulta del n.º 2 del artículo 1733, la incomunicabilidad de los bienes enumerados no alcanza a sus respectivos frutos ni al valor de las mejoras útiles. Sobre el elenco referido, véase PEREIRA COELHO y GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I., cit., pp. 626 y siguientes.

32. Otra limitación es la que resulta del artículo 1720 que impone, imperativamente, en ciertas circunstancias (véase la nota 26) el régimen de separación de bienes. En las situaciones descritas en dicho artículo no se puede pactar otro régimen económico matrimonial, aunque se puedan realizar donaciones antes del matrimonio. Como se ha referido en la nota 21, en estos casos de vigencia imperativa del régimen de separación de bienes, las donaciones durante el matrimonio son prohibidas (art. 1762).

33. Esta circunscripción de la limitación prevista en el artículo 1699, n.º 2 a las situaciones en que los hijos no son comunes a los cónyuges no está expresamente prevista en el texto del artículo, sino que surge de la mejor interpretación de la regla, considerada la *ratio* que la sustenta. Se trata

general de bienes, ni estipular la comunicabilidad de aquellos bienes que, según el artículo 1722, n.º 1, son bienes privativos de cada uno de los cónyuges bajo el régimen de «*comunhão de adquiridos*»³⁴. Se trata de un límite que se dirige a promover la protección de la posición jurídico sucesoria de los hijos preexistentes de cada uno de los cónyuges. Pretende evitarse que los bienes que corresponden a las categorías indicadas pasen a formar parte del patrimonio común del matrimonio, y obviarse que, en caso de muerte del cónyuge (padre o madre de hijos no comunes al matrimonio en referencia), dichos bienes deban ser integrados en el patrimonio (comunitario) a compartir con el otro cónyuge (que no es padre, ni madre de dichos hijos). Los bienes en cuestión siguen siendo bienes del cónyuge difunto, formando parte de su herencia, debiendo su destino decidirse en el ámbito de la sucesión a la que serán llamados los hijos y el cónyuge (en los términos del artículo 2133, n.º 1, a)). Consecuentemente, el objetivo de protección de los hijos plasmada este artículo limita la libertad de convención de los cónyuges y restringe su poder de utilizar el régimen económico matrimonial como instrumento de protección del cónyuge supérstite.

Se puede concluir que, respetados los límites legales, el régimen matrimonial de comunión aplicable a la liquidación de la relación matrimonial puede ser, cuando el matrimonio cese por muerte de uno de los cónyuges, un mecanismo adecuado para ofrecer protección al cónyuge supérstite, mas allá de la protección específicamente sucesoria.

Vigorando un régimen (típico o atípico) de comunión de bienes, los bienes comunitarios deben dividirse de manera que pueda concretarse la parte que cada (ex)cónyuge tiene en el patrimonio común. Así, cuando está en vigor un régimen de comunión de bienes, en caso de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, hay dos operaciones a realizar: la división del patrimonio matrimonial comunitario y la partición del patrimonio hereditario. La primera debe ocurrir antes que la segunda, porque es a través de la primera que se podrá terminar de delimitar el patrimonio hereditario del fallecido³⁵ a compartir en la segunda.

de una interpretación pacífica que se encuentra plasmada en el Dictamen n.º 2/95 de la Procuraduría General de la República Portuguesa (*Parecer da Procuradoria-Geral da República homologado por despacho da Secretária de Estado da Justiça e publicado no Boletim dos Registos e do Notariado n.º 2/95*).

34. Estos límites se aplican también a la posibilidad prevista en el art. 1719 del CCP que referimos *supra*. Cuando uno de los cónyuges, al tiempo de la celebración del matrimonio, ya tiene hijos que no son comunes a la persona con la que va a casarse, no puede, por tanto, pactarse que, en caso de disolución del matrimonio por muerte, la división de bienes se realice bajo el régimen general de comunidad de bienes.

35. El patrimonio hereditario del causante, en cuanto a su activo, comprenderá, además de los bienes propios del cónyuge fallecido, los bienes que integran su parte en el patrimonio común del matrimonio y estos se identifican a través de la operación de división acabada de referir. Sobre la acumulación de la «*partilha*» de la herencia con la «*partilha*» del patrimonio comunitario matrimonial, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.ª edición, Gestelegal, 2022, pp. 448 a 453.

Independientemente del régimen de comunión aplicable, cada cónyuge tiene derecho al 50% del patrimonio comunitario. De hecho, según el art. 1730 del CCP, los cónyuges participan imperativamente en la mitad de los activos y pasivos del patrimonio comunitario. Así, cuando se aplique un régimen de comunión de bienes, cada cónyuge recibirá (conservará) sus bienes privativos y tendrá derecho a la mitad del patrimonio comunitario. Consecuentemente, los bienes destinados a integrar la mitad («*meação*») del cónyuge fallecido formaran parte de su herencia, conjuntamente con los bienes que son privativos del mismo.

Cumple además recordar que la operación de división del patrimonio comunitario (en portugués se denomina «*partilha do património comum*») es una operación compleja que consta de varios pasos. Es importante, en primer lugar, determinar el patrimonio comunitario neto, lo que implica identificar, por una parte, el respectivo activo y, por otra, lo pasivo correspondiente. Para ello, es necesario considerar las reglas que conforman el régimen económico vigente en el matrimonio³⁶ y que permitirán la clasificación de los bienes como privativos de cada cónyuge (denominados en portugués como «*bens próprios*») o como comunitarios (denominados en portugués como «*bens comuns*»). Es necesario identificar también los valores que cada cónyuge haya de conferir al patrimonio comunitario (artículo 1689, n.º 1, del CCP), las compensaciones debidas entre patrimonios y las dividas que impenden sobre ese patrimonio y que deben ser pagadas en los términos del artículo 1689, n.º 2, del CCP. Sólo después de estas operaciones, que permiten determinar el patrimonio comunitario neto, podrá procederse a su división entre los cónyuges, constituyendo, en especie o en dinero, la parte («*meação*») que a cada cónyuge corresponda.

En el ámbito de la división del patrimonio comunitario del matrimonio, en los términos del artículo 1731 del CCP, se reconoce el derecho preferencial del cónyuge (supérstite³⁷) recibir, para realizar su «*meação*», en dicho patrimonio, los bienes comunitarios que sean instrumentos de trabajo y de que necesite ejercer su profesión. Además, aunque la división de los bienes comunitarios de los cónyuges preceda lógicamente la distribución de los bienes hereditarios del cónyuge fallecido, para realizarse la parte que corresponde al cónyuge supérstite, sea en la liquidación del patrimonio comunitario, sea en la partición sucesoria como heredero, se prevén a su favor atribuciones preferenciales de ciertos bienes, en los términos de los arts. 2103-A y siguientes del CCP. De hecho, el cónyuge supérstite tiene derecho a ser reconocido como titular, por un lado, del derecho de habitación sobre la vivienda familiar si la vivienda se sitúa en un inmueble comunitario del matrimonio o privativo del fallecido y, por otro lado, del derecho

36. También el régimen matrimonial denominado secundario será relevante en las operaciones referidas, como resulta de lo que se dirá de seguida.

37. En este trabajo nos concentramos en la división del patrimonio comunitario subsecuente a la disolución del matrimonio por muerte, pero el artículo 1731 del CCP se aplica a la división del patrimonio comunitario cualquier que sea la causa de liquidación matrimonial. Así, mismo en caso de divorcio, por ejemplo, si los instrumentos de trabajo de los cónyuges han ingresado al patrimonio comunitario en virtud del régimen económico matrimonial, el cónyuge que los necesite para ejercer su profesión puede recibirlos para componer su «*meação*» en el patrimonio comunitario.

a usar los bienes muebles que constituyen su contenido (en portugués de denomina «*recheio*») y que corresponden, según el artículo 2103-C del CCP, a los objetos o utensilios «destinados al servicio, cómodo y ornamentación» de la vivienda familiar³⁸. Se trata de atribuciones preferenciales³⁹, que suelen ser de por vida⁴⁰. Si la cantidad así recibida es mayor que la que corresponde a su parte hereditaria⁴¹ y a la mitad del patrimonio común del matrimonio, el cónyuge supérstite deberá pagar lo excedente («*tornas*» en portugués) a los coherederos.

Cumple añadir que, si la vivienda familiar se sitúa en el inmueble alquilado, se consagra el derecho a permanecer en el inmueble por transmisión de la posición contractual, ocupando el cónyuge supérstite⁴² una posición prioritaria en el

38. Además, en los términos del artículo 2103-A, n.º 3, los propietarios de los bienes cargados con los derechos reales de uso o habitación podrán solicitar al juez que imponga al cónyuge la obligación de prestar garantía («*caução*») y el juez la impondrá si la considera justificada.

39. Sobre estas atribuciones preferenciales, considérese RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Volume II, 3.ª edición, pp. 155 y siguientes y NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, «Posição sucessória do cônjuge sobrevivente», in *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados. Conselho Geral. Instituto da Conferência, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 67 a 82.

40. Según el artículo 2103-A, n.º 2, los derechos mencionados de habitar la vivienda familiar y de usar los muebles que constituyen su contenido, en los términos referidos en texto y previstos en el artículo 2103-C, se extinguen si el cónyuge no habita la vivienda durante un período superior a un año, a menos que ocurra una de las situaciones previstas en el artículo 1072 en las que se considera lícito que el arrendatario no utilice la casa arrendada.

41. Diferentemente de lo que ocurre en Italia, en Portugal, las atribuciones preferenciales no amplía la posición sucesoria legal del cónyuge. En cambio, en Italia, según el artículo 540 del Código Civil italiano, a la cuota en propiedad plena que la ley atribuye al cónyuge se agrega el «*diritto di abitazione sulla casa familiare*» y el «*diritto di uso sui mobili a suo corredo*». Estos derechos gravan la cuota disponible y, si el valor de esta cuota no es suficiente, los derechos gravarán sobre la cuota «*di riserva*» del cónyuge e incluso, eventualmente, sobre la cuota «*di riserva*» de los descendientes. C. MASSIMO BIANCA, *Le successioni, Diritto civile*, 2,2, a cura di Mirzia Bianca, Petro Sirena, 6.ª edición, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 196 y siguientes. Además, estos derechos constituyen una reserva hereditaria y, en consecuencia, «*prevengono sui diritti di altri eredi o legatari senza che occorra esercitare un'azione di riduzione*». Op. cit., p. 197. En palabras de GIOVANNI BONILINI, refiriéndose al derecho de habitación, ese derecho es «*un quid aggiuntivo, da intendere sia in senso qualitativo: abitare nella casa coniugale, godendo gli arredi, sia quantitativo*». Diferentemente, en el ordenamiento jurídico portugués, los derechos previstos en los artículos 2103-A y siguientes del CCP son «derechos de preferencia a ejercer al momento de la división» y que sólo pueden ejercerse si los bienes (el inmueble donde se ubicó la vivienda familiar y los muebles respectivos) forman parte del patrimonio a dividir hereditariamente. Si dichos bienes fueron legados a otras personas, el cónyuge no puede hacer nada. Por consiguiente, como concluye NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, la protección al cónyuge es «*relativa*» y puede eliminarse por sucesión voluntaria. «Posição sucessória do cônjuge sobrevivente», cit., p. 82.

42. El unido de hecho se encuentra contemplado en esta protección prevista en el artículo 1106 del CCP, ocupando también la posición prioritaria. Aunque aquí el tratamiento del unido de hecho supérstite y del cónyuge viudo sea semejante, se trata de algo puntual. En Portugal, en el ámbito de la unión de hecho no se aplica un régimen económico especial, ni los unidos de hecho son herederos legales uno del otro. En beneficio del unido de hecho, hay protección sucesoria legal limitada, como la que resulta del artículo 1106 del CCP o del artículo 5 de la Ley de unión de hecho, referente también a la vivienda familiar. Sobre la protección sucesoria de la unión de hecho, véase RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Da proteção sucessória do unido de facto», in *Casamento & união de facto – questões da jurisdição civil*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2020, pp. 135 a 163.

elenco de beneficiarios de la transmisión de la posición contractual, enunciados en el artículo 1106 del CCP. Además, el cónyuge supérstite es titular del derecho consagrado en el artículo 2018 del CCP que le permite reclamar contra la herencia el pagamiento de una pensión alimenticia con los ingresos provenientes de los bienes del patrimonio hereditario de lo causante⁴³.

IV. LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE CUANDO SE APLICA EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

Consideremos ahora la situación en la que se aplica un régimen económico matrimonial de separación de bienes que se encuentra disciplinado en los artículos 1735 y siguientes del CCP. Dicho régimen económico matrimonial se aplicará si ese régimen es elegido convencionalmente por los futuros cónyuges en su convención antenupcial o si la vigencia de ese régimen es impuesta legalmente, como ocurre, excepcionalmente, en las dos situaciones enunciadas en el artículo 1720, n.º 1 del CCP⁴⁴.

Cuando se aplica el régimen económico de separación, la protección proporcionada por el régimen económico matrimonial, aunque no sea inexistente, es más bien reducida si se comparada con la que resulta de la aplicación de un régimen de comunión. No existe un patrimonio comunitario, no habiendo consecuentemente la operación de división (*«partilha do património comum»*) mencionada en la sección anterior⁴⁵. Pueden existir bienes de que ambos los cónyuges son copropietarios, según lo régimen general (denominado *«compropriedade»* en portugués) previsto en el libro de derechos reales del código civil, en sus artículos 1403 y siguientes. Esa otra comunión (de tipo romano), no matrimonial, de derecho civil general —que existe como existiría se dos personas no casadas (por ejemplo, dos hermanos) fueran titulares de un bien— puede cesar, en cualquier momento, si uno de los copropietarios solicitar la división de los bienes comunes. Si uno de ellos muere, el otro copropietario (el cónyuge supérstite, en la situación que consideramos) o los herederos del cónyuge difunto pueden solicitar esta división de los bienes comunes. Se subraya que, cuando se aplica el régimen económico matrimonial de separación de bienes, habiendo dudas sobre la titula-

(Disponible en el siguiente enlace de internet: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Vlcj_6pom9Y%3d&portalid=30).

43. Se trata del denominado derecho de *«apanágio»*. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, «Posição sucessória do cônjuge sobrevivente», cit., pp. 82 a 88.

44. Para una embargación de esas situaciones, véase la nota 26.

45. Sin embargo, la operación de liquidación de las relaciones patrimoniales del matrimonio según el régimen económico de separación de bienes plantea varios problemas jurídicos, exigiéndose la realización de una multiplicidad de actos para llevar a cabo dicha liquidación. Sobre esta problemática y la complejidad que presenta, RITA LOBO XAVIER, «Regime de Separação de bens e sua liquidação», in *Atas das Jornadas Internacionais «Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares»*, Escola de Direito da Universidade do Minho - Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2020, pp. 159 e ss.

ridad de los bienes muebles, la ley presume que los bienes muebles pertenecen a los dos cónyuges en régimen de copropiedad (artículo 1736, n.º 2 del CCP).

Además, aunque no haya la operación de división (*«partilha do património comum»*) mencionada en la sección anterior, al finalizar la relación matrimonial en la que estaba vigente el régimen de separación de bienes, habrá que liquidar ese régimen económico matrimonial. Pueden existir créditos y débitos (recíprocos o no) entre los dos cónyuges. Más allá de los institutos específicamente matrimoniales⁴⁶, el instituto del régimen de enriquecimiento injusto (*«enriquecimento sem causa»*) es convocado para corregir dislocaciones patrimoniales durante la vida de la relación matrimonial que no presenten (dejen de presentar) una causa jurídicamente suficiente en ocasión de la disolución del matrimonio⁴⁷.

Se concluye que la protección del cónyuge supérstite bajo el régimen económico matrimonial de separación es por tanto muy limitada. ¿Y bajo el régimen de Derecho de Sucesiones? En principio, la protección es la misma que se aplica a un cónyuge supérstite que fuera casado bajo un régimen (típico o atípico) de comunión de bienes. El cónyuge es, pues, igualmente heredero legal, según la sucesión imperativa y la supletoria. Las cuotas hereditarias que le corresponden son las mismas que las que corresponden a cualquier otro cónyuge y, por tanto, traductoras de una posición sucesoria ventajosa, en los términos ya señalados, con relación a los demás herederos legales. También se beneficia de las atribuciones preferentes previstas en el art. 2103-A y siguientes del CCP sobre la vivienda familiar y su contenido mobiliario, cuando los respectivos bienes formen parte de la herencia del cónyuge fallecido. En este caso, el ejercicio de las señaladas atribuciones preferentes servirá para concretar la cuota hereditaria a que el cónyuge esté llamado. Además, cuando la vivienda familiar se encuentra arrendada, el cónyuge también es beneficiario prioritario de la transmisión de la respectiva posición contractual, por ocasión de la muerte del cónyuge arrendatario. Finalmente, el cónyuge beneficia, igualmente del derecho a alimentos previsto en el artículo 2018 del CCP.

Sin embargo, la protección sucesoria del cónyuge casado bajo el régimen de separación puede ser diferente de lo que acabamos de presentar. Y esa posibili-

46. Por ejemplo, considérese el crédito compensatorio que puede surgir de una contribución excesiva a los encargos de la vida familiar, en los términos del artículo 1676, n.º 2 del CCP.

47. Nótese que encontramos en la jurisprudencia portuguesa decisiones en que se recurre al instituto de enriquecimiento injusto para proporcionar protección al unido de hecho supérstite (sobre la protección legal *mortis causa* en el ámbito de la unión de hecho, consideres lo que se ha dicho en la nota 42). La decisión del «*Supremo Tribunal de Justiça*» de Portugal de 28 de mayo de 2024 (disponible en el siguiente enlace de internet <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/76415ed1d83527cb80258b2b00581d5c?OpenDocument>) se puede presentar como n ejemplo del reconocimiento de la protección del unido de hecho supérstite a través del enriquecimiento injusto. En el resumen de la decisión se afirma: «Demostrándose que la demandante, que vivió en unión de hecho con el causante durante 17 años, tiempo durante el cual contribuyó con su trabajo a la adquisición de patrimonio inmobiliario registrado únicamente a nombre de su pareja, cuyo fallecimiento provocó el cese de la convivencia, tiene derecho a ser resarcida por enriquecimiento injusto en la medida de su contribución al incremento del patrimonio del demandado» (nuestra traducción).

dad es reconocida desde 2018, momento en que, verificadas varias condiciones, se pasó a admitir la válida inclusión, en la convención antenupcial de pactos sucesorios de renuncia —pactos *de non succedendo*— celebrados entre dos personas que vayan a contraer matrimonio una con la otra. De hecho, la ley número 48/2018, de 14 de agosto, ha agregado a la lista de pactos sucesorios que son excepcionalmente⁴⁸ admitidos en Portugal, en el apartado c) del artículo 1700, una especie más de pactos sucesorios aceptados. Esa especie de pacto⁴⁹ solo puede celebrarse si al matrimonio (a contraer) entre las partes contrayentes del pacto (los futuros cónyuges) se aplica el régimen de separación de bienes. En ese caso, los prometidos pueden, a través de dicho pacto, renunciar recíprocamente a la condición de herederos forzosos uno del otro⁵⁰.

Esta opción solamente disponible para quien contrae matrimonio bajo el régimen de separación de bienes⁵¹, permitirá «llevar la separación de bienes más allá,

48. El principio de la prohibición de los pactos sucesorios proclamado en el artículo 2028 del CCP continua vigente. Sobre dicho principio y las razones en que se basa, RITA LOBO XAVIER, *Manual de Direito das Sucessões*, Almedina, 2022, pp. 259 y siguientes y, además con una detallada perspectiva histórica, DANIEL MORAIS, *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*, Gestlegal, 2016. pp. 15 y ss.

49. Para una presentación sintética en español de ese nuevo régimen, véase RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Los pactos sucesorios renunciativos celebrados por las personas que van a casarse una con la otra: una novedad introducida por la reforma de 2018 en el derecho portugués», in *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, María Patrícia Represa Polo e María Teresa Álvarez Moreno, Reus, 2022, pp. 264 y siguientes. Para una perspectiva más desarrollada, considérese RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2018 - I/II, 2019, pp. 415 a 454; PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS, «Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto», in *Revista de Direito Civil*, Ano III (2018), número 3, pp. 555 e ss; DANIEL MORAIS, «A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre gerações», in *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, en especial, pp. 183 y ss y MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Autonomia e direito da família e das Sucessões, II. O pacto de renúncia recíproca à condição de herdeiro do cônjuge em convenção antenupcial introduzido pela Lei n.º 472018, de 14 de agosto*, AAFDL Editora, 2025.

50. Sobre la extensión de los efectos de la renuncia hay una divergencia, discutiéndose si la celebración del pacto afecta solamente el llamamiento del cónyuge supérstite como heredero forzoso o también como heredero abintestato. Sobre la cuestión, véase RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto», cit., pp. 441-444.

51. Esta exigencia genera una conexión necesaria entre el dominio matrimonial y el dominio sucesorio. Esto ha generado debates sobre la cualificación de dichos pactos, con implicaciones en materia del ámbito material de los reglamentos europeos. Aunque la calificación pueda ser, por veces, melindrosa, en dicho caso no dudamos de su naturaleza sucesoria. Ni la exigencia formal de que el pacto conste en la convención antenupcial, ni la necesaria conexión, por exigencia legal, de la admisibilidad del pacto con un régimen económico matrimonial específico (el de separación), permiten obviar que el efecto del pacto es que no ocurra llamamiento de los contrayentes al fenómeno sucesorio como herederos necesarios. En el mismo sentido, en una perspectiva desarrollada, considérese, HELENA MOTA, «Igualdade e diversidade no direito europeu das relações familiares transfronteiriças. A cooperação reforçada em frente ao espelho», in *Actas das Jornadas Internacionais*

hasta el punto de no querer beneficiarse de ninguna ventaja económica proveniente del otro cónyuge, en el momento de la muerte de éste»⁵². Hay quienes resumen, expresivamente, el régimen hoy vigente en el derecho portugués, afirmando que, en Portugal, vigora un modelo de protección del tipo «todo o nada»⁵³. Si la expresión se tomara literalmente, se concluiría que, entonces, dos situaciones serían admitidas: una a del cónyuge supérstite estar protegido por el régimen económico matrimonial y por el derecho de las sucesiones y otra la del cónyuge supérstite no estar protegido ni por un régimen ni por el otro. La expresión no debe ser entendida a pie de letra. Como explicaré de seguida, cuando se celebra el pacto sucesorio previsto en el artículo 1700, n.º 1, c) del CCP, el cónyuge supérstite aún beneficia de protección sucesoria legal.

En primero cumple puntualizar que la celebración del pacto en referencia afecta únicamente a la posición sucesoria del cónyuge supérstite como heredero forzoso⁵⁴. El cónyuge continúa siendo heredero abintestato. Para que no sea llamado como tal, es necesario que el causante en vida practique otros actos⁵⁵ — distintos de la celebración del pacto— de que resulte el no llamamiento sucesorio del cónyuge como heredero abintestato. Pero, aunque practique un acto en ese sentido, el cónyuge supérstite podrá aún beneficiarse de protección sucesoria⁵⁶.

«Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares», Escola de Direito da Universidade do Minho. Centro de Investigação em Justiça e Governo, 2020, pp. 325-328.

52. Estas son palabras de GUILHERME DE OLIVEIRA traducidas por nosotros, «Notas Sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia Recíproca à Condição de Herdeiro Legal)», in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-relu%C3%A7%C3%A3o-de-herdeiro.pdf>, p. 4.

53. Véase la nota 18.

54. A pesar de la falta de claridad y precisión de la ley, lo entendimiento referido en texto es el entendimiento mayoritario y es lo que nos parece mejor como ya lo hemos explicado. RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto», cit., pp. 441-444. En el mismo sentido MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Autonomia e direito da família e das Sucessões*, cit., p. 126; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, op. cit., p. 164 y DANIEL MORAIS, *Direito Sucessório - Apontamentos: Introdução e Estática Sucessória*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 145. Considérese también la posición de RITA LOBO XAVIER, que acepta el entendimiento señalado, pero advierte que la respuesta a la cuestión relativa al alcance de los efectos del pacto en referencia depende no sólo de la interpretación de la ley, sino también de la interpretación de la voluntad negocial de los contratantes. *Manual de Direito das Sucessões*, op. cit., pp. 268-269. En contra de la opinión mayoritaria, sostengo que el pacto elimina el llamamiento forzoso y suplementario, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Sucessões*, Almedina, 2021, p. 283.

55. Por ejemplo, el causante puede celebrar testamento para precipuamente retirar el cónyuge del elenco de los herederos abintestato, o disponiendo de su cuota disponible en beneficio de otros, de lo que resultará la exclusión del llamamiento del cónyuge como heredero abintestato.

56. Además de la protección que mencionamos en el texto, el cónyuge supérstite renunciante conserva el derecho a reclamar el pago de la pensión alimenticia consagrada en el artículo 2018 del CCP, así como el derecho a las prestaciones sociales previstas en favor del viudo para la situación de fallecimiento de su cónyuge, en conformidad con el artículo 1707-A, n.º 2 del CCP. El cónyuge también se beneficia de la protección prevista en el citado art. 1106 del CCP, cuando la vivienda familiar esté situada en un inmueble de que el causante era inquilino.

De hecho, al cónyuge viudo renunciante le fueron reconocidos, en 2018, como legados legales, un conjunto de derechos previstos en los números 3 a 10 del artículo 1707-A del CCP. Se trata de derechos reales relativos a los bienes —el inmueble y su contenido mobiliario— donde se desarrollaba la vida familiar del matrimonio⁵⁷, cuando los respectivos bienes integren el patrimonio hereditario del cónyuge fallecido.

Destacamos el derecho de habitación sobre el inmueble donde se encontraba ubicada la vivienda familiar y al derecho de uso de los muebles que ahí existían⁵⁸. Consecuentemente, cuando se celebre el pacto renunciativo del art. 1700, n.º 1, al. c) del CCP, el cónyuge viudo podrá permanecer en el inmueble que constituía el hogar de la familia, continuando a vivir allí con los objetos que le son familiares. La duración de los derechos reales acabados de referir será, en principio, de 5 años a contar de la muerte del causante, cualquiera que sea la duración del matrimonio. Esa duración puede alargarse por decisión judicial, a título excepcional. La decisión del Tribunal será en ese sentido si, valorando casuísticamente la situación, se entender que hay razones de equidad que lo justifican. Tal podrá ocurrir, segundo la ley, considerando «la especial necesidad» en la que se encuentre el cónyuge supérstite renunciante⁵⁹. Además, hay que destacar que, si el cónyuge supérstite ha cumplido 65 años en la fecha de apertura de la sucesión, el derecho de habitación resulta ser vitalicio *ex vis legis* (artículo 1707.º-A, n.º 10 del CCP).

En este contexto, importa subrayar que muy particularmente el derecho de habitación sobre el inmueble donde se sitúa la vivienda familiar es un derecho que incide sobre un bien que suele ser, en muchas herencias, en Portugal, el más importante y valioso del patrimonio hereditario. Entonces, esta protección puede revelarse una protección muy relevante y que afecta, significativamente, a los herederos (forzosos) que verán lo derecho de propiedad sobre ese bien cargado con un derecho real menor. Se trata de una situación que podrá dificultar la alie-

57. En lo siguiente párrafo, seguiremos de cerca, aunque de forma mucho más breve, la exposición que incluimos en nuestro, RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Los pactos sucesorios renunciativos celebrados por las personas que van a casarse una con la otra: una novedad introducida por la reforma de 2018 en el derecho portugués», cit., pp. 274 a 276

58. Estos derechos no se confunden con las atribuciones preferenciales previstas en los artículos 2103-A del CCP y *supra* consideradas. Las atribuciones preferenciales proporcionan un medio de concretización de la protección sucesoria (y matrimonial, en los regímenes económicos de comunión, en los términos referidos *supra*) que es reconocida al cónyuge supérstite: si el cónyuge no ejerce las preferencias referidas, no pierde la protección que le es atribuida. Sobre la naturaleza de dichas atribuciones, considérense las observaciones hechas en la nota 41. Diversamente, los derechos de que ahora hablamos constituyen ellos mismos la protección sucesoria prevista en los casos referidos: si el cónyuge renunciante no ejerce esos derechos, no existe otra protección que los derechos sustituyan.

59. Al cónyuge supérstite renunciante es reconocido el derecho a permanecer en el inmueble como inquilino, en las condiciones generales del mercado (artículo 1707-A, números 7 y 8 del CCP), después de la extinción del derecho de habitación. Durante todo el tiempo que el cónyuge supérstite habite el inmueble en referencia se le reconoce un derecho de preferencia en caso de su enajenación (art. 1707-A, n.º 9 del CCP).

nación del inmueble, inviabilizando lo intento de alienarlo o empeorando los términos en que la enajenación se concrete.

Cabe añadir que, además, el art. 2168, n.º 2 del CCP prevé un régimen particular para las liberalidades hechas por el causante a favor del cónyuge supérstite renunciante, protegiéndolas de la eventualidad de reducción por inoficiosidad hasta el valor de la cuota legitimaria que correspondería al cónyuge si no se hubiera producido la renuncia (lo que doctrinalmente se denomina «*legítima virtual*»). El significado que debe atribuirse a esta regla se discute en la doctrina portuguesa⁶⁰. Pero, independientemente del entendimiento que se profese, la solución prevista en esta norma constituye un relevante mecanismo de protección en favor del cónyuge supérstite.

Se concluye por tanto que, cuando se aplica al matrimonio el régimen de separación, mismo en la eventualidad de haberse concluido un pacto de renuncia del tipo que hemos mencionado, la protección del cónyuge supérstite no sólo no es inexistente, sino que puede resultar bastante robusta y significativa en el ámbito del fenómeno sucesorio.

En cualquier caso, es evidente que el ordenamiento jurídico portugués ofrece oportunidades para múltiples configuraciones de protección del cónyuge supérstite, especialmente cuando el régimen de económico de separación se aplica al matrimonio.

V. CONCLUSIÓN

Como hemos tratado de explicar en las páginas anteriores, el régimen económico matrimonial es un instrumento importante para definir la protección otorgada al cónyuge supérstite, en el ordenamiento jurídico portugués.

En particular desde 2018, el régimen económico matrimonial no sólo influye en la protección específicamente familiar que deriva del matrimonio, sino que también tiene repercusiones en las posibilidades de ejercicio de autonomía privada dirigidas a la configuración de los términos de la protección sucesoria asociada al estatuto legal de cónyuge. De hecho, la ley modificada en 2018 ofrece a los futuros cónyuges, al aplicarse el régimen de separación de bienes a su matrimonio, la posibilidad de celebrar, en la convención antenupcial, un pacto sucesorio renunciativo que, si bien permite evitar ciertos efectos sucesorios, da lugar a la producción de otros.

El ordenamiento jurídico portugués, con el cambio mencionado, contempla, hoy, diferentes niveles de protección que los cónyuges pueden considerar, en la planificación sucesoria que consideren más adecuada para proteger los intereses en presencia.

60. Por todos, véase, a este respecto, MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Autonomia e direito da família e das Sucessões*, cit., pp. 148 y siguientes y, en especial, p. 151.

Finalmente, aprovechamos esta oportunidad para, como ya lo hicimos anteriormente⁶¹, lamentar que la posibilidad introducida en la ley en 2018 no fuera reconocida para todos los (futuros) cónyuges, independientemente del régimen económico aplicable al matrimonio. De esta forma, se podrían modelar la protección del cónyuge viudo de manera más amplia, multiplicando los posibles resultados patrimoniales decurrentes de la combinación de los efectos derivados del régimen económico matrimonial y del régimen sucesorio. Sería un modelo legal más promotor de la autonomía privada, más flexible: más matices que estarían disponibles independientemente del régimen económico matrimonial.

61. RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto», cit., pp. 430-431 y 453.

INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE PROTEGEN AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE (MÁS ALLÁ DE LA CAUTELA *SOCINI* Y LA FIDUCIA SUCESORIA)¹

Ana Díaz Martínez

Catedrática de Derecho civil.

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO. I. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE RESPECTO DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN: ELEMENTOS QUE PUEDEN INCIDIR EN LA ORDENACIÓN TESTAMENTARIA. II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE. III. CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL VIUDO. 1. Relacionadas con la liquidación del régimen económico matrimonial. 2. Vinculadas a su propia condición como sucesor *mortis causa*. 3. Imposición de cargas o limitaciones a otros sucesores. 4. Disposiciones sobre la partición hereditaria y otras.

I. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE RESPECTO DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN: ELEMENTOS QUE PUEDEN INCIDIR EN LA ORDENACIÓN TESTAMENTARIA

Mucho se ha escrito en los últimos años sobre la conveniencia de reformar la normativa del Código civil español que atribuye derechos *ex lege* al cónyuge viudo en la sucesión de su esposo o esposa, por estimarlos endebles a la luz de las circunstancias sociofamiliares actuales. La mayoría de los argumentos esgrimi-

1. El presente trabajo, desarrollado en el grupo de investigación de la USC «Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio», se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación «Ordenación y ejecución de la voluntad *mortis causa*. Especial consideración a las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del causante» (PID2024-160940NB-I00, 2025-2029), del que es IP la profesora M. Carballo Fidalgo.

dos conectan con una modificación normativa de más calado, la del sistema legitimario en el Derecho común, en particular las legítimas de los descendientes, que conducen con frecuencia a rigideces en la ordenación sucesoria. En todo caso, si lo percibiera como un sistema que reconoce derechos legales al viudo inadaptados a sus pretensiones, el disponente *mortis causa* que deseara mejorar el estatuto sucesorio de aquel tendría en el testamento el instrumento adecuado para hacerlo (y el único disponible en el Derecho civil común, que no da cabida a pactos sucesorios con virtualidad para ello).

En efecto, siempre que respete el régimen legal imperativo, es una elección personal del causante, en el marco de las peculiaridades de su núcleo familiar y las características de su patrimonio, reforzar la posición del viudo o, por el contrario, la de los descendientes u otros parientes, incluso no legitimarios, sin perjuicio de las disposiciones, sin duda más infrecuentes, a favor de terceros ajenos al círculo de familiares. En aras del mantenimiento cohesionado del patrimonio familiar hasta el fallecimiento del segundo de los cónyuges, que, hasta ese momento, sustentará la autoridad en el grupo familiar, se regula en el art. 831 CC la delegación en el viudo de la denominada facultad de mejorar y distribuir la herencia, fiducia sucesoria² de la que se ha hecho escasa utilización hasta el momento. No se ha dado ningún paso en el Derecho civil común, en cambio, aunque sí en algunos autonómicos, para permitir la organización conjunta, por los dos cónyuges, de la sucesión en el grupo familiar (testamento mancomunado con disposiciones corresponsivas, partición conjunta...)

En cualquier caso, una adecuada ordenación de la sucesión testada exige, en particular en testamentos notariales, los más frecuentes, ahondar previamente en las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del causante, en lo que aquí respecta en relación con sus deseos respecto al viudo y resto de su familia, y expresar con claridad la voluntad *mortis causa*, generando las menores dudas interpretativas posibles, para minimizar conflictos entre los sucesores tras su fallecimiento. Aun contando el causante con la posibilidad de establecer criterios interpretativos en el testamento, en lo que podría, en cierto modo, denominarse una «interpretación auténtica», podría ser precisa la labor hermenéutica, bien por no haber hecho uso de aquella facultad, bien por resultar insuficientes las pautas señaladas.

Sin duda, la ordenación testamentaria de la sucesión y, en concreto, la determinación de la posición que quiera atribuirse al cónyuge supérstite, ha de tener como punto de partida el modelo de familia a que responda la del testador. Elementos como la existencia de descendientes menores de edad, o ya independientes económicamente, la condición, en su caso, de familia reconstituida (con hijos de dos o más relaciones distintas), la presencia de personas con discapacidad en el círculo familiar (sea el viudo o un tercero), las circunstancias personales del supérstite (edad, autonomía económica, condiciones de salud, etc.) pueden acon-

2. Inicialmente pensado para familias que tuvieran un hijo con discapacidad, finalmente permite reforzar la posición del supérstite más allá de ese tipo de familias, pues no hace referencia alguna a tal circunstancia personal de los descendientes del disponente.

sejar unas u otras soluciones, evidentemente sin adoptar medidas estándar que no satisfagan los deseos concretos de cada persona que testa. En concreto, en las familias reconstituidas, será relevante, en atención a las relaciones existentes entre ellos, la separación, o no, a efectos sucesorios, de los dos grupos familiares (frecuentemente hijos del primer matrimonio o relación de pareja y cónyuge viudo y, en su caso, hijos de este segundo matrimonio).

Evidentemente el modelo familiar que genera menores problemas es aquel en que el viudo es el único legitimario. Sus derechos legales consisten entonces, en el Derecho común, como es sabido, en un usufructo sobre dos terceras partes de la herencia (art. 838 CC), pero el testador es libre de instituirle, en estos casos, heredero universal en propiedad plena³. En cambio, existiendo otros legitimarios, sean ascendientes o, especialmente, descendientes, la posición testamentaria del supérstite habrá de hacerse compatible con la férrea protección legal de aquellos, función que suele cumplir, en el segundo caso, la utilización de la cautela *socini* como complemento del muy utilizado usufructo universal, sin olvidar que el Código civil (art. 839) reconoce a los descendientes la facultad de conmutación de la legítima viudal, que, cuanto mayor es la edad del supérstite, menor valoración económica tendrá, según los criterios fiscales de capitalización del usufructo usualmente utilizados, por lo que han de estudiarse las posibilidades de modularla en testamento. Ciertamente, en un sistema de *pars bonorum* como el de nuestro Código civil, la contraposición de derechos legitimarios de los hijos y del viudo dificulta la provisión de un sustento adecuado de este en patrimonios reducidos. En este contexto, algunos instrumentos sucesorios que nuestro Derecho contempla pueden lograr alguna flexibilidad, señaladamente, la configuración del usufructo con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo. Problemas particulares genera también dar forma al deseo de garantizarle el uso de la que fue vivienda familiar.

Por otra parte, la protección del viudo puede contemplarse no desde la óptica de mayor reconocimiento de derechos económicos en la sucesión del causante, sino de fortalecimiento de su posición dentro del grupo familiar, a través de instituciones como la fiducia sucesoria, las prohibiciones de disponer impuestas a otros sucesores, la prohibición de dividir el caudal hereditario o la atribución de la dirección de la empresa familiar. Resaltemos, al hilo de esta última referencia, que la composición del patrimonio del causante, más tradicional (inmuebles, dinero en metálico y algún producto financiero clásico) o con activos más novedosos (participaciones o acciones de sociedades capitalistas, bien como inversión, bien conformando la propia empresa familiar) será origen y fundamento de ciertas decisiones testamentarias que habrán de ser interpretadas, fundamentalmente, en atención a la finalidad perseguida al ordenarlas.

3. CABEZUELO, *Diversas formas de canalización*, 2002, 12.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

La necesidad de llevar a cabo un adecuado proceso de interpretación del testamento⁴, expresión de la voluntad del *de cuius*, exige prestar atención a un buen número de instituciones sucesorias, muchas de las cuales entrarán en juego en las disposiciones de la última voluntad con las que se pretende la protección del cónyuge viudo: determinación de los sucesores y el título o cualidad en que son llamados, legados y su contenido objetivo, determinaciones accesorias de la voluntad, como condiciones o modo, funciones encomendadas a determinadas personas (administradores testamentarios de bienes, por ejemplo), diversas cuestiones relacionadas con las legítimas o con la partición (posible vulneración de la intangibilidad cualitativa de las legítimas de los descendientes, imputación de los legados hechos al viudo, existencia de norma particional sobre la articulación de derechos de viudo y descendientes del causante, sin perjuicio de la existencia de verdadera partición testamentaria *ex art.* 1056 CC, distinción que exige también, de ordinario, interpretación testamentaria).

En la exégesis de tales cláusulas serán criterios de relevancia los generales del art. 675 CC y las normas sobre interpretación de contratos (arts. 1281 y ss. CC) que la doctrina y la jurisprudencia admiten en el ámbito testamentario, es decir, las fundadas en criterios hermenéuticos subjetivos. Destaquemos, en particular, el art. 1282, que, como es sabido, da entrada a la prueba extrínseca, de importancia, como luego destacaremos, para dar sentido, coordinadamente, al testamento y posibles pactos sobre liquidación del régimen económico, en particular, la sociedad de gananciales, o legitimar el recurso, a efectos interpretativos, a testamentos anteriores al que rige la sucesión, ya revocados. Apuntemos ahora tan solo, sin perjuicio de profundizar más adelante en ello al estudiar alguna disposición testamentaria en concreto, que al tomar en consideración el tenor literal del testamento y dar a las palabras utilizadas «el sentido que sea más conforme con la situación, ideas y hábitos del testador», atendiendo al denominado «lenguaje privado del testador»⁵, especialmente en testamentos no notariales, la utilización de prueba extrínseca podría servir para concluir que una expresión empleada para la designación de uno de los instituidos no ha de tomarse en sentido técnico, si el causante no lo hacía en su vida ordinaria (así, utilizar la palabra «cónyuge» o «marido» o «esposa», por referencia a pareja conviviente, o «hijo» al que lo es solo del cónyuge o de la pareja de hecho). En cambio, en testamentos notariales, pasa a primer plano el sentido técnico de las palabras

4. Son ideas centrales en materia interpretativa que el testamento es expresión de una voluntad de quien ya ha fallecido y su carácter estrictamente formal como negocio jurídico. La clave es averiguar qué quiso decir el testador con lo que dijo, sin que sea aplicable la doctrina de la voluntad verdaderamente última en el Derecho español. El intérprete no está obligado a averiguar la voluntad del causante en el momento más próximo posible al de su muerte, como resultaría si se tomara el testamento como un negocio jurídico imperfecto hasta ese instante.

5. SALVADOR, *CCJC*, 1983, 294.

empleadas, que lleva a que no pueda equipararse el usufructo con facultades de disposición del viudo a un fideicomiso de residuo⁶: se califique el cuidado requerido como carga modal y no condición⁷, o se interprete que un legado con derecho de representación de descendientes implica referencia a los casos en que funciona en la intestada, por lo que no funciona en el de renuncia o repudiación⁸). Al criterio gramatical completa el lógico, con reglas como *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*, que conforman el argumento interpretativo *a fortiori*, de utilidad, entre otros variados ámbitos, al interpretar las facultades del viudo al que se atribuyó un usufructo con facultad de disposición o las de otros sucesores gravados por una prohibición de disponer, sin olvidar el sentido que unas disposiciones dan a otras, tomadas todas ellas como un conjunto presumiblemente coherente.

Pero es la prevalencia de la intención o voluntad que derive del testamento al tiempo de su otorgamiento, si resulta claro que las palabras no la recogieron realmente⁹, con especial atención a la finalidad perseguida y el recurso —cauteloso— a la prueba extrínseca¹⁰ para descubrirla, lo que puede conducirnos a interpretar disposiciones testamentarias concretas tomando como norte que el testador quiso reforzar la posición del viudo en la familia o atribuirle el poder de dirección en la empresa o, por el contrario, que quiso mantenerle al margen de decisiones que alteraran su tranquilidad en los últimos años de existencia, dejándole una situación económica estable, con atribución de activos patrimoniales suficientes. Así, los objetivos concretos que pueden guiar las decisiones testamentarias pueden ser, entre otros, evitar toda situación de necesidad del viudo, asegurarle el mantenimiento del mismo nivel de vida disfrutado durante el matrimonio, garantizarle la permanencia en la que ha sido su vivienda habitual o, en un contexto social como el actual, dinero en metálico que le permita cubrir sus atenciones con soluciones residenciales o ayuda domiciliaria de terceros¹¹.

6. RDGRN 3.7.2019 (RJ 3059).

7. STS 21.1.2003 (RJ 604).

8. RDGRN 5.7.2018 (RJ 4761).

9. El criterio de la literalidad deberá ceder si los otros medios de interpretación nos conducen a una voluntad distinta de la que resulta de la interpretación literal. Así, la STSJ Cataluña 22.2.2001 (RJ 2002\1398) interpreta que lo que se describe en el testamento como legado de usufructo de las rentas en favor de la viuda era un legado de las rentas de un arrendamiento de local de negocio (legado de crédito) y un legado de pensión (no usufructo de acciones): «La voluntad del testador fue legar a su esposa las rentas que la Sociedad Samaster, SA paga, y no los intereses o rendimientos que produzcan aquellas rentas, ya que en el contexto del testamento no puede interpretarse que el legado son los intereses o rendimientos de 148.794 ptas. al mes (importe mensual de las rentas)».

10. Para VAQUER (*La interpretación del testamento*, 2008, 87) los recelos hacia la prueba extrínseca no están justificados; los riesgos que el recurso a ella genera es fácil evitarlos y son mucho mayores los beneficios que proporciona.

11. Señala ESPEJO (*AAMN*, 2025, 182 y 183) que las posibilidades brindadas a favor del viudo por los arts. 1406 y 1407, en sede de liquidación de gananciales, son insuficientes en familias con patrimonios pequeños. No se trata solo de asegurar al viudo que pueda seguir viviendo en la vivienda familiar, sino que debe contemplarse la necesidad de que la abandone para ingresar en un establecimiento especializado y que el arrendamiento genere ingresos insuficientes. Sería preci-

Principio clave será el de interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (entre otras, arts. 743, 767, 773, 786, 792 y 793, así como el 1284, en sede de contratos, aplicable aquí también)¹². Como señala GALICIA AIZPURUA¹³, el principio de la *benigna interpretatio* opera tanto en sentido positivo como negativo: en el primero, obliga al intérprete a decantarse por aquella inteligencia que suponga la mayor eficacia de la cláusula en cuestión; en el segundo, le impide construir la disposición de modo que devenga ineficaz o contraria a la ley.

Plantearémos en nuestro estudio algunas de las cuestiones interpretativas más relevantes que suscitan ciertas disposiciones testamentarias para la protección del viudo, junto con los criterios hermenéuticos que pueden utilizarse para averiguar la voluntad del causante, poniéndolas en relación, sin pretensión exhaustiva alguna, con diferentes instituciones de la sucesión testada que pueden utilizarse con tal finalidad. Dado su habitual tratamiento autónomo, aunque plantean cuestiones interpretativas dignas de apunte, no serán objeto de atención específica, como refleja el propio título del trabajo, sin perjuicio de alguna imprescindible referencia, ni la cautela *socini* ni la fiducia sucesoria¹⁴. Por razones diferentes, no lo es tampoco el mantenimiento o ineficacia, en defecto de previsión legal expresa en el Código civil, de las disposiciones a favor del cónyuge que ya no lo es en el momento del fallecimiento a causa de una crisis matrimonial, sin que se modificara el testamento¹⁵.

so contar con el valor en venta del inmueble y ello puede ser un problema no siempre resoluble con la normativa vigente. De interés son sus reflexiones sobre la oportunidad de buscar una solución en materia de sociedad de gananciales y no de Derecho de sucesiones; así, sugiere que la previsión de gastos futuros de atención y cuidados a los cónyuges debería recaer sobre cualquier activo ganancial, quedando excluido de la herencia, o extender la solución del art. 1321 del ajuar familiar a la vivienda habitual. También propone la ampliación de la libertad de disponer *mortis causa* de un cónyuge en favor de otro, si recae sobre bienes gananciales.

12. RDGSJFP 4.11.2024 (JUR 455234).

13. GALICIA, *Rev. Boliv. De Derecho*, 2019, 511.

14. Comúnmente se destaca, comentando el art. 831 CC (por todos, MARTÍNEZ SANCHIZ, *El patrimonio sucesorio*, 2015, 971) que se trata de un precepto de desmesurada longitud y redacción pésima, en el que se entremezclan principios contrarios, considerándola norma que ahuyenta a los prácticos por su incertidumbre interpretativa, sin que por ello haya que renunciar a entresacar la máxima utilidad posible. Al margen de las dificultades interpretativas de la propia norma del Código civil, son de interés las dudas que generalmente plantean las cláusulas testamentarias en que se constituye esta fiducia sucesoria, en particular en lo atinente al alcance de las facultades otorgadas, por lo que deviene esencial la meditada redacción de las disposiciones con que se articula.

15. La existencia de numerosos estudios doctrinales recaídos sobre el tema y, en particular, el enfoque del trabajo, centrado en la interpretación de disposiciones testamentarias pensadas para proteger al que, efectivamente, resulta ser el cónyuge viudo al tiempo de la apertura de la sucesión, justifican, a mi juicio, la falta de tratamiento aquí.

III. CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL VIUDO

1. Relacionadas con la liquidación del régimen económico matrimonial

Es pertinente, sin duda, la reflexión que, en el marco del Derecho común, se está haciendo sobre la relación entre el régimen económico que hubiera regido el matrimonio del causante (tomando como referencia el funcionamiento, como legal supletorio, en el Código civil, de la sociedad de gananciales) y el sistema sucesorio legal de este cuerpo legal, en relación con la posición que al supérstite se le atribuye en la intestada y el sistema legitimario¹⁶. También son acertadas, a mi juicio, las consideraciones sobre la falta de correspondencia entre las previsiones legales del Código sobre el cónyuge viudo y los casos, cada vez más frecuentes en la sociedad actual, en que se ha pactado un régimen de separación de bienes. Nuestro enfoque en este estudio, centrado en sucesión testada, no puede ser sino plantear, en cambio, si el régimen económico matrimonial del testador exige o, al menos, recomienda, un testamento ajustado a él, sin que, desde mi punto de vista, pueda valorarse en la interpretación del testamento, como elemento extrínseco, la vigencia, en vida del causante, del régimen de separación de bienes, o de gananciales, sin perjuicio de que ciertas actuaciones del testador, en relación con su régimen económico matrimonial, sí puedan tomarse como «actos anteriores»¹⁷ a los efectos de interpretar su voluntad última, plasmada en el testamento.

Las decisiones sobre la ordenación de la sucesión vía testamento de quien prevé que pueda dejar un cónyuge viudo deben gravitar, indudablemente, en torno a la consideración de los recursos económicos propios de este, si los tuviera, y, en su caso, de los bienes o derechos que pudieran corresponderle en la liquidación de la sociedad conyugal. En particular, habrá de valorarse si podrá hacer efectivo (en propiedad, o en virtud de un derecho real diferente) el derecho de atribución preferente que sobre la vivienda familiar o el local donde ejerciera su actividad profesional le reconoce el art. 1406.4º CC, completado por el precepto siguiente, pues, de exceder de su cuota en los gananciales, exigiría una compensación en metálico del que pudiera carecer en su patrimonio privativo (en algunas parejas casadas en este régimen, absolutamente inexistente).

16. MONTES RODRÍGUEZ, *El patrimonio sucesorio*, 1003 y 1004.

17. Como es sabido, el Tribunal Supremo legitima la aplicación a la interpretación del testamento de las normas sobre interpretación de los contratos que acogen un criterio subjetivo, es decir, los arts. 1281-1285 CC. En este sentido, Díez SOTO (*Sucesión testada. Voluntad del causante*, 125 y ss.). Aunque el art. 1282 solo menciona los «actos coetáneos» y los «posteriores», distintas sentencias (pueden citarse las SSTs 31.12.1992, RJ 10426, 23.6.1997, RJ 5203, 21.1.2003, RJ 604, 31.7.2007, RJ 5093 y 3.3.2022, RJ 1164) han recurrido también a los anteriores al otorgamiento del testamento que hubiera llevado a cabo el testador, para averiguar su voluntad.

En todo caso, para evitar algunos problemas que pudieran derivarse de la liquidación de la sociedad de gananciales por parte de los herederos con el cónyuge supérstite¹⁸, parece aconsejable el nombramiento de contador partidor testamentario, que liquide con el supérstite la sociedad de gananciales¹⁹, contador al que se podría haber autorizado, con base en el art. 841 CC, para el pago en metálico de las legítimas de los descendientes²⁰ y para la conmutación de la legítima viudal, incluso indicando el testador el medio solutorio escogido.

A mi modo de ver, será relevante en la interpretación de testamento, en su calidad de «actos anteriores» a su otorgamiento, atender a los posibles pactos conyugales sobre futura liquidación de gananciales, pues ellos no sólo pueden tener virtualidad en caso de disolución de la sociedad derivada de crisis matrimonial, sino también en el de fallecimiento de uno de los esposos, materia esta menos estudiada doctrinalmente. La coherencia entre esos pactos y el testamento deviene esencial para una adecuada articulación de una sucesión verdaderamente tuitiva del viudo. Si bien el Derecho común no regula explícitamente este tipo de convenio, no encontramos inconvenientes para tomar como posible contenido del mismo, como hace el Derecho civil de Galicia²¹, «la liquidación total o parcial de la sociedad» o «las bases para realizarla» con «plena eficacia» al producirse la disolución²². Ello puede implicar la atribución (directa o configurada como un derecho de adjudicación preferente) de ciertos bienes en el haber de uno u otro esposo, reglas de valoración, etc²³. Evidentemente, si las hubiere, será preciso velar para que tales pactos sobre futura liquidación no entren en contradicción con normas particionales del testamento.

Como apuntamos, tales acuerdos podrían reconocer al viudo derechos de atribución preferente diferentes de los legales, recayendo sobre bienes distintos de los contemplados en el art. 1406 CC que el testador considere especialmente relevantes para el bienestar de aquel, como una segunda vivienda, o para atribuirle el poder de dirección en la empresa familiar, excluyendo de ella a los descendientes instituidos herederos, como las acciones o participaciones de la societaria²⁴. Incluso los cónyuges podrían ponerse de acuerdo en el nombramiento

18. Especialmente, cuando estos sean hijos de un primer matrimonio del testador.

19. SSTs 2.4.1996 (RJ 2985), 25.2.2000 (RJ 1016) y 17.10.2002 (RJ 8968).

20. Aunque ello no deja de ser cuestión controvertida, la RDGRN 4.4.2017 (RJ 1406) considera que no es aplicable esta posibilidad a la legítima del viudo, de naturaleza jurídica sustancialmente diferente y regulación propia.

21. Art. 172 LDCG.

22. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (*Transmisión mortis causa de la condición de socio*, 2008, 269) hace referencia a pactos en capitulaciones de preliquidación de la sociedad de gananciales, que difieren sus efectos al fallecimiento de uno de los cónyuges.

23. Los pactos conyugales sobre futura liquidación no estarán limitados, a mi modo de ver, por el principio de igualdad cualitativa de los lotes, aplicable, en defecto de acuerdo de los esposos, por la remisión a las normas sobre partición (arts. 1061 y 1062 CC) que hace el art. 1410 CC.

24. Como ya pusimos de manifiesto en otro lugar (DÍAZ MARTÍNEZ, *R/Not*, 2025, 43) no parece posible la aplicación del art. 1406.2º CC (derecho de atribución preferente de la explotación económica de la que sea o haya sido titular uno de los cónyuges), ni siquiera por analogía, en relación con las acciones o participaciones de la empresa societaria que hubiera gestionado uno de ellos, salvo, quizá,

to de un contador partidario para la liquidación de la sociedad conyugal, si únicamente hubieran establecido algunas de las bases para hacerlo. La validez de los pactos no obsta para que los eventuales legitimarios del causante puedan hacer valer sus derechos si pudiera apreciarse la existencia de donación computable para el cálculo de su legítima (cuando el valor de los bienes excediera de lo que correspondiera al supérstite, salvo que se haya establecido el pago en metálico de la diferencia).

En todo caso, no cabe duda, a mi juicio, de la necesidad de tomar en consideración estos pactos capitulares, como actos anteriores o posteriores al otorgamiento de las últimas voluntades (*ex art. 1282 CC y jurisprudencia concorde*), en la exégesis de cláusulas de controvertido entendimiento del testamento.

2. Vinculadas a su propia condición como sucesor *mortis causa*

Al margen de los excepcionalísimos problemas de identificación de la persona instituida en el testamento (evidentemente, generados casi siempre en los muy escasos testamentos no notariales) y de que pudiera ser el cónyuge viudo sin referirse a él con nombre y apellidos y ni siquiera en su condición de tal, lo que requeriría una específica labor de exégesis²⁵, más relevancia presenta la interpretación de las disposiciones de las que sea preciso deducir, por su falta de claridad, la atribución al supérstite de una u otra cualidad como sucesor.

En efecto, al margen de su condición *ex lege* como legitimario en usufructo, que pudiera serle reconocida en el testamento sin más atribuciones patrimoniales, podría ser instituido con la cualidad de heredero, de legatario de cosa determinada o de la parte de libre disposición en propiedad²⁶, incluso habiendo legitimarios descendientes del causante²⁷ o, como es tan común, usufructuario

si se tratara de una sociedad unipersonal, pero la doctrina especializada propone una modificación normativa que lo contemple en empresas familiares y cuando la conservación del poder de dirección sea relevante no solo para la empresa sino incluso para la familia (MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, 3189 y REBOLLEDO, *Empresas, sociedades y actividades económicas*, 2017, 174).

25. Para VAQUER (*op. cit.*, 79), las palabras con las que se redactó el testamento tienen un significado usual y corresponde a quien pretenda que el testador le atribuyó otro diferente la carga de la prueba de que empleó su propio lenguaje con un significado no habitual. Pone, precisamente, el ejemplo de la esposa denominada cariñosamente «madre» en el testamento.

26. Es también habitual atribuir, junto al usufructo del tercio de mejora como legítima viudal, el tercio libre en propiedad. Si solo se contuviera referencia a este último, subrayemos la relevancia de una redacción clara del testamento, que facilite su interpretación, para que no surja la duda de si la propiedad del tercio de libre disposición se atribuye en pago de los derechos legitimarios y no acumuladamente a estos.

27. Es admisible también que el testador establezca que la legítima en usufructo del viudo grave el tercio de libre disposición, en lugar del tercio de mejora, como ordena la ley si concurre con descendientes del causante (RAGEL, *Com.CC Tirant*, 2013, 6208).

universal de la herencia²⁸, entrando en juego el art. 820.3º CC si fuera el caso²⁹. De su cualidad como sucesor (a título universal, o particular, o legatario de cuota) dependerán, evidentemente, cuestiones como su pertenencia, o no, a la comunidad hereditaria, su legitimación para promover la partición, responsabilidad por deudas del causante y otras de singular relevancia.

Con todo, es discutido si, reconociéndole el testador solamente, de forma inequívoca, su legítima en la manera en que la configura el Código civil (con expresiones como «sus derechos legales» o «los derechos que la ley le confiere», «los derechos viduales que pudieran corresponderle», «sus derechos legitimarios» u otras análogas), se trata de un legatario de parte alícuota (en usufructo), condición que personalmente entiendo ha de prevalecer, lo que, en principio, lo situaría como partícipe de la comunidad hereditaria (recientemente lo ha negado el Tribunal Supremo³⁰), o de un usufructuario de cuota, respecto del cual es más controvertida su posición³¹. Según la STS 26.5.2020, la jurisprudencia «ha asumido una posición no dogmática en el tema de la naturaleza jurídica de la legítima del viudo, de forma que se ha afirmado su cualidad de heredero a los efectos de reconocerle el derecho de intervenir en las operaciones particionales o a los de negarle la posibilidad de ser contador partidor»; sin embargo, se niega que el cónyuge viudo deba responder por las deudas hereditarias.

No encontramos obstáculo, a diferencia de parte de nuestra doctrina, para admitir que sea aplicable al viudo el art. 815 CC, por lo que, si el testador le adjudicara bienes en propiedad o derechos concretos sobre ellos diferentes del usufructo legal, puede entenderse que se ha pagado su legítima de esa forma siempre que no existan reglas específicas de imputación de los legados que impliquen voluntad de acumulación a ella, materia sobre la más adelante retornaremos. A mi juicio, no debe calificarse tal disposición, propiamente, de conmutación de la legítima del viudo³², pero si se tuviera como naturaleza jurídica

28. La STS 16.12.2014 (RJ 6780) rechaza, a mi juicio con buen criterio, que un cónyuge al que se había atribuido el usufructo universal de la herencia pueda ser considerado heredero.

29. Entiende RAGEL (*La cautela gualdense o socini*, 2004, p. 173) que ambos responden a la misma idea justificadora, permitir que, una vez que el legitimario conoce que el testador ha vulnerado su derecho a recibir la legítima libre, sea él quien decida si le conviene o no admitir la disposición del causante. Se concede de este modo una opción al legitimario entre la ley material y la ley ordenada por el testador.

30. La STS 13.11.2023 (JUR 437557) afirma que la viuda, por su sola condición de legitimaria con derecho al usufructo, no forma parte de la comunidad hereditaria. El art. 782 LEC no menciona al cónyuge sobreviviente como legitimado para pedir la partición (sí a los legatarios de parte alícuota), pero sí lo hace el art. 783.2º LEC como persona que debe ser convocada a Junta para designar contador y peritos, en el procedimiento de división judicial de la herencia, junto con los herederos y legatarios de parte alícuota.

31. Más en profundidad sobre este tema y sobre la propia naturaleza de la legítima del viudo como *pars bonorum* o *pars valoris bonorum* puede verse MARIÑO PARDO (*La sucesión hereditaria tras la partición*, 2024, 384-386).

32. Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS (*El pago de la legítima al cónyuge viudo*, 2005, 64). En cambio, RAGEL (*op. cit.*, 180) califica de conmutación del derecho de usufructo del viudo la atribución testamentaria de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, un capital en efectivo o un lote de bienes.

esencial de la misma que ha de tratarse de un usufructo, posición que, como hemos indicado, no compartimos, no vemos razón para permitir que el contador partidor nombrado por el testador pueda llevar a cabo la conmutación, autorizado u obligado por aquel³³, y el propio causante que testa no pueda hacerlo por sí en sus disposiciones de última voluntad³⁴.

Para atribuir, según el testamento, al cónyuge viudo la posición jurídica de heredero o legatario habremos de aplicar los criterios generales sobre la relación de prevalencia entre el *nomen* utilizado en la cláusula testamentaria y el contenido objetivo de la disposición (*assignatio*) que la mejor doctrina viene exponiendo. Así, en relación con el art. 660 CC, subraya RUBIO GARRIDO³⁵ que debe prevalecer la voluntad real del testador sobre los términos y expresiones empleados (tesis subjetiva), pero el causante no puede convertir en heredero a quien no confiera los efectos necesarios de esta figura sucesoria (responsabilidad por deudas, ejecutor de la voluntad del causante, llamamiento universal, curador de los intereses extrapatrimoniales del testador...) En su opinión, el llamamiento en una cosa cierta ha de tomarse como presunción de legado y el referido al todo, o a una cuota del todo, como presunción de institución de heredero.

Controvertido fue, en el caso de que conoce en casación la STS 14.10.2009³⁶, determinar si verdaderamente había sido instituido heredera la viuda en un testamento otorgado cuando el testador no tiene hijos, muriendo finalmente sin descendencia. La sentencia de apelación considera instituida heredera universal a la esposa, aplicando criterios de interpretación lógica, que tienen cabida en el art. 675 CC, como complemento de la puramente gramatical. El Supremo refrenda tal interpretación, asegurando que la literal no cabe por existir dos incisos contradictorios (instituir herederos a los hermanos e instituir heredera universal a la esposa)³⁷ y constar que la voluntad del testador era favorecer, si no tenía descendencia, a su esposa, sin anteponer a sus hermanos (se trataría de buscar la intención del testador, en la línea del citado precepto legal, aplicando también el art. 1284 CC (aunque no en la forma pretendida por los recurrentes), considerando

33. RDGRN 4.4.2017, ya citada.

34. Para MARIÑO PARDO («La conmutación del usufructo del viudo») es posible que el testador atribuya al contador partidor la facultad de conmutar el usufructo del viudo, pero no por alguna modalidad no prevista en el art. 839 CC, pues ello no podría imponérsele sin su consentimiento. A mi juicio, sin embargo, el precepto legal se refiere a la conmutación que se realice a instancia de los herederos, sin que opere tal restricción de medios solutorios para la que pueda prever el causante, por sí o a través del contador partidor testamentario que designe.

35. *Com. CC Tirant*, 2013, 5090 y 5091.

36. RJ 5568.

37. La cláusula testamentaria, ciertamente de difícil interpretación, rezaba: «Instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, a los hijos que pueda tener, con sustitución —para caso de premoriencia o incapacidad— por sus respectivos descendientes; y a falta de éstos y para caso de conmoriencia instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus hermanos: Carla, Candelaria y Sebastián, con sustitución, igualmente, para caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes; y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa D^a Adelaida».

que la más favorable a la producción de efectos de la disposición testamentaria es que ha sido instituida heredera la esposa.

La institución del cónyuge como heredero universal, antes propia de matrimonios sin hijos, aparece ligada también, en nuestra realidad social actual, a la condición de familia reconstituida de la del causante, sobre todo si no hay descendencia de la segunda relación, casi siempre con pago en metálico de las legítimas de los hijos de la primera, sin olvidar que el art. 841 parece impedir el pago en metálico de las legítimas de todos los descendientes (su tenor literal alude a «alguno de los hijos o descendientes»).

Si se opta por atribuir al cónyuge viudo la condición de legatario de cosa específica, parece oportuno, en aras a su protección, prever testamentariamente que tenga la facultad de tomar posesión por sí mismo del objeto legado, lo que, en principio, le podría permitir inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad, si se tratase de un inmueble, sin consentimiento de los herederos, con una simple escritura otorgada unilateralmente (art. 81 RH). Con todo, la protección de los acreedores (y los legitimarios, si los hubiere) ha inclinado a la DGSJFP a mantener que la entrega de los legados debe realizarse, necesariamente, en la partición (la última sobre el particular, STS 21.10.2024³⁸), lo que reduce considerablemente la utilidad de tal previsión³⁹. Por lo demás, no puede olvidarse que en los legados procede, subsidiariamente, la utilización de un criterio de interpretación específico, que no es sino aplicación del *favor debitoris* propio del Derecho de obligaciones, el «criterio del menor gravamen» o interpretación en favor del obligado a ejecutar la disposición⁴⁰, recogido en el art. 1289 CC para los contratos gratuitos⁴¹.

Sin duda, como ya hemos puesto de relieve, una de las mayores preocupaciones del causante suele ser garantizar al cónyuge supérstite la permanencia en la que fue vivienda familiar, al menos mientras sus condiciones de salud y autonomía personal lo permitan. En este sentido, es relevante, si no estuviera asegurado por el derecho de atribución preferente *ex arts.* 1406 y 1407 CC, redactar adecuadamente, para evitar problemas interpretativos ulteriores, la cláusula testamentaria en que, de ser posible por la composición del caudal hereditario y la personal de la familia del *de cuius*, se le atribuya su uso, dejando claro el título jurídico real que le confiere *mortis causa*. Evidentemente, no de forma necesaria habrá de ser el usufructo, sino que podría tratarse del legado de un derecho de habitación, sea o no el que contempla el art. 822 CC, este con restricción subjetiva en

38. JUR 405993, con cita de la STS 26.5.2020 (RJ 1347).

39. Véanse algunas sugerencias en torno a las previsiones testamentarias que pudieran facilitar el proceso en MANZANO, *R/Not*, 2024, 305-342.

40. Generalmente, los herederos, que, por otra parte, pueden ser los que, en primer término, realicen la interpretación del testamento.

41. El CDFA prevé, en el art. 416.3º 3, que «En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente».

favor de persona con discapacidad⁴², con tratamiento específico en relación con el cálculo de legítimas⁴³.

A) El cónyuge viudo como usufructuario universal

Especial referencia debe hacerse al cónyuge al que se deja el usufructo universal de la herencia, en relación con su condición como sucesor *mortis causa*⁴⁴. Considera la ya citada STS 16.12.2014 que la voluntad declarada por el testador, en el caso de que conoce en casación, resultaba armónica en toda su extensión, «*nomen*» y «*assignatio*», en orden a la atribución realizada, «legado del usufructo universal y vitalicio de la herencia»⁴⁵. El cónyuge al que se deja el usufructo universal de la herencia es legatario, no heredero, lo que implica que no responde

42. Entiende GALICIA AIZPURUA (CDP, 2023, 53, nota 11) que la constitución de este derecho de habitación del art. 822 CC constituye una excepción legal al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, siendo solo un olvido del legislador no mencionarlo en el art. 813 CC. Téngase en consideración que el titular de este derecho *ex lege* puede ser otro legitimario con discapacidad que conviviera con el causante a su fallecimiento y podría producirse una colisión con los derechos testamentariamente atribuidos al viudo sobre el inmueble.

43. CORRIPIO sugiere (ADC, 2024, 1165) complementar el legado de habitación sobre la vivienda habitual con la imposición a los herederos de la obligación de constituir, a favor del cónyuge viudo, una renta vitalicia (si se tratara de legitimarios y resultara gravada su legítima, con cautela *socini*).

44. Como es sabido, sin que profundicemos en ello en este estudio, constituye una cláusula testamentaria muy habitual en Derecho común el establecimiento en favor del viudo del usufructo universal y vitalicio de la herencia, con relevación de fianza e inventario y con facultad de tomar por sí posesión de los bienes hereditarios, con cautela *socini*. Ello suele expresarse previendo que, para el caso de que alguno de los hijos no lo aceptase, quedaría reducido a la legítima estricta, acreciendo el resto a los que estuvieran conformes; y si todos estuvieran disconformes e impugnasen la disposición de usufructo, quedará convertido el legado del viudo en legado de pleno dominio del tercio libre, además de su cuota viudal.

Aunque a veces se cita la STS 3.12.2001 (RJ 9925) en apoyo de la admisión de la cautela *socini* tácita porque afirma que es aplicable una suerte de presunción de que el testador (sobre todo en un testamento notarial, en que existe intervención técnica especializada) no quiso infringir la ley imponiendo al legitimario gravámenes prohibidos por el art. 813 CC, la generalidad de la doctrina considera que, en realidad, se trata de que el art. 820.3º CC entra en juego sin necesidad de que el testador lo establezca. En el resto de los casos, en cambio, sería imprescindible que en el testamento quede constancia de la voluntad del testador en ese sentido para legitimar los gravámenes sobre la legítima estableciendo expresamente la cautela *socini*. Vid. ECHEVARRÍA DE RADA, (RCDI, 2020, 2591). Como subraya esta autora (*loc. cit.*, 2593), la cautela *socini* debería asociarse a la existencia de legitimarios, pero reconoce que, para el Tribunal Supremo, desde la sentencia 3.9.2014, es todo tipo de sanción testamentaria ante el ejercicio de acciones encaminadas a combatir el ámbito dispositivo ordenado por el causante, haya o no legitimarios, lo que ha ampliado la figura fuera de su diseño tradicional, desconociendo sus orígenes históricos.

45. El usufructo universal tiene la ventaja de garantizar al viudo el disfrute de los bienes hereditarios, pero asegura, como destaca CORRIPIO (*loc. cit.*, 1145) que, a su fallecimiento, no pasarán a su familia, sino a los del primer fallecido (los nudos propietarios).

de las deudas⁴⁶. RUBIO GARRIDO⁴⁷ entiende concurrente una presunción favorable al legado, pero con posibilidad de prueba en contrario (heredero al que se dejó el usufructo como concreción de la voluntad de participación en la generalidad de la herencia), que habrá de ser cumplida. A mi juicio, ni siquiera si tuviera atribuido el usufructo universal con facultad de disposición podría, *per se*, considerarse heredero, sin labor interpretativa de la voluntad del testador⁴⁸.

Si el causante así lo quisiera, podría configurarse en testamento, lo que también es frecuente, un legado alternativo a favor del cónyuge viudo, dejando a su elección el usufructo universal y vitalicio de la herencia o el tercio de libre disposición, además de su cuota legal usufructuaria⁴⁹, estableciendo cautela *socini* para el caso de que aquel optara por el usufructo universal de la herencia⁵⁰. Incluso sugiere GARRIDO DE PALMA⁵¹ que se prevea expresamente que, estando ya disfrutando de los bienes del difunto, el viudo esté legitimado para cambiar de parecer y pueda optar por el tercio libre en pleno dominio además del usufructo del de mejora.

Respecto al usufructo universal del viudo, podría plantearse si, en el Derecho común, comprende los bienes legados a otras personas⁵². A mi juicio, la respues-

46. Alguna otra sentencia lo califica también de legado. Así, la STS 20.1.2014 (RJ 2229), que legitima al viudo usufructuario universal, facultado para tomar posesión, para ejercitar una demanda de desahucio por precario contra uno de los hijos, que poseía una vivienda que había sido ganancial (cuando la sociedad estaba todavía sin liquidar).

47. *Op. cit.*, 5094.

48. Para SERRANO DE NICOLÁS (*Usufructo con facultad de disposición el Derecho español*, 2005, 222), la regla general es también que el usufructuario con facultad de disposición es legatario, si bien podría ser heredero, si esa fuera la voluntad del testador. Subraya (*op. cit.*, 299) que no puede partir la herencia ni liquidar los gananciales sin los nudos propietarios, con independencia de su condición de heredero o legatario.

49. Si se hizo legado alternativo y no se confirió la elección al viudo, rige el art. 1132 CC, por remisión del art. 874 CC (la elección corresponde al gravado, al deudor en términos de obligaciones). El art. 874 salva, por supuesto, la voluntad del testador, que podría ser otra, expresada directamente, o deducida por interpretación.

50. En este sentido, RDGRN 22.6.2015 (RJ 3733). La opción se concede en estos términos: «Para el caso de que ninguno lo respetare (el usufructo universal) o por la simple voluntad manifestada del cónyuge legatario, para lo que le faculta expresamente, quedará convertido en legado del tercio de libre disposición en pleno dominio de su herencia, sin perjuicio de los demás derechos viuales que puedan corresponderle». En relación con la discutida cuestión de si es preciso el nombramiento de defensor judicial cuando hay herederos menores de edad y se ha establecido cautela *socini*, entiende en este concreto caso el Centro Directivo que no procede porque no hay conflicto alguno, al no tener que tomar decisiones en nombre de ellos, porque la única elección que tomó la viuda lo fue en los términos ordenados en el testamento.

51. *El notario del siglo XXI*, 2025.

52. Enfoque diferente exige el Derecho civil catalán, en el que, como subraya la Resolución DGDEJ 19.7.2023 (DOGC 31.7.2023), no es imperativo que el usufructo universal previsto en testamento grave todos los bienes de la herencia (art. 427-34 Cccat). Con todo, el legado de usufructo universal se extiende a todos los bienes relictos, a menos que la voluntad del causante sea otra. El testador puede ordenar que determinados bienes queden fuera del derecho de usufructo universal, exclusión que debe ser clara e inequívoca, aunque el testamento no lo disponga de manera expresa. En el caso debatido se disponía el usufructo universal en favor de la esposa y se constituía a dos herederas como legatarias en pleno dominio de unos bienes. La primera acepta la herencia y se atribuye los legados en nuda propiedad, la segunda al aceptar se atribuye los legados en pro-

ta ha de ser en principio negativa, los bienes objeto de legado quedan al margen de dicho usufructo. Sin embargo, ciertamente el testamento podría incluir una referencia a que se le atribuye al viudo el usufructo «de la totalidad de los bienes que integran la herencia, incluso de los legados». La controversia interpretativa que se suscita en el caso de que conoce el Tribunal Supremo en sentencia 14.12.2005⁵³ se resuelve con la aplicación del criterio lógico, descartando, a mi modo ver con acierto, que deba prevalecer, simplemente por el orden en que aparece en el testamento, la primera disposición sobre la segunda. Ante un legado de usufructo universal de la herencia a la viuda y del negocio de restaurante al hijo de un primer matrimonio, se entiende que queda excluido el usufructo de la viuda del restaurante porque no es lógico pensar que se quiso hacer un legado sólo de la nuda propiedad del negocio, pues el hijo ya fue llamado como heredero, junto con sus hermanos (ya le correspondía la nuda propiedad).

B) Especial referencia al usufructo con facultad de disposición del viudo

Apuntaremos a continuación, de forma breve, algunos de los problemas interpretativos que suscita el también denominado «usufructo de disposición», que nace históricamente ligado al del cónyuge viudo, como excepción a la regla *salva rerum substantia* propia de este derecho real limitado en cosa ajena. Con antecedente en el usufructo de regencia, nacido en la Alta Edad Media (viuda *domina et usufructuaria*), especialmente enraizado en Cataluña, atiende, a diferencia de este, que implica preferentemente protección de intereses familiares⁵⁴, a los individuales del supérstite (sea garantizar que no incurra en situación de necesidad, sea asegurar el mantenimiento del mismo estilo de vida previo al fallecimiento del esposo). Como se ha resaltado⁵⁵, conjugar dos mecanismos de protección del viudo, el usufructo universal y la concesión de ciertos poderes dispositivos sobre los bienes, pueden propiciar este objetivo, muy común en el causante, de procurarle un nivel de vida digno tras su fallecimiento⁵⁶.

La facultad de disposición del cónyuge viudo usufructuario puede entenderse conferida de manera expresa o tácita (si la naturaleza del usufructo lo exigiera, como en algunos de empresa, en que se deben permitir los actos de disposición del usufructuario incluidos en su tráfico ordinario), pero nunca puede ser presunta.

piedad plena. Se aprecia que no existe contradicción entre la cláusula de legado de usufructo universal en favor del cónyuge y las de los legados en pleno dominio. Aunque el causante no había excluido del usufructo los bienes legados a las hijas con palabras explícitas, «la utilización de las palabras «pleno dominio», referidas a los legados, en un testamento abierto asesorado por notario, no deja entrever ningún equívoco y entiendo, en consecuencia, que dichos legados quedan fuera del usufructo universal de la viuda».

53. RJ 10160.

54. Sobre el sentido del llamamiento de la esposa como usufructuaria universal, en testamentos otorgados con sujeción al Derecho catalán, GARRIDO MELERO, M., *El testamento y su interpretación*, 2021, 271 y ss.

55. CABEZUELO, *Diversas formas de canalización de la Cautela Socini*, 2002, 209.

56. Véase, por ejemplo, en RDGRN 3.7.2019 (RJ 3059).

Dos son las cuestiones que hemos seleccionado en relación con esta figura, en el marco de la interpretación de la voluntad del testador. La primera, la delimitación entre el usufructo con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo (en sus dos variantes, *si aliquid supererit* y *de eo quod supererit*⁵⁷). La segunda, la concreción del alcance de las facultades dispositivas atribuidas testamentariamente al cónyuge viudo usufructuario.

Respecto a la correcta calificación de la institución, muchas veces compleja, ello exige interpretar lo que verdaderamente quiso el causante, cuál es la finalidad perseguida por él, cuando la letra del testamento sea insuficiente para alcanzar una conclusión⁵⁸. A esta «laboriosa tarea de interpretación de la voluntad del testador» se refiere precisamente REPRESA POLO⁵⁹, tras señalar que la delimitación conceptual de las dos figuras mencionadas es sencilla, pero en la práctica resulta muy difícil su diferenciación. Como se ha destacado⁶⁰, en el usufructo de disposición hay un llamamiento inmediato de usufructuario y nudo propietarios (delación simultánea)⁶¹, mientras que el fideicomiso de residuo existe uno sucesivo (delación sucesiva, e incompatible al mismo tiempo, de fiduciario y fideicomisario). En el primero, el viudo es usufructuario, titular de un derecho sobre cosa ajena de bienes sobre los que otros ostentan la nuda propiedad, en el segundo es propietario de los bienes, aunque no puede disponer *mortis causa* de ellos. Prácticamente en toda la jurisprudencia recaída al respecto se invoca la indagación de la verdadera voluntad del causante y, en consecuencia, el art. 675 CC⁶².

Sirve como ejemplo de lo que se interpretó como usufructo de disposición el instituido en el testamento de que conoce la STS 9.12.1970⁶³, en el que la causante, casada en segundas nupcias, disponía que «De todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuras, instituye heredero en usufructo vitalicio, relevado de prestar fianza, a su marido (...), con la condición de que si su citado marido tuviese necesidad de ello pueda disponer de todos o parte de los bienes que hereda de la testadora, por actos inter vivos, sin que esa necesidad tenga que justificarla ante nadie, basta sólo que él lo manifieste». De la nuda propiedad de sus bienes instituye herederas, «en quienes se consolidará el pleno dominio al

57. Sobre esta institución, monográficamente, DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*, 1981.

58. Indica CORRIPIO (*loc. cit.*, 1153) que, en la práctica testamentaria actual, el fideicomiso de residuo ha tomado fuerza al preverse con frecuencia en los testamentos de matrimonios sin hijos cuando un cónyuge quiere dejar favorecido al supérstite, pero también desea que, tras la muerte de este, sus bienes pasen a sus familiares y no a los del viudo.

59. REPRESA, *RDP*, 2008, 50.

60. SERRANO, *op. cit.*, 122.

61. La facultad de disposición del usufructuario es analizada por la doctrina más especializada como una legitimación extraordinaria para disponer de bienes de un patrimonio ajeno, lo que constituye uno de los presupuestos para la eficacia del acto dispositivo.

62. NIETO ALONSO, *Sustitución fideicomisaria de residuo*, 2014, 108. Esta autora pone especial énfasis en que la función notarial puede allanar la ardua tarea interpretativa de los tribunales en esta materia, recogiendo la verdadera voluntad del causante y dándole adecuada forma jurídica al redactar el testamento (*op. cit.*, 94 y ss.)

63. RJ 5440.

fallecimiento del usufructuario», por partes iguales, a sus sobrinas», quedando sujetas a administración de un tercero hasta que fallezca su padre «aun cuando estén casadas, y sean mayores de edad». Sin embargo, la STS 23.12.1982 calificó la disposición de fideicomiso de residuo y no de verdadero usufructo de disposición, pese a utilizar también el testamento los términos «único y universal heredero (...) en usufructo vitalicio» valorando especialmente, entre otras razones, la concesión de la facultad de disponer *mortis causa* (para el caso de que el viudo no hiciera uso de la facultad de disposición o que no quedaran bienes, se instituía herederos nudo propietarios a los sobrinos)⁶⁴.

Es discutible si el fideicomiso de residuo puede tomarse como sustitución fideicomisaria. REPRESA⁶⁵ así lo cree argumentando que no es esencial en esta la obligación de conservación (se puede autorizar al fiduciario a disponer), sino el orden sucesivo de llamamientos, y que el art. 808 CC, desde la reforma operada por Ley 8/2021, parece aceptarlo al referirse a la sustitución fideicomisaria de residuo a favor del descendiente con discapacidad. La delación simultánea o sucesiva de los llamados parece fundamental para el Tribunal Supremo al analizar si existe una figura u otra, pese a los términos literales de la cláusula testamentaria.

Si no se atribuye la nuda propiedad a nadie en la constitución del usufructo (y hasta la muerte del usufructuario no se podrá determinar a los titulares de aquella), se trata, realmente, de un pseudousufructo⁶⁶, institución bastante en desuso actualmente, pero con frecuencia contenido en testamentos de los siglos XIX y XX. En efecto, en estos casos se ordena un usufructo vitalicio, que podría ser a favor del viudo, sin atribuir a nadie la nuda propiedad, instituyendo herederos que consolidarán la propiedad plena de los bienes a la extinción de aquel usufructo por fallecimiento de su titular. Se puede imponer una prohibición de disponer respecto a los bienes usufructuados o conferir al usufructuario, como aquí resaltamos, facultades de disposición. En la interpretación del testamento para averiguar qué institución es la escogida y determinar el régimen jurídico aplicable, debe atenderse a la voluntad del testador, respetando su literalidad si es posible (en los testamentos notariales es complejo apreciar la existencia de figuras jurídicas distintas de las que el mismo testamento designa), pero sin contradecir su espíritu y valorando, como es imperativo, el conjunto del negocio *mortis causa*.

Respecto a la segunda cuestión apuntada, es decir, el alcance de la facultad de disposición atribuida al cónyuge viudo al que se lega el usufructo universal, hemos de subrayar, asimismo, la conveniencia de abandonar la estricta literalidad como criterio interpretativo. Si el causante aclarara en el testamento la finalidad

64. Sobre distinción entre usufructo de disposición y sustitución fideicomisaria pueden verse dos obras centradas, precisamente, en la interpretación testamentaria: JORDANO, *Interpretación del testamento*, 1999, 126 y LÓPEZ FRÍAS, *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, 2004, 51.

65. *Loc. cit.*, 53.

66. Véase la STS 3.11.1989 (RJ 7847), en un caso en que las usufructuarias son las hijas, no el viudo, como es ahora objeto principal de nuestro interés.

para la que concede al viudo la facultad de disposición, ello será relevante para valorar la validez y eficacia de los concretos actos dispositivos realizados. Alcanzado el fin, o si, sobrevenidamente, deviene imposible, aquellos ya no quedarán amparados. Indudablemente, el ejercicio de la facultad de disposición podría estar sujeto a un plazo inferior a la propia duración del usufructo, o a condición.

Como hemos puesto de manifiesto, si la facultad de disponer se confiere para actos *mortis causa*, es posible que la figura se aleje del usufructo para aproximarse a otras como el fideicomiso o sustitución preventiva de residuo, o una institución de heredero. Desde luego, en defecto de precisión sobre el particular, debemos entender que el viudo puede disponer sólo *inter vivos*. La utilización de una expresión literal como la de autorización para disponer «por cualquier título» no necesariamente comprende los actos de disposición *mortis causa*⁶⁷.

Podrían atribuirse facultades al viudo para disponer a título gratuito, aunque ello parece totalmente excepcional y, en principio, contrario a la finalidad por la que se concede este usufructo. A mi juicio, en defecto de otras referencias que encaminen al intérprete a conclusiones diferentes, los actos dispositivos permitidos deben ser los *inter vivos* y onerosos únicamente, en aplicación del criterio exegético teleológico⁶⁸. Del mismo modo, es de aplicación al caso la regla lógica *a maiore, ad minus*, de la que deriva que, si está permitido enajenar, lo estará constituir gravámenes o cargas como la hipoteca.

En realidad, el usufructo de disposición puede ser de varias modalidades, en relación con el propósito que guía al causante al instituirlo, lo que ha de orientar, por otra parte, al intérprete en caso de que se discuta si un concreto negocio jurídico le está, o no, permitido al usufructuario. El tipo más frecuente es para caso o situación de necesidad, que presenta, a su vez, variantes (con o sin asentimiento de terceros, casi siempre los herederos gravados con el propio usufructo, intervención preceptiva que podría ser previa, simultánea o, incluso, posterior al acto dispositivo que lleve a cabo el viudo⁶⁹), pero podría reconocérsele en el testamento absoluta libertad dispositiva (de todos los bienes⁷⁰ o solo de algunos determinados) o libertad solo para casos concretos.

67. La STSJ Cataluña 28.10.1991 (RJ 1992\3911) los excluye, a falta de disposición expresa.

68. Aunque no suelen suscitar dudas, entre los actos dispositivos onerosos, las compraventas y daciones en pago, sí lo hacen las permutas. Aunque, en mi opinión, deben entenderse autorizadas si se atiende mejor, por su naturaleza, a las necesidades del viudo con los bienes adquiridos que con los incluidos en el caudal hereditario, aunque fueran de especial valor familiar, se ha discutido si el viudo adquiere la propiedad plena sobre ellos. Creemos, con CABEZUELO, que ello no es así si no ha existido consentimiento de los herederos nudos propietarios (*op. cit.* 35). El acto dispositivo autorizado sería en este caso la propia permuta, es decir, la salida de un bien concreto del caudal hereditario y la sustitución por otro, que entra a formar parte de él, pero sobre el que recaerían los mismos derechos reales de las personas declaradas sucesoras por el testador, es decir, el usufructo y la nuda propiedad.

69. Si no dieran tal asentimiento, parece posible, salvo que el testador lo prohibiera de forma expresa, recurrir a la autoridad judicial.

70. En el caso de que conoce la STSJC 22.9. 2003 (RJ 7283) el testamento atribuía el usufructo universal a la viuda con facultad para vender y gravar los bienes usufructuados cuando, en conciencia, lo creyera necesario, sin intervención de persona alguna. Pese a la aparente amplitud de la cláusula,

Si, como es habitual, no se precisa cómo debe apreciarse el concepto habilitante de la facultad de disposición, es decir, la necesidad del usufructuario, entendemos que debe contemplarse el patrimonio del usufructuario en su conjunto, sin que sea legítimo servirse de recursos que afectan a derechos de terceros pudiendo utilizar los propios, siempre que del testamento no resulte otra cosa⁷¹. Entendemos, salvo que del conjunto del clausulado de aquel resulte otra cosa, o tal conclusión pudiera alcanzarse a través de otros elementos interpretativos (incluida la prueba extrínseca), que el causante querría no sólo autorizar la disposición en caso de urgencia vital para su subsistencia sino que su viudo pudiera mantener el nivel de vida anterior a su fallecimiento, al menos si este fuera medio y no extraordinariamente elevado⁷².

También sería oportuno prever, pues de lo contrario es fácil que sobrevenga el conflicto jurídico, si funcionará el principio de subrogación real respecto de los bienes enajenados, es decir, si el supérstite está vinculado o no por la obligación de restituir el capital o, en su caso, de sustituir el objeto enajenado por su equivalente en dinero⁷³. Únicamente parece innecesario hacer tal precisión en el caso del usufructo de disposición para caso de necesidad, respecto del cual entendemos, con autores como REVERTE NAVARRO⁷⁴, que funciona el principio de subrogación real como elemento natural, siempre en la medida en que los bienes se consuman en atenciones propias del viudo⁷⁵, si bien cabe disposición en contrario del testador o inferirla vía interpretación⁷⁶. Más controvertida es, como ocurre siempre con las de naturaleza semejante en otros ámbitos, la imposición de una prohibición a los nudos propietarios de impugnar los actos dispositivos del usufructuario, con sanciones variadas afectantes a sus derechos sucesorios, basadas en la libertad del causante de ordenar su sucesión dejando bienes y derechos a las personas que tenga por conveniente, con las restricciones o gra-

obsérvese que se apela indirectamente a la necesidad, eso sí, libremente apreciada por la usufructuaria, no le atribuye el *ius disponendi* a su libre arbitrio.

71. En este sentido también SERRANO (*op. cit.*, 365 y ss.) y CABEZUELO (*op. cit.*, 37) y STS 9.3.2000 (RJ, 1516).

72. En el mismo sentido, NIETO ALONSO (*op. cit.*, 2014, 337) rechaza que necesidad equivalga a «menesterosidad» e indica que con tal expresión el testador pudo querer decir que el usufructuario pudiera vivir «desahogadamente».

73. SERRANO, *op. cit.*, 102.

74. REVERTE, *Com. CC*, 2001, 646.

75. Sí se aplicaría el principio de subrogación real respecto de los bienes no consumidos.

76. En algunos testamentos se atribuye al viudo el usufructo universal con facultad de disposición existiendo únicamente bienes gananciales, en realidad, postgananciales pendientes de liquidación, lo que genera el problema de si los bienes de que haya dispuesto se imputan a su parte de gananciales o la de los herederos del otro cónyuge. Puede verse en este sentido (comentada por ÁLVAREZ LATA, *CCJC* 2000, 791 y ss.) la ya citada STS 9.3.2000, respecto de un testamento en que se instituye heredera, en usufructo universal con facultad de disposición (*sic*) a la viuda, y heredera universal, en nuda propiedad, a una sobrina. La esposa usufructuaria dispone hasta su fallecimiento de más del 50% y el resto se considera herencia del esposo premuerto, recayendo sobre ese remanente el derecho de nuda propiedad de la sobrina, heredera.

vámenes que crea oportunos (a salvo normas imperativas, como las que rigen las legítimas, por supuesto).

La inserción en el testamento de la cláusula que autoriza la disposición del usufructuario «en caso de necesidad exenta de justificación» no ahuyenta, pese a su premeditada amplitud, todas las dudas sobre la legitimación para algunos actos concretos. Creemos, como argumenta CARRASCO PERERA⁷⁷, que simplemente implica que la facultad dispositiva no queda sujeta a la prueba previa de la necesidad que la motiva, pero el nudo propietario podrá probar ante los tribunales de justicia la ausencia de la misma. Ello permitirá combatir enajenaciones abusivas, en perjuicio de los derechos de los nudos propietarios, compraventas que encubren donaciones, si solo tenían sentido los actos dispositivos onerosos, y otros supuestos semejantes

Con diferencias de matiz respecto a lo que opina REPRESA POLO⁷⁸, no creemos oportuno sustentar, con alcance general, que deba realizarse una interpretación restrictiva de los términos en que el testador autoriza actos dispositivos del usufructuario, sino que ha de prevalecer la que tome por norte la finalidad con la que el causante haya concebido la atribución de tales facultades. En todo caso, si hay extralimitación, el nudo propietario podrá impugnar el acto, que será nulo, precisamente, por falta de poder de disposición.

C) Usufructo del viudo y empresa familiar

La desmembración entre la nuda propiedad y el usufructo que implica la atribución testamentaria del universal sobre la herencia al cónyuge supérstite ha de estar especialmente planificada y coordinada con otros negocios jurídicos y reglamentaciones internas cuando en el patrimonio del causante se encuentra una empresa familiar de naturaleza societaria. Sin ánimo de profundizar en una cuestión tan compleja como la sucesión en este tipo de empresas, que plantea decisiones de muy diversa índole⁷⁹, si se ha optado por atribuir al cónyuge supérstite el usufructo universal⁸⁰, no puede olvidarse que, en principio, y en defecto de otras previsiones, en una sociedad de capital son los titulares de la nuda propiedad los que tienen los derechos políticos inherentes al socio, corres-

77. CARRASCO, *Poder judicial*, 128.

78. REPRESA, *loc. cit.*, 60.

79. Si las acciones o participaciones sociales en la empresa fueran de naturaleza ganancial, la atribución del liderazgo o poder decisorio en la empresa podría canalizarse, si no se transmitieran a título singular a una o varias personas a través de legados, utilizando normas particionales incluidas en el testamento del titular, coordinadas con pactos entre los esposos sobre la futura liquidación de la sociedad. Como hemos mantenido (*RJN* 2025, 44), en mi opinión son válidos, con los límites del art. 1328 CC, los pactos capitulares en que los cónyuges acuerden que, para el caso de fallecimiento del socio administrador de la empresa familiar, sus participaciones o acciones sean adjudicadas en un determinado cupo (el del supérstite, si se quiere transferir a este el control de aquella, o el del fallecido, si se quiere otorgar el poder decisorio, coordinadamente con el testamento de este, a los herederos, alguno de estos, o a un legatario).

80. Regula el art. 127 LSC el régimen jurídico aplicable al usufructo de acciones o participaciones sociales.

pondiendo al usufructuario los económicos (percepción de dividendos y los contemplados en los arts. 128 y ss. LSC). Por ello, debería valorarse, en atención a la finalidad perseguida por el causante, la posibilidad de prever⁸¹ el derecho de voto del usufructuario si se quiere un usufructo de tipo gerencial, es decir, asegurar al viudo el poder de dirección en aquella. Por el contrario, si se desea mantenerlo apartado de las responsabilidades de decisión en el negocio (sea por edad, desconocimiento sobre la empresa o la buena gestión de un tercero, que bien podría ser uno de los descendientes del causante, común con el supérstite o no), parece oportuno reforzar la obtención de ingresos a través de los dividendos, ordenando el reparto de un mínimo anual, puesto que la decisión al respecto incumbe, en principio, a los nudos propietarios⁸², o compensaciones con cargo a estos, o la sociedad, para evitar que se vacíe el contenido del usufructo del viudo⁸³.

Además, a mi juicio, si la intención del testador fuera la configuración de un usufructo del viudo con poder real en la gestión de la empresa, atribuyéndole el derecho de voto en la junta, sería oportuno reconocerle facultades dispositivas de forma expresa para que no se pusiera en cuestión, llegado el caso, su legitimación para adoptar todo tipo de decisiones que extravasaran la mera administración (así, una fusión), sin perjuicio de las facultades del nudo propietario para impugnar determinado tipo de acuerdos que lesionaran el interés social, en beneficio individual de los propios del viudo⁸⁴.

Las consideraciones sobre el usufructo universal del viudo, debidamente matizadas, pueden servir también para los casos en que se haya planificado la sucesión sobre la base de legados de nuda propiedad de las acciones o participaciones, reservando el usufructo al supérstite.

En todo caso, deviene esencial la adecuada coordinación de estatutos sociales, protocolo familiar (en su caso) y testamento, siendo resaltable el valor que pudieran tener los dos primeros como prueba extrínseca en la interpretación testamentaria.

81. Siendo el usufructo de participaciones, los arts. 128.4º y 129.5º LSC amparan que el testamento conforme los derechos de nudo propietario y usufructuario de manera distinta a las previsiones legales, tanto a la extinción del usufructo como si se disuelve la sociedad antes o en lo atinente al derecho de suscripción preferente. En general, la doctrina considera que ello es aplicable también a las acciones.

82. Véase, con mayor amplitud, GARRIDO DE PALMA, *loc. cit.*

83. Subraya EGEA (*InDret* 3/2007) que, si se quiere distinguir entre socios familiares que dirigen la empresa y los que sólo tienen derechos económicos y se considera conveniente, se pueden atribuir los derechos de voto al cónyuge usufructuario, el cual mantendrá la capacidad decisoria en relación con el gobierno de la sociedad.

84. Art. 190.3º LSC, sobre el conflicto de interés.

D) Imputación de legados hechos al viudo: reglas interpretativas de la voluntad del causante

Como hemos adelantado, a mi juicio el testador puede ordenar en testamento el pago de la legítima del viudo con bienes del caudal hereditario atribuidos en propiedad plena (art. 815 CC)⁸⁵, criterio que no comparten los autores que entienden que su naturaleza jurídica lo impide, por tratarse, necesariamente, de un derecho usufructuario de atribución legal⁸⁶. Desde mi punto de vista, sin embargo, no resulta coherente que la ley atribuya a ciertas personas la facultad de mutar el usufructo del viudo por otros derechos, a lo que este no podría oponerse, y no se reconozca que el propio testador pueda hacerlo por sí mismo al ordenar su sucesión; en realidad no se trata entonces, según mi criterio, de transformar objetivamente la legítima, sino de asignarla directamente en bienes concretos, en propiedad⁸⁷. Si el valor de los bienes atribuidos cubriera el que resultara de la capitalización de la cuota viudal en usufructo, a mi modo de ver el viudo no podría ejercitar la acción de complemento de legítima, conclusión que no deja de ser discutible para quienes consideran que el testador solo podría hacer lo que les está permitido a los herederos, es decir, conmutar el derecho usufructuario por alguna de las posibilidades que contempla la normativa legal⁸⁸.

En todo caso, sea la previsión testamentaria al respecto calificada como «conmutación llevada a cabo por el propio testador», sea tenida, como acabamos de mantener, como una forma más de atribución directa de sus derechos legitimarios al cónyuge supérstite *ex* art. 815 CC, reservando el término «conmutación» para la que se realice a instancias de los herederos (art. 839 CC), o por el contador partidor facultado para ello, o incluso por iniciativa del cónyuge que concurre con descendientes solo del causante (art. 840 CC), ha de afrontarse el problema de la imputación de los legados de bienes propiedad del causante, es decir, si han de tenerse como pago de la cuota legitimaria del viudo o realizados con cargo a la parte libre, es decir, como complemento (o en adición) de su cuota legal.

Dada la inexistencia de regla en el Código Civil sobre imputación del legado ordenado a favor del cónyuge viudo, pasa a primer plano la voluntad del testador y la interpretación que de la misma se haga, si no se expresó de forma clara en

85. Con total claridad lo dispone así el art. 255 LDCG.

86. Así, GÓMEZ-SÁLVAGO (*loc. cit.*, 37) duda en aceptar que el causante pueda conmutar el usufructo legal atribuyendo al viudo en concepto de legítima bienes que no sean en usufructo (no le es aplicable el art. 815 CC). Cree que si el testador le lega un bien en propiedad y ordena que sea en pago de su legítima, el viudo puede no aceptarlo y exigir el pago de la legítima legal en usufructo.

87. En cambio, según mi criterio no resulta admisible que se sustituya el usufructo viudal por una atribución de bienes en nuda propiedad, quedando privado el supérstite de su uso y disfrute.

88. Sin embargo, para CARBALLO (*El patrimonio sucesorio*, 2014, 1174 y 1175), más allá de la triple opción ofertada a los herederos en el art. 839 CC, se erige la intangibilidad de la legítima del cónyuge como barrera. Admite que la solución no resulta satisfactoria, pero en tanto no se modifiquen los preceptos al uso parece que la sustitución del derecho del viudo más allá de las previsiones del art. 839 pasa por la previsión testamentaria de una cláusula de opción compensatoria, que mejore cuantitativamente su posición a cambio de la «privación» de su usufructo.

el testamento⁸⁹. Autores como VALLET⁹⁰ aconsejan recurrir a indicios y entre ellos señala expresiones testamentarias, apuestas a la ordenación de un legado a favor del viudo, como «con el que se entenderá pagada su legítima», lo cual mi modo de ver no es ya un indicio, sino una voluntad directamente expresada, una imputación realizada con claridad por el testador a la cuota legitimaria⁹¹, que libera de toda tarea exegética al respecto⁹². En defecto de previsiones como la señalada, la conclusión en favor de la acumulación sólo podría obtenerse si, buscando la voluntad real del causante a través de todos los criterios interpretativos disponibles, se pudiera llegar a inferir que, efectivamente, así lo quiso⁹³, pues, en otro caso, hemos de inclinarnos por la imputación a la legítima⁹⁴.

Resulta, a mi juicio, valiosa la idea, extraída por generalización del criterio de alguna sentencia del Supremo, de que la imposición de condiciones o gravámenes en el legado puede tomarse como reflejo de una voluntad del causante de acumular dicha propiedad a la legítima legal⁹⁵. En esta línea, GÓMEZ-SÁLVAGO⁹⁶ ve como indicio de que la voluntad del testador es la acumulación que se haga el legado sujeto a la condición de que la viuda no contraiga nuevo matrimonio, argumentando que el freno a su libertad es a cambio de compensarla con más atribuciones sucesorias que las legales⁹⁷.

89. Sentencias del Tribunal Supremo como la de 12.6.2008 (RJ 4688) apelan en este contexto al art. 675 CC.

90. VALLET, *RDP*, 1948, 345.

91. STS 30.1.1995 (RJ 388).

92. Las consideraciones sobre este tema vienen en gran parte determinadas por la posición que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la legítima del viudo, que este autor mudó a lo largo de sus estudios, en particular en lo atinente a si se trata de una atribución *ex lege* directa. Al principio consideraba que la del cónyuge supérstite, al contrario de las demás legítimas, se obtenía *ope legis* como una delación legal directa; más tarde defiende que el llamamiento legal a los legitimarios, incluido el viudo, es subsidiario de la atribución testamentaria.

93. La STS 3.6.1947 (RJ 903) resalta la interpretación del testamento en su conjunto (sistemática) para alcanzar esa evidencia sobre la voluntad del causante. A favor de la acumulación también STS 14.12.2005 (RJ 10160), en un caso en que se instituía al viudo usufructuario universal y vitalicio con cautela *socini*.

94. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, 1999, 187 y 188.

95. Véase la STS 12.6.2008, ya citada, respecto a un peculiar caso en que el testamento fue otorgado (con dos legados a su favor) antes de que el testador se casara con la legataria, con la que entonces convivía, estando casado con otra mujer. El Alto Tribunal consideró que la voluntad del causante era la acumulación y no la imputación a la legítima porque uno de los legados era el usufructo de un inmueble sujeto a la condición de que se usara al menos seis meses al año, lo que lo hacía impropio para el pago de legítima en virtud del art. 813.2º CC. Otro argumento en favor de la acumulación fue que no se modificó el testamento tras el matrimonio.

96. *RDP* 2017, 26.

97. También para REQUEIXO (*Act. Civ.* 2007) la variable más determinante para interpretar si debemos inclinarnos por la imputación o la acumulación es si el legado es puro o condicional. Si el legado es puro, se defiende la imputación. Si el legado es condicional, la acumulación. En su opinión, hay una segunda variable para un caso especial: «si el legado es de usufructo, regirá la regla anterior según sea puro o condicional, salvo que siendo condicional exceda, acumulándolo, del usufructo total de la herencia. En lo que exceda no se acumulará, para no interpretar —por lo

Se ha apuntado también que, dado que la legítima del viudo está configurada *ex lege*, al menos en principio, como un derecho usufructuario, debería tomarse en consideración la naturaleza de las atribuciones realizadas en el testamento en favor del viudo para interpretar la voluntad del causante de imputarlas a la legítima o de que se acumulen a ella. Así, si es una atribución en usufructo, ello sería indicio en favor de la imputación; mientras que, si no se confiere con la disposición testamentaria el uso y disfrute de bienes de la herencia (como en un legado de perdón de deuda, por ejemplo), ello podría tomarse como indicio en favor de la acumulación⁹⁸.

Personalmente entendemos que habrá de valorarse de forma determinante que se pueda deducir del testamento la voluntad del causante de beneficiar, en el conjunto de la ordenación pergeñada, al cónyuge viudo, fortaleciendo su posición económica, pues ello debe inclinar al intérprete a favor de la acumulación (en particular, si aparecieran referencias al deseo del testador de reconocer sus desvelos por la familia o de compensar las dificultades económicas que pasó, en algún momento, dentro del matrimonio).

Sin embargo, como pone de manifiesto GAGO SIMARRO⁹⁹, no todos los problemas de imputación de los legados hechos al viudo quedarán resueltos con la interpretación del testamento. En defecto de voluntad del testador, que conste de forma expresa o pueda ser tácitamente deducida, la doctrina mayoritaria, propone la aplicación, que habría de ser por analogía, del art. 819 CC, relativo a la imputación de donaciones hechas a hijos y descendientes legitimarios, que nos lleva a concluir que tales legados habrán de imputarse a la legítima. La cuestión no es, de todos modos, pacífica, pues otros autores¹⁰⁰ se inclinan por la acumulación, con base en la naturaleza jurídica de la legítima viudal como adquisición *ex lege* y en que el cónyuge supérstite no es sujeto de la colación (no es aplicable el art. 1037 CC). A ello se suma, en ocasiones, el argumento de que debe alcanzarse tal conclusión porque es la más favorable a la protección del viudo en la sucesión del causante¹⁰¹, posición que no compartimos, pues, a mi juicio, habrán de ser la ley o la voluntad del testador las que, en su caso, mejoren la posición del supérstite, no el aplicador del Derecho.

En mi opinión, pues, si no pudiera deducirse del testamento, vía interpretación, otra voluntad del causante, el legado al viudo ha de tomarse como hecho

inverosímil— que el testador quiso, legando un usufructo, atribuirle también nuda propiedad». Sobre este tema, ampliamente, VELA SÁNCHEZ, *RDC*, 2018, 333-360.

98. En este sentido, CARBALLO, *Autonomía privada, familias y herencia*, 2023, 361.

99. GAGO, *Legado de cosa específica y protección de legítimas*, 2023, 108.

100. Tratamiento extenso del tema en GÓMEZ-SÁLVAGO, *loc. cit.*, 29 y ss. Para ella se trataría de una doble aplicación analógica o «analogía sobre analogía», las normas sobre imputación de donaciones a los legados, y las de la legítima de descendientes a la del cónyuge viudo; aunque está de acuerdo en la primera, no en la segunda, que califica de «falsa analogía». En su opinión, para que un legado al viudo se impute a su legítima, el testador debe decirlo expresamente; la regla general es la imputación al tercio libre y el cónyuge tiene derecho al legado y, además a su legítima (*loc. cit.*, 42).

101. GAGO, *op. cit.*, 110.

en pago de su legítima¹⁰², conclusión que no parece pueda sostenerse, en cambio, en relación con la imputación de las donaciones hechas en vida a favor del cónyuge viudo, respecto de las cuales también se encuentra en primer plano la cuestión de la interpretación de la voluntad del causante y la ausencia de claro criterio normativo en el Derecho común¹⁰³.

102. Así lo hizo la STS 3.3.2022 (RJ 1164), resolviendo en favor de la imputación a la legítima, en una discutible decisión, al existir una cláusula del testamento previendo que los legados lo fueran al tercio libre. Interpreta el Alto Tribunal que, si el testador hubiera sabido que el usufructo de ciertos bienes mencionados en el testamento no cubría la legítima viudal, habría querido que se cubriese con los bienes legados (acciones, dinero de cuentas, depósitos, etc.), sin reconocer su derecho a la legítima íntegra, más esos otros bienes. Se usa la interpretación extrínseca, tomando como elemento interpretativo la consulta al banco por el testador del valor de los bienes legados días antes de otorgar su último testamento y tres testamentos anteriores al que finalmente rige la sucesión, sin que parezca que de ella se obtengan datos concluyentes para apoyar la decisión final adoptada. Apunta CARBALLO (*Autonomía privada*, 2023, 363-365), crítica con los argumentos en que se apoya el fallo para sostener la decisión de imputar a la legítima los legados, que, quizá, esta sentencia alcanza esta conclusión porque había dos cláusulas contradictorias, una la que imputaba el legado de bienes en propiedad al tercio libre y otra que excluía el usufructo de determinados inmuebles. A su juicio, otra interpretación del testamento era posible, entendiendo que el propósito que guio al causante al establecer las reglas de imputación mencionadas no fue sino pretender impedir que los legados a la viuda fueran reducidos por inoficiosos.

103. En el caso de la ya citada STS 24.5.2023, la donación se imputó al tercio de libre disposición porque al Supremo le pareció clara la voluntad del causante en orden a la acumulación de la donación a la legítima, con la consecuente imputación de aquella a la parte disponible. El problema se plantea si dicha voluntad no está clara. Según RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*BMJ*, 2024, 494 y 495), del Código Civil se pueden extraer algunos argumentos a favor de la acumulación de la donación a la legítima y consiguiente imputación del valor de lo donado al tercio de libre disposición. Desde luego, la ley no ordena la imputación a su legítima (quizá el legislador no pensó en ello porque estaban prohibidos los contratos entre cónyuges en 1889), sin perjuicio de que tal imputación sea admisible si la ordena el causante. En otro caso, ha de pensarse que, si la legítima del viudo cumplía históricamente una función asistencial, no se compagina con ella que haya de disminuir en la medida de lo recibido en vida. La donación en vida no ha de relacionarse, para reducirlo, con el bienestar del viudo que persigue su legítima a la muerte del consorte. No parece que la idea de anticipo pueda aplicarse a la legítima del cónyuge viudo para considerar que la donación recibida por él es un adelanto de la misma, y de su cuota hereditaria en su caso, porque haya de recibir el mismo trato que otros herederos forzosos. En todo caso, no parece coherente sostener a la vez la imputación a la legítima de las donaciones hechas al viudo y la inexistencia del deber de colacionar, que es la posición del Tribunal Supremo (en este sentido se ha pronunciado recientemente, en línea con otras anteriores, como la de 25.10.2000, RJ 8549), en STS 24.5.2023 (RJ 3724), atinente a la condonación de una deuda al viudo. Según el Alto Tribunal, el viudo no colaciona porque la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos y aquel conforma por sí solo un grupo de legitimarios, doctrina que no deja de ser controvertida para los civilistas españoles). Para REBOLLEDO (*Tratado de las liberalidades*, 2017, 1376), en principio, no parecen existir razones de peso para excepcionar al viudo de la regla general aplicable a los demás legitimarios de que las donaciones se imputan a la legítima. Sin embargo, al hilo de la aludida jurisprudencia que sostiene que el viudo no colaciona, termina admitiendo que las donaciones hechas al viudo deben imputarse a la parte libre y, además, atribuirle en usufructo bienes suficientes para pagarle su legítima.

E) La administración por tercero de los bienes adquiridos *mortis causa* por el cónyuge supérstite

Admitiendo lo fundado de las dudas que a veces se expresan sobre la naturaleza de medida de protección del viudo y que las adoptadas bien pudieran ser, en cambio, propias de un esposo con poca confianza en las facultades de aquel, entendemos que, en ocasiones, ordenar que un tercero se ocupe de la gestión patrimonial de los bienes transmitidos *mortis causa* al cónyuge supérstite puede responder a tal intención de amparo por parte del disponente¹⁰⁴. Ello puede advertirse, especialmente, si se trata de evitarle responsabilidades de dirección de la empresa familiar, sin dejar de atribuirle derechos económicos, a través de la titularidad de acciones o participaciones sociales.

Como es sabido, la posibilidad de nombrar administrador para los bienes transmitidos a título gratuito, más frecuente hasta ahora en relación con menores de edad para excluir a sus representantes legales o a alguno de ellos (art. 164.2º 1º CC), pero también posible para mayores sujetos a tutela en el contexto del viejo art. 227 CC, cabe en todo caso, cualquiera que sea el beneficiario y su relación con el disponente de los bienes. Ello se enmarca en la amplia posibilidad de articular la transmisión *mortis causa* de bienes y derechos, bien sin restricciones, bien con cargas, gravámenes y limitaciones de todo tipo, si no se vulneran las normas legales imperativas, señaladamente las que protegen las legítimas. La reforma operada en el Código civil por Ley 8/2021, de 2 de junio, lo recoge ahora en relación con persona (entendemos con discapacidad) necesitada de apoyos, que bien podría ser el viudo, en el art. 252 CC, precepto bastante superfluo por la razón apuntada, salvo que se le atribuya sentido para evitar controles legales en la administración, por ejemplo, si el viudo tuviera un guardador de hecho o un curador¹⁰⁵.

Será crucial, para determinar el alcance de las facultades de la persona nombrada administradora en el testamento, la precisión y, en su caso, interpretación de la voluntad del testador, acerca de las conferidas. Como se ha señalado¹⁰⁶, toda interpretación al respecto ha de estar guiada por el elemento finalista, es decir, por la averiguación de «en interés de quién se administra», pues la gestión pergeñada por el causante pudiera ser pensada exclusivamente en interés del administrado, o incorporar la atención de otros intereses, normalmente complementarios, como los del grupo familiar o la propia empresa societaria¹⁰⁷. La expresión «administración» del art. 164.2º aptdo. 1º CC, ha sido interpretada comúnmente en este

104. IRIBARREN, *El almacén del Derecho*, 2015.

105. DE AMUNÁTEGUI, *RDP* 2024, 94 y 95.

106. CABANAS TREJO, *El Notario del Siglo XXI*, 2024.

107. Es discutida la naturaleza jurídica de la administración conferida, lo que determina el régimen jurídico que sea de aplicación, bien en defecto de previsiones testamentarias, bien para enjuiciar la validez de las existentes, si hubiera normas imperativas. Con cierta cercanía, pero también profundas diferencias respecto del albaceazgo y la tutela (ahora curatela, por desaparición de la vieja tutela sobre personas mayores de edad), se ha sugerido también que podría tenerse como un mandato, con la singularidad de que la representación no viene conferida propiamente por el

tipo de cláusulas como sinónimo de gestión patrimonial¹⁰⁸, por lo que no compartimos que, si se establece en testamento la de los bienes que adquiriera el viudo *mortis causa*, sin más detalle, debamos entender que solo podrán realizarse actos de mera gestión conservativa del patrimonio hereditario¹⁰⁹. Con todo, si de la administración de acciones o participaciones de empresas familiares societarias se tratara, será oportuno, hacer referencia expresamente al ejercicio de los derechos sociales, especialmente el de asistencia y voto en la junta general.

Puede verse, en SAP Barcelona 14.9.2009¹¹⁰, un caso en que el marido otorga testamento instituyendo heredera universal a su esposa y nombrando administradora patrimonial de las participaciones sociales transmitidas (90% del capital de una sociedad limitada, siendo aquella ya titular del otro 10%) a una tercera persona. Aunque el testador expresó que su intención no era sino velar por el interés de su esposa, aparte del de su empresa y sus trabajadores, ella, disconforme, impugnó la cláusula testamentaria, instando su nulidad, que fue desestimada por el tribunal en apelación. Obsérvese que, si eso sirviera mejor a la finalidad pretendida por el testador en su núcleo familiar y protección del negocio, también podría nombrar al viudo administrador de acciones o participaciones transmitidas a los hijos mayores de edad u otros sucesores, siempre que no se vieran afectadas las legítimas o con cautela de opción compensatoria (art. 813 CC). En todo caso, hoy parece viable escindir el poder político y el económico del modo descrito, excluyendo a determinadas personas, titulares de acciones o participaciones, de decisiones en la empresa societaria mediante la atribución de los derechos de participación en la junta a un tercero a través de una administración separada¹¹¹.

Admitida la posibilidad de configurar una gestión a cargo de un tercero de los bienes y derechos transmitidos testamentariamente al viudo, ello no cambia de forma relevante si fuera una persona con discapacidad necesitada de apoyos. Sin embargo, apunta DE AMUNATEGUI¹¹² que una interpretación de las disposiciones testamentarias correspondientes coherente con los principios de la Convención de Nueva York exigirá que el administrador lleve a cabo la gestión atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del titular de los bienes y, en el caso de no poder expresarlos, según su trayectoria vital, criterio acaso matizable si se configurara este régimen al servicio de otros intereses (igualmente legítimos, como los vinculados al buen funcionamiento de la empresa familiar) y no exclusivamente los del viudo.

testador, sino por el heredero al aceptar la herencia en los términos que han sido dispuestos por aquel, haciéndolo, además, con carácter irrevocable (CABANAS TREJO, *loc. cit.*).

108. DÍAZ MARTÍNEZ, *AJI*, 2024, 679.

109. En contra, la opinión del autor antes citado (véase nota 104).

110. JUR 462411.

111. La SAP Barcelona 17.11.2010 (JUR 2011\328442), sobre el mismo caso, entiende que no se trata, en realidad, de una disociación de los derechos políticos de la titularidad de las participaciones sino, exclusivamente, de la atribución de la legitimación para su ejercicio al administrador, que no actúa en nombre propio, sino como un mero representante del titular. Más ampliamente, DÍAZ MARTÍNEZ, *RJNot.* 2025, 56 y ss.

112. DE AMUNATEGUI, *loc. cit.*, 92.

3. Imposición de cargas o limitaciones a otros sucesores

La finalidad de protección del cónyuge viudo a través de disposiciones testamentarias puede ser atendida también haciendo uso de variadas instituciones sucesorias en la institución, como herederos o legatarios, de terceros, a los que se pueden imponer ciertas cargas (entendidas aquí en sentido amplio, no necesariamente como llamamientos *sub modo*), siempre dentro de los límites definidos por las normas imperativas, privándoles de facultades propias de la titularidad dominical de los bienes transmitidos o imponiéndoles deberes positivos. Entre ellas están las que pretenden evitar que se enajenen ciertos bienes del caudal, o que este se divida en cierto tiempo, así como las que imponen la procura de atenciones y cuidados personales al cónyuge supérstite. A señalar algunos de los problemas interpretativos que suscitan nos dedicaremos a continuación, muy brevemente.

A) Prohibiciones de disponer que gravan a otros sucesores

En las prohibiciones de disponer voluntarias, que implican una restricción del *ius disponendi*, facultad en principio ínsita al dominio, ha de latir necesariamente una finalidad legítima suficiente para impedir una restricción al tráfico jurídico que no esté justificada¹¹³. Tal interés que debe informarlas (también denominado por doctrina y jurisprudencia «justa causa») puede ser social, familiar, comunitario o incluso particular, en ciertos casos. Las impuestas en testamento a herederos o legatarios para proteger el interés del cónyuge viudo o pareja supérstite participan de esta naturaleza y han de tenerse por válidas, siempre que, además, respeten los límites temporales aplicables (arts. 781 y 785.2º CC)¹¹⁴. Las restricciones a las facultades dispositivas de los sucesores no responden aquí, como en otros casos, a cierta desconfianza del testador sobre su aptitud en la gestión del patrimonio transmitido, sino al amparo de la posición del viudo, al que, sin embargo, no se le atribuye así un verdadero derecho subjetivo.

Admitida la validez de tales prohibiciones de disponer, que depende del cumplimiento riguroso, caso por caso, de los dos presupuestos apuntados y, en caso de que se impongan a legitimarios, del respeto a la intangibilidad cualitativa de su derecho¹¹⁵, su interpretación, en el marco de la testamentaria, debe estar presidida siempre por la atención y el servicio a la finalidad perseguida por quien

113. STS 13.12.1991 (RJ 1991, 9713).

114. GÓMEZ GÁLIGO (*Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, 1992, 61) y PALOMARES BRAVO (*AJI* 2022, 1657).

115. En el testamento sobre el que se pronuncia la RDGRN 27.1.2020 (RJ 1905), el causante, casado en segundas nupcias, legó a su esposa el usufructo del tercio de libre disposición e instituyó heredera a su hija, nacida de su primer matrimonio, con la «prohibición de realizar actos de disposición, transmisión, enajenación o gravamen sobre los bienes que integrasen la herencia, hasta tanto en cuanto no alcanzasen la edad de veinticinco años», disponiendo que, para el supuesto de infringirse, el legado conferido a la viuda se transformaría automáticamente en el pleno dominio del tercio de libre disposición. Para el Centro Directivo, el establecimiento de cautela *socini* salva

las establece¹¹⁶. La búsqueda de la voluntad del testador *ex art. 675 CC*, aunque con el imprescindible apoyo en la letra de la disposición testamentaria (prevaleciendo en los notariales el sentido técnico de las palabras utilizadas), la coordinación con el conjunto del clausulado del negocio *mortis causa* y la atención a elementos extratestamentarios que puedan ayudar a esclarecer lo querido en el momento de testar, estará necesariamente ligada al mejor servicio posible a la finalidad pretendida por aquel, la protección del cónyuge supérstite, probablemente titular de derechos de uso y disfrute sobre los bienes a los que afecta la restricción impuesta al sucesor propietario de los mismos.

Ello será determinante para determinar su extensión y alcance, en particular en lo atinente a los negocios permitidos, o no, al gravado. Tal criterio debe imponerse, a mi juicio, como también defendimos en relación con el usufructo de disposición, sobre la invocación a la interpretación restrictiva de la limitación de la propiedad privada del sucesor, como cualquier otra impuesta sobre derechos subjetivos, que, con frecuencia se resalta en resoluciones judiciales y registrales¹¹⁷.

B) El mantenimiento (temporal) de la indivisión

Aunque la hereditaria es una comunidad tendencialmente orientada a la extinción a través de la partición, algunas sentencias han legitimado la prohibición testamentaria de dividir ciertos bienes, o la herencia en su conjunto, mientras viva el cónyuge del testador, bien para coadyuvar a su protección, bien para otras finalidades legítimas relacionadas con la extinción de su derecho usufructuario (SSTS 12.12.1958 y 21.12.2000¹¹⁸). El acotamiento temporal de la prohibición, tomando como referencia la vida del cónyuge viudo, permite tener por válida la prohibición de dividir, en el marco del art. 1051 CC.

Aunque ello no deja de ser controvertido, compartimos con ESPEJO LERDO DE TEJADA¹¹⁹ la opinión de que la prohibición de realizar la partición, aun dentro de los límites del citado precepto del Código civil, no puede llegar a afectar la legi-

el obstáculo del gravamen de la legítima con la restricción de las facultades dispositivas de la descendiente (art. 813.2º CC).

116. DÍAZ MARTÍNEZ, *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación*, 2025, 75-119.

117. Así, la prohibición de «vender» puede llevar implícita la de «donar» si la realización del acto dispositivo gratuito pudiera provocar perjuicio a la finalidad de amparo del viudo pretendida por el testador al establecerla. Por el contrario, la prohibición genérica de «disponer» de un bien pudiera permitir permutas que sirvieran adecuadamente a aquella intención, salvo que la finalidad sea que el supérstite pueda usar un bien determinado (y no otro).

118. RJ 1958, 3828 y RJ 2000, 9336, respectivamente. La primera declaró válida la cláusula testamentaria que imponía la indivisión de la herencia «mientras viva mi mujer», mientras que la segunda hace lo propio con la que ordenaba que se mantuviera indivisa una finca del caudal hereditario hasta el fallecimiento de la esposa del testador. En este caso, el propósito que guio esa disposición no fue propiamente la tutela de la viuda, sino permitir la realización de unas obras de regadío en la finca, que no podrían llevarse a cabo hasta que no se consolidara la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la misma, y que permitiría dar un trato igualatorio a los herederos en la distribución de los bienes del caudal.

119. *RJ/Not*, 2005, 116.

tima, pues supondría un gravamen sobre la misma. Ciertamente, si los herederos reciben más de lo que les corresponde en el *quantum* podría establecerse cautela *socini* y ordenar que queden solo con la legítima estricta si ejercitan acción de división, en contra de la voluntad del testador. Podría pensarse, a causa de las dudas que genera el recurso a esta prohibición temporal de división hereditaria, no suficientemente aclaradas por la jurisprudencia, que resulta aconsejable, si el propósito es diferir en el tiempo la distribución y partición de la herencia en atención a las circunstancias familiares y patrimoniales concurrentes, el recurso a la fiducia sucesoria, que exige, sin embargo, una gran confianza en el viudo y no deja de provocar relevantes inconvenientes, que, quizá, justifiquen, al menos parcialmente¹²⁰, el escaso uso práctico que de la institución se viene haciendo en el Derecho común español¹²¹. Con todo, la STS 24.5.2019¹²² afirma que tampoco en este caso puede diferirse *sine die* el pago de las legítimas¹²³, solución aplaudida por autores que consideran que la reforma de la norma, operada en 2003, no dio amparo a excepción alguna en cuanto al momento de exigibilidad y percepción de aquellas. Este entendimiento de la norma, a mi modo de ver bien fundado en la referencia normativa «la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas» del párrafo 4 del art. 831, reduce, considerablemente, sin embargo, su virtualidad práctica en muchos casos¹²⁴. La atribución testamentaria de facultades al fiduciario también puede provocar variadas e interesantes cuestiones exegéticas¹²⁵, pues no resulta sencillo

120. Se trata de una figura sin arraigo en el Derecho común, importada de algunos Derechos forales, que la contemplan con otras denominaciones y régimen jurídico.

121. Señala PÉREZ VELÁZQUEZ (ADC 2019, 1155) el riesgo de que el fiduciario sea una persona fácilmente influenciable, al que se le pudieran generar conflictos, no solo internos sino también familiares, como las presiones a las que puede verse sometido por los potenciales beneficiarios de sus decisiones. Además, dado que la gestión del patrimonio se le está delegando, en el caso de que en él se integre una entidad mercantil de cierto volumen, serían necesarios conocimientos empresariales de los que puede carecer.

122. RJ 2113.

123. Matiza DOMÍNGUEZ LUELMO (*Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, 2023, 413) que una adecuada combinación de la fiducia sucesoria del art. 831 CC con el régimen del art. 1056.2º CC permite aplazar el pago de las legítimas cinco años desde la apertura de la sucesión («La transmisión unitaria de la empresa familiar y la partición hereditaria», 413). Más flexible todavía, MARTÍNEZ SANCHIZ (*loc. cit.*, 998) considera que el Código obliga a respetar las legítimas de los descendientes comunes, pero altera su régimen de una manera que no es admisible en relación a los no comunes, legitimando la posposición de la adjudicación o entrega de la misma.

124. Para ESPEJO (*Tendencias reformistas en el Derecho de sucesiones*, 2020, 109), que es de esa opinión, no es necesario modificar de nuevo la norma, sino que la práctica asimile las posibilidades que brinda al testador.

125. Puede ser preciso interpretar la voluntad del causante tomando en consideración variables como si ha dispuesto ya personalmente de parte de la herencia, si ha delimitado el círculo de posibles beneficiarios, los títulos sucesorios, los criterios de distribución, si ha de hacerlo necesariamente *inter vivos*, los bienes comprendidos en la delegación, etc.

redactar las cláusulas testamentarias que las confieran, en parte por las propias dudas interpretativas que genera el art. 831 CC¹²⁶.

C) Disposiciones testamentarias a favor de terceros con obligación de cuidar al cónyuge viudo

Aunque últimamente los usos sociales y los avances sociosanitarios hayan cambiado de manera significativa la materia, no es infrecuente hallar, en sucesiones abiertas hoy, cláusulas de testamentos, sobre todo otorgados en determinadas zonas de la geografía española¹²⁷, que prevén que el instituido heredero o legatario ha de cuidar al viudo del causante «hasta el final de sus días».

Sin duda, el primer problema interpretativo está ligado a la correcta calificación de lo previsto como condición, suspensiva o resolutoria, o carga modal, lo que determinará las consecuencias del incumplimiento de la obligación de cuidar, piedra angular de este tipo de llamamientos. De la jurisprudencia resulta en los últimos una posición poco dogmática, atendiendo a si se ha condicionado, o no, la eficacia del llamamiento a la realidad de los cuidados, sobre la base de la correcta interpretación de la voluntad del testador con todos los criterios exegéticos disponibles, incluida la prueba extrínseca. Como resume PARRA LUCÁN¹²⁸, «Queda claro el respaldo a la voluntad del otorgante, en particular en atención a si se ha querido supeditar la institución al cuidado, o si el cuidado efectivo no es por el contrario determinante de la institución». De ello se desprende la importancia de recoger bien la voluntad del causante en testamentos notariales, modulando la cláusula según se prefiera dejar sin efecto la institución y que sean llamados como sucesores los que la ley determine (que bien pudiera dar entrada de nuevo a los deseos del testador, plasmados en la correspondiente disposición en el acto *mortis causa*) o mantener la primera, incluso en caso de no prestarse los cuidados al viudo. En definitiva, más que plantear el problema de interpretar la voluntad plasmada en el testamento sobre cómo deben prestarse los cuidados, muchas veces prístina, este tipo de cláusulas reconduce el tema a la averiguación de una voluntad conjetural o hipotética del causante¹²⁹ sobre el mantenimiento del llamamiento cuando la atención no se prestó de la forma prevista, o, incluso, en algunos casos, no existió en absoluto.

En este sentido, últimamente se aprecia en la jurisprudencia una tendencia, que, en mi opinión debería reconsiderarse, que hace girar decisivamente la interpretación de la voluntad del testador, sin perjuicio del recurso a otros elementos¹³⁰,

126. Véase, en esta misma obra colectiva, el tratamiento de tales cuestiones sobre la fiducia sucesoria en un capítulo específico sobre la institución del que es autora la profesora DÍAZ ALABART.

127. Particularmente han de mencionarse Asturias, Galicia (en cuyo Derecho propio existen normas específicas sobre la materia en los arts. 203.2º y 204 LDCG) y el País Vasco, pero también Andalucía.

128. *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, 2023, 502.

129. MIQUEL, *RJUAM*, 2002, 155.

130. La ausencia de requerimiento para que se presten los cuidados es también valorada en este sentido apuntado.

en torno al hecho de la no revocación del testamento otorgado¹³¹, que funciona como «acto posterior» al otorgamiento (negativo) que integra prueba extrínseca (art. 1282 CC). Así, se aprecia que, si no ha expresado otra cosa con claridad el testador, el beneficiario de la institución adquiere, aunque no haya prestado los cuidados al causante, si este no revocó el testamento¹³². Acaso ello se aplicaría también si la disposición se refiriera al cuidado de este y su esposo o esposa, o solo al cónyuge del testador, si la necesidad de atenciones ya hubiera surgido antes del fallecimiento de este último sin que se prestaran de manera efectiva los cuidados. El Supremo legitima así que el intérprete entienda que, si el testador no actuó jurídicamente modificando su testamento, es porque quiere mantener el destino de su patrimonio tal como lo ordenó en su día, rechazando, en cambio, que se concluya que no querría mantener la eficacia de lo dispuesto ante el incumplimiento de la obligación de cuidado impuesta¹³³. Evidentemente, si el otorgante muere sin que el viudo haya necesitado los cuidados del instituido, será imprescindible recurrir a elementos interpretativos diferentes a la no revocación testamentaria.

Más desaconsejables, a mi modo de ver, son las disposiciones testamentarias (institución de heredero, legado, mejora) «a favor de quien cuida al cónyuge viudo», pues es, sin duda, casi siempre compleja la concreción final de cuál sea el beneficiario de la atribución patrimonial. Como variante, este tipo de disposición admite la delimitación de un cierto grupo de personas previamente seleccionado por el disponente al que el beneficiario ha de pertenecer (hijos, nietos, sobrinos, parientes...). En principio, la decisión acerca de quién ha cuidado al viudo parece función del albacea, si se hubiera designado, o, en su caso, del contador-partidor¹³⁴, pudiendo ser impugnado su criterio ante los tribunales por quien pretende haber prestado los cuidados, sin que se le reconozca, o por quienes consideran que la disposición testamentaria ha de quedar ineficaz por falta de cumplimiento¹³⁵. En ambos casos, no se vulnera la prohibición de designar como herederos o legatarios a personas inciertas (art. 750 CC), pues será posible,

131. Véanse SSTs 9.5.1990 (RJ 3696) y 3.3.2021 (RJ 969), relativas al cuidado del propio testador.

132. Nuestras consideraciones críticas sobre este planteamiento interpretativo del Supremo han sido expuestas ya con detalle en DÍAZ MARTÍNEZ, *RD*, 2023, 81 y ss.

133. Cuando se impone la obligación de cuidar al viudo del testador, si se califica de carga modal, lo dejado puede pedirse desde luego y es transmisible a los herederos del instituido *sub modo* (art. 797.2º CC). Si es condición resolutoria, también se adquiere. Es muy discutido, en cambio, en la doctrina cuáles son los efectos del incumplimiento de la carga modal puesta a un legado. Para algunos autores, ello generaría simples consecuencias indemnizatorias; para otros, posición que personalmente asumimos, acarrearía la ineficacia de la atribución patrimonial hecha al incumplidor (de resolubilidad suele hablarse, en este caso) y, por tanto, entraría en juego la sustitución (si se prevé, arts. 774 y 789 CC), el acrecimiento (arts. 982 y 987 CC), si se dan los presupuestos, o, en otro caso, la refundición de lo legado en la masa de la herencia (art. 888 CC).

134. Sin embargo, la RDGRN 29.1.2013 (RJ 1804) considera que existió extralimitación del contador partidor no expresamente facultado para apreciar el cumplimiento de la establecida como condición.

135. Resaltemos la importante función del acta de notoriedad (art. 209 RN) para acreditar quién fue la persona que prestó de manera efectiva los cuidados.

con mayores o menores dificultades probatorias si el tema llega a sustanciarse judicialmente, la determinación de quien haya proporcionado los cuidados.

Puede entenderse al interpretar la cláusula testamentaria que impone los cuidados¹³⁶, de conformidad con los usos sociales, que las atenciones al viudo se han prestado aunque no se conviva con él y ni siquiera se mantenga en su propio domicilio, siempre que las circunstancias personales de este así lo aconsejen (por su estado de salud o necesidad de cuidado especializado en centro residencial) o las del obligado a hacerlo lo impidan (trabajo y residencia en otro lugar). Será imprescindible, en todo caso, el seguimiento constante por su parte, las visitas periódicas de acuerdo con sus posibilidades y la preocupación por su estado y necesidades, que habrán de quedar suficientemente cubiertas¹³⁷.

4. Disposiciones sobre la partición hereditaria y otras

Con el valor de normas particionales, el testador que haya optado por no realizar directamente la división del caudal hereditario, sino por nombrar una persona que la lleve a efecto, puede dictar disposiciones, que serán vinculantes para el contador-partidor siempre que sea posible aplicarlas al tiempo de dividir el caudal¹³⁸ y no vulneren normas imperativas, orientadas por el propósito de amparar la posición jurídica del esposo viudo, en atención a la consecución de objetivos concretos¹³⁹. Lo mismo puede hacerse aunque no se designe a quien deba partir la herencia¹⁴⁰. Se tratará, fundamentalmente, de reglas para el inventario, valoración, liquidación de deudas y división de sus bienes establecidas por el testador, que no evitan el nacimiento de la comunidad hereditaria, pero permi-

136. Pueden verse, más ampliamente, DÍAZ MARTÍNEZ, *El patrimonio sucesorio*, 2014, 285-322 y NIETO ALONSO, *Indret*, 2023, en particular 235 y ss.

137. SSAP A Coruña 11.10.2011 (JUR 391769) y 3.5.2012 (JUR 183092), y, en particular, la interpretación de ésta última de la cláusula «viviendo con ellos, en y para la casa, conforme a la costumbre», como imposición de una obligación de cuidado y asistencia con cariño y respeto, sin que fuera necesaria la convivencia permanente bajo el mismo techo. Incluso en estos casos, en que la disposición testamentaria parece clara al exigir que el beneficiario viva con las personas a las que ha de cuidar, los tribunales han llegado a interpretar que «no puede atribuirse a la referencia a la convivencia más valor que el propio de una cláusula de estilo», por lo que, prestada correctamente la asistencia, aun viviendo en otro domicilio, se entiende cumplida la condición (SAP A Coruña 3.5.2012, JUR 183092). Sin embargo, se atienen a la literalidad de la cláusula, que exige convivencia, las SSAP Asturias 3.2.1995 y 30.1.2002 (AC 393 y JUR 75040, respectivamente).

138. Puede no serlo por inexistencia, al tiempo de la muerte del causante, de ciertos bienes tomados en consideración (incluso adjudicados a algún sucesor) al hacer el testamento. Con todo, el testamento podría contener disposiciones del testador sobre la necesidad de que se soporte la pérdida sobrevenida del bien, obviamente sin perjuicio de las legítimas.

139. Si se realizara judicialmente la partición de la herencia, tales normas particionales están contempladas en el art. 786 LEC.

140. Puede ser discutible el alcance de las normas particionales si los herederos, de común acuerdo, realizan por sí la partición (art. 1058 CC), por lo menos en la calificación de la eventual inaplicación de las mismas, siempre posible, como acto simplemente particional o ya propiamente dispositivo.

ten a este orientar el resultado de la partición del caudal. Pensemos en la imposición del pago del pasivo que pudiera existir al tiempo de la apertura de la sucesión a un legatario, siendo heredero el viudo (art. 858 CC), disposición con efectos internos, aunque no frente a los acreedores¹⁴¹.

También en este contexto tienen cabida en el testamento disposiciones sobre los derechos legitimarios viduales, materia no estrictamente particional. Así, el testador podría ordenar la conmutación de la legítima del viudo o, al menos, facultar al contador partidor para hacerlo¹⁴². Si el viudo es simplemente titular de su cuota legal en usufructo y no se ha constituido uno universal, el testador podría disponer, si la composición del patrimonio y de la familia lo permitiera, que se concrete su derecho como legitimario sobre la vivienda habitual (también podría ordenar directamente que en pago de su legítima se le atribuya el usufructo de la vivienda habitual)¹⁴³ o sobre otros bienes concretos. Aunque ello es controvertido, entendemos que es posible prohibir la conmutación que pretendan llevar a cabo los herederos, aun estando todos de acuerdo, por creer que ello sirve mejor a la protección del viudo. La facultad que les reconoce el art. 839 CC no forma parte, a mi juicio, de su estatuto inderogable como legitimarios¹⁴⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Comentario a la STS 9 marzo 2000. Usufructo con facultad de disposición», *CCJC* n° 53, 2000, pp. 791 y ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo, «Administrador testamentario y ejercicio de los derechos de socio (¿la sociedad como convidada de piedra?)», *El Notario del Siglo XXI* n° 118, noviembre-diciembre 2024.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Diversas formas de canalización de la Cautela Socini*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CARBALLO FIDALGO, Marta, «La legítima del cónyuge viudo. aspectos prácticos de la satisfacción y conmutación de su derecho», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/ FERRER VANRELL, M^a Pilar/TORRES LANA, José Ángel (Dirs.) *El patrimonio*

141. REBOLLEDO, *AJI*, 2024, 770.

142. Según recoge la RDGRN 4.4.2017, ya citada, el contador-partidor no puede decidir por sí solo la conmutación; solo lo puede hacer si el testador la impone o le faculta expresamente. Si lo ha hecho indicando el medio solutorio, el contador deberá proceder a la conmutación con ese medio; pero también podría limitarse a autorizarla o a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria.

143. Si el causante no lo ha previsto en el testamento, el viudo no lo puede exigir (cuestión diferente, por supuesto, es el derecho de atribución preferente de los arts. 1406.4º y 1407, si la vivienda hubiera sido ganancial).

144. FERNÁNDEZ CAMPOS (*op. cit.*, 64) entiende que el testador solo puede prohibir la conmutación si ha cargado el usufructo vidual sobre el tercio de libre disposición. En otro caso debe pasar por el régimen legal, con la posibilidad de conmutación a instancia de los herederos. A mi modo de ver, cuando el viudo concurre con hijos que lo sean solo del causante, supuesto que contempla el art. 840 CC, el testador no puede prohibir la conmutación.

- sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 1167-1200.
- «Imputación de legados e interpretación de la voluntad del causante en el sistema de Código civil», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles/CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (Dirs.): *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 349- 365.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación. Comentario a la STS de 4 de mayo de 1987», *Poder judicial* n° 7, 1987, pp. 127-134.
- CORRIPIO GIL DELGADO, M^a Reyes, «La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario», *ADC*, tomo LXXVII, fasc. III, 2024, pp. 1119-1180.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Disposiciones a título gratuito a favor de personas que precisan apoyo. Especial análisis del artículo 252 del Código civil». *RDP* n° 3, 2024, pp. 81-137.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho sucesorio*, 2^a ed., La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.
- DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «[Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros](#)», LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANDRELL, M^a Pilar y TORRES LANA, José Ángel (Dirs.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1, 2014, pp. 285-322.
- «La voluntad del testador deducida de testamentos revocados o de la falta de revocación del último», *RDP* mayo- junio 2023, pp. 45-90.
- «Disposiciones testamentarias para el establecimiento de un régimen especial de gestión de los bienes transmitidos a menores. Y algunas previsiones más allá de la mayoría de edad de los sucesores», *AJI* n° 20, 2024, pp. 698-729.
- «Prohibiciones de disponer testamentarias. Algunos apuntes sobre su régimen jurídico en atención a la finalidad pretendida por el causante», en CARBALLO FIDALGO, Marta/MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta (Dirs.), *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 75-119.
- «Los legados de acciones o participaciones sociales. Especial atención a su ordenación en la sucesión de la empresa familiar societaria» *R/Not.* n° 120, enero-junio 2025, pp. 11-84.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «La aplicación al testamento de las normas sobre interpretación de los contratos», en CARBALLO FIDALGO, Marta/MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta (Dirs.), *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 121-162.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La transmisión unitaria de la empresa familiar y la partición hereditaria», en ARRÉBOLA BLANCO, Adrián (dir.): *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, Madrid, Reus, 2023, pp. 369- 418.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, «[La cautela socini](#): revisión crítica de su concepción actual», *RCDI* n° 781 2020, pp. 2583-2619.

- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos», *InDret* 3/2007.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *RJNot* n° 53, 2005, pp. 113-160.
- Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- «La libertad de testar y la función de las legítimas», *AAMN* 2025, pp. 211-238.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *El pago de la legítima al cónyuge viudo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana, *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- GAGO SIMARRO, Clara, *Legado de cosa específica y protección de legítimas*. Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, «Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España n° 539/2018, de 28 de septiembre», *Rev. Boliv. de Derecho* n° 28, julio 2019, pp. 498-513.
- «Tutela cuantitativa de la legítima en el Código civil: cuestiones dudosas y jurisprudencia relevante», *CDP* n° 7, 2023, pp. 45-79.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor, «El usufructo de la herencia y el cónyuge viudo», *El notario del siglo XXI*, n° 119, enero-febrero 2025.
- GARRIDO MELERO, Martín, *El testamento y su interpretación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1992.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia, «Imputación de legado a favor del cónyuge viudo: una (falsa) analogía sobre analogía», *RDP* n° 101, noviembre-diciembre 2017, pp. 23-42.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel, «El marido desconfiado: Asignación *mortis causa* del ejercicio del voto en la junta a persona distinta del socio en una sociedad limitada», *El almacén del Derecho*, 26 junio 2015, consultado 31/01/2025 (<https://almacenederecho.org/caso-practico-el-marido-desconfiado-asignacion-mortis-causa-del-ejercicio-del-voto-en-la-junta-a-persona-distinta-del-socio-en-una-sociedad-limitada>).
- JORDANO BAREA, Juan Bautista, *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.
- LÓPEZ FRÍAS, M^a Jesús, *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias: una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Comares, Granada, 2004.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M^a Mar, «La entrega de la posesión de los bienes inmuebles propios del testador: problemas prácticos y propuestas *de lege ferenda*», *RJNot* n° 119, julio-diciembre 2024, pp. 305-342.

- MARIÑO PARDO, Francisco, «La condición del cónyuge viudo en la partición hereditaria», en SANCINENA ASURMENDI, Camino y GAGO SIMARRO, Clara (Dirs.), *La sucesión hereditaria tras la partición. La responsabilidad de los coherederos*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 379-417.
- «La conmutación del usufructo del viudo: el artículo 839 del Código civil», blog *iurisprudente*, 17.11.2017.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., «Derechos de atribución preferente de acciones y participaciones sociales», *RCDI* n° 752, 2015, pp. 3169-3220.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «El artículo 831 y el favor *viduitatis*» en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/ FERRER VANDRELL, M^a Pilar y TORRES LANA, José Ángel (Dirs.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 969-1002.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, «Notas sobre la voluntad del testador», *RJUAM*, n° 6, 2002, pp. 153-190.
- MONTES RODRÍGUEZ, M^a Pilar, «El modo de mejorar al máximo la posición del cónyuge viudo en el testamento», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANDRELL, Pilar y TORRES LANA, José Ángel (Dirs.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 1003-1027.
- NIETO ALONSO, Antonia, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2014.
- «[Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad](#)», *Indret* n° 3, 2023, pp. 217-272.
- PALOMARES BRAVO, Jesús, «Efectos reales y obligacionales de las prohibiciones de disponer voluntarias en el ordenamiento jurídico español» *AJI* n° 16 bis junio 2022, pp. 2836-2867.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «Nueva doctrina jurisprudencial de la sala 1^a del Tribunal Supremo sobre materia sucesoria», en ARRÉBOLA BLANCO, Adrián (Dir.), *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2023, pp. 471-512.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo, «Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción», *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. III, pp. 1133-1202.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «[La voluntad del causante en la computación, imputación y colación de las donaciones](#): una aproximación práctica desde la perspectiva de un contador-partidor», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (Dirs.), *Tratado de las liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1355-1393.

- Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Cuadernos de Aranzadi civil-mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, 2017,
- «Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (Una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia», *AJI* n° 20, febrero 2024, pp. 766-789.
- REPRESA POLO, Patricia, «El usufructo con facultad de disposición», *RDP* n° 4, 2008, pp. 31-64.
- REQUEIXO SOUTO, Xaime Manuel, «Legado a favor del cónyuge: imputación o acumulación a su legítima», *Act. Civ.* vol. 1, n° 3, 2007, pp. 245-262 (versión digital *LA LEY* 21/2007).
- REVERTE NAVARRO, Antonio, «Artículo 467», en RAMS ALBESA, Joaquín/MORENO FLÓREZ, Rosa Mª (Coords.), *Comentarios al Código civil*, tomo III, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 629-650.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª Eugenia, «El cónyuge viudo como heredero forzoso especial y la colación hereditaria», *BMJ* año LXXVIII, agosto 2024, n° 2278 bis, pp. 474-514.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, «Comentario al art. 660», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentario del Código civil*, tomo IV, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 5077- 5096.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, «Comentario a la STS 26 marzo 1983. Interpretación del testamento. Medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria», *CCJC*, n° 1, 1983, pp. 289-295.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *Usufructo con facultad de disposición el Derecho español*, Barcelona, 2005 (tesis doctoral, repositorio Universidad de Barcelona <http://hdl.handle.net/10803/34342>).
- VAQUER ALOY, Antoni, *La interpretación del testamento*, Reus, Madrid, 2008.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José, «Claves para la imputación de legados y donaciones en el haber hereditario», *RDC*, vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre 2018), pp. 333-360.

DESIGUALES EFECTOS EN EL TRATAMIENTO DE LA SUCESIÓN DE PAREJAS NO CASADAS¹

Cristina De Amunátegui Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil

de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. DESCRIPCIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN. II. TRATAMIENTO DE LA ATRIBUCIÓN DE DERECHOS SUCESORIOS A LOS CONVIVIENTES POR LAS LEYES SOBRE PAREJAS DICTADAS EN ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. III. DERECHO CATALÁN. 1. *Cuestiones generales*. 2. *Existencia o inexistencia de relación de convivencia y demostración de la misma*. *Uniones juridificables frente a las que no lo son*. 3. *Efectos de la ruptura por muerte de uno de los integrantes de la pareja*. A) Disolución de la pareja por fallecimiento en el ámbito de los derechos viuales familiares y del régimen económico matrimonial aplicables a las parejas. a) Compensación por ruptura. b) Ajuar sobre la vivienda habitual. c) Año de viudedad. B) Efectos sucesorios por el fallecimiento de uno de los convivientes. a) Reconocimiento de la pareja como heredero intestado en igualdad que el cónyuge. b) Cuarta viudal. C) Ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por ruptura previa al momento del fallecimiento del testador. D) Otros efectos. IV. DERECHO VASCO. 1. *Cuestiones generales*. 2. *Concepto de pareja*. 3. *Efectos de la ruptura post mortem derivados de la convivencia*. A) Derecho al ajuar doméstico y al uso de la vivienda. B) Régimen sucesorio para la pareja derivados de la Ley de Parejas en conjunción con la Ley de Derecho civil del País Vasco. C) Efectos sucesorios regulados por la Ley de Derecho Civil del País Vasco. a) Usufructo universal. b) Sucesión forzosa. c) Sucesión legal e intestada. V. DERECHO GALLEGO. 1. *Cuestiones generales y concepto de pareja*. 2. *Efectos derivados de la ruptura por muerte en el ámbito familiar y económico matrimonial*. 3. *Efectos reconocidos en el ámbito sucesorio*. A) Testamento mancomunado, por comisario y pactos sucesorios. B) Usufructo del cónyuge viudo. C) Legítima. D) Sucesión intestada. E) Ineficacia sobrevenida por ruptura. VI. DERECHO BALEAR. 1. *Cuestiones generales y concepto de pareja*. 2. *Efectos de índole familiar ocasionados por la muerte*. 3. *Derechos sucesorios*. A) Derechos legitimarios. B) Sucesión intestada. C) Otros derechos sucesorios. VII. DERECHO ARAGONÉS. 1. *Cuestiones generales y concepto de pareja*. 2. *Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes*. 3. *Ineficacia de las disposiciones testamentarias por ruptura*. VIII. DERECHO NAVARRO. 1. *Cuestiones generales y concepto de pareja*. 2. *Derechos sucesorios*. IX. DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PAREJAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. 1. *Cuestiones generales*. 2. *Inexistencia de efectos familiares por ruptura de la convivencia*. 3. *Efectos sucesorios*. A) Ausencia de legítima. B) Inexistencia de

1. Este trabajo se enmarca en las actividades de la Academia Internacional de Sucesiones y en los resultados del Proyecto PID2022-139281-NB-100 y Grupos de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid «Nuevas perspectivas de Derecho Civil» y de la Universidad de Valencia, «Persona y familia».

derechos intestados. C) Ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por ruptura previa de la pareja. 4. *Atribuciones voluntarias de derechos sucesorios al supérstite*. A) Recurso a expedientes jurídicos que faciliten la disolución. B) Contratación de seguros de vida. C) Pactos de ruptura que incluyan previsiones para el supuesto del fallecimiento. D) Otorgamiento de testamento. E) Recurso al contenido del art. 831. 5. *Posibles cauces de solución analizados los Tribunales*. A) Rechazo generalizado a la analogía. B) Recurso a los principios generales del Derecho. Especial referencia a la doctrina del enriquecimiento injustificado. X. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

I. DESCRIPCIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

A cualquier observador que se haya acercado a esta temática no se le escapa la patente desigualdad de los derechos que le asisten al conviviente supérstite cuando fallece el otro miembro de la pareja según sea de aplicación el Derecho estatal o un Derecho autonómico competente para regular la materia. Por ello, antes de abordar qué derechos corresponden a las parejas en el momento de la muerte de uno de ellos creo necesario llevar a cabo algunas puntualizaciones necesarias para un adecuado entendimiento de la complejidad que rodea a esta problemática.

Desde que comenzara a reglamentarse la situación de las parejas no casadas por parte de diferentes legisladores autonómicos no puede afirmarse de ningún modo que se haya mejorado de manera generalizada en el sentido de clarificar su situación y derechos. Existen normas reguladoras en diferentes Comunidades Autónomas que han ido dotando de un estatus a quienes cumplen los requisitos de aplicación de cada una de las varias leyes y dentro de ese contenido se reconocen algunos efectos sucesorios. Esas Comunidades, con competencia reconocida constitucionalmente para legislar sobre la materia en el art. 149, 1, 8 de la Constitución son Cataluña, Baleares, Navarra, Aragón, País Vasco y Galicia.

No es posible afirmar que exista un modelo uniforme, ni que parezca haberse encontrado una solución definitiva, pues muchas de ellas se han ido reformando en un corto espacio de tiempo, e incluso la ley navarra fue declarada inconstitucional en gran parte de su contenido, incluyendo los aspectos sucesorios, por la compleja STS 93/2013². Tampoco puede aseverarse que el panorama goce de cierta estabilidad, pues existen en este momento cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre, precisamente, reglas sucesorias de la regulación contenida en el Código Civil de Cataluña.

En el resto de las Comunidades se han aprobado leyes que, en teoría, no pueden extenderse a cuestiones civiles y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencias como la STC 81/2013 y la STC 110/2016, anulando el contenido civil de las leyes de Madrid y Valencia respectivamente, aunque en algún caso aislado y puntual se hayan reconocido en otras regiones algunos derechos excediéndose de su competencia como se verá en el ámbito sucesorio.

2. Sobre la sentencia ver los comentarios de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La situación actual de las parejas no casadas», *Indret*, num.3, 2015, pp. 1-46, www.indret.com, a cuyo trabajo me remito en las sucesivas menciones del pronunciamiento.

Por el contrario, el legislador estatal no ha tenido voluntad de solucionar esta cuestión, ni parece tenerla³, negando efectos sucesorios a las parejas no casadas a quienes se aplica el Código civil que solo reconoce los derechos del cónyuge viudo. El hecho de que en las reformas obradas en el Código por las leyes 13 y 15 del 2005, permitiesen el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como que facilitasen extraordinariamente el divorcio, ha servido al legislador (y en cierta medida también a los tribunales) para restar valor a las reclamaciones de derechos por parte de las parejas no casadas, pues es cierto que es muy fácil romper un matrimonio y que ya ha decaído el argumento de pretender derechos para quienes no pudieran casarse.

No ayuda mucho el tratamiento dispensado por los tribunales cuando se les han planteado demandas reclamando derechos de los casados para las parejas, lo que ha dado lugar a una jurisprudencia disímil y compleja, debido a la necesidad de acudir a las reglas de integración del sistema, rechazando en principio la analogía y admitiendo acudir a los principios generales del derecho, consagrando en dos sentencias de pleno el recurso al enriquecimiento sin causa como cauce de solución como se verá más adelante.

3. Prueba de ello es que en la Ley sobre familias que se está tramitando en el Congreso, resulta escasa la atención que se dedica a la materia, fuera de proporcionar un modelo formal de pareja, señalar que es necesario regular la custodia compartida, que tiene que crearse un Registro estatal de pareja y que se debe garantizar que reciban información sobre el régimen jurídico y pactos que puedan realizar.

Sin duda son cuestiones importantes, a las que dedicaré una breve atención pues se trata de una iniciativa pendiente de tramitación, aunque poco resuelven en el ámbito del Derecho estatal.

La referencia al modelo formal de constitución de la pareja obedece, sin duda, a la doctrina del Tribunal Constitucional al declarar inconstitucional la Ley Navarra entendiendo que solo es posible aplicar los efectos de una ley de parejas cuando exista una voluntad expresa por parte de los miembros de la unión de querer sus efectos lo que se consigue, en sentir del Tribunal, estableciendo un modelo formal, rechazando aquellos derivados de plazos de convivencia, así como, además, con un acuerdo o pacto de querer tales efectos. No obstante, el proyecto reconoce que también serán parejas quienes tengan descendencia común

La regulación de la custodia compartida no creo que afecte a las parejas no casadas de forma diferente de lo que sucede con los matrimonios, pues en todas las cuestiones relativas a los hijos el tratamiento que dispensan los tribunales es igual según estén o no casados los progenitores.

La propuesta sobre la necesidad de crear un Registro de Parejas estatal es fundamental. Los registros de parejas tan solo funcionan como un presupuesto de acreditación de la misma necesario para la reclamación de derechos de índole no civil, o bien como posible requisito a la hora de aplicación de alguna ley autonómica, pero carecen de coordinación y en general los terceros no tienen acceso a los mismos. Resulta sorprendente que la Ley del Registro Civil no se haya detenido en esta materia teniendo en cuenta el altísimo porcentaje de parejas no casadas que existen en el país. En mi opinión sería más adecuada la constancia en el Registro Civil, pero al menos es un avance que exista un registro de carácter estatal que sustituyera a los que existen dispersos por las diferentes Comunidades Autónomas.

La referencia a la necesidad de prestar información resulta esencial, pero a todos los efectos y no solo los de índole administrativa o laboral. Cómo y quién dispense esa información no es un tema menor, pues resulta esencial explicar la importancia que reviste el pacto en el reconocimiento de ciertos derechos.

Debemos añadir también otro inconveniente como es la desinformación que las propias parejas tienen en cuanto a los derechos que les asistan, motivada por el confuso efecto que atribuye la inscripción de una unión en un registro de parejas, que, a los efectos sucesorios y otros mucho, resulta absolutamente inútil. Las personas que inscriben su unión piensan que eso acerca sus derechos *mortis causa* a los de los cónyuges, cuando no es así.

El Tribunal Supremo, desde la sentencia de pleno dictada en septiembre de 2005, confirmada por el segundo pronunciamiento de 2018, dispone que la fuente prioritaria para poder solucionar las posibles reclamaciones entre las parejas es la vía del pacto. No obstante, es una realidad en nuestra sociedad actual que existe poca cultura de pacto incluso entre las personas casadas, con lo que su presencia en el ámbito de las parejas resulta prácticamente inexistente.

Tampoco parece una solución satisfactoria ni justa que algunos convivientes tengan unos derechos que no les corresponden a los de otras Comunidades Autónomas. En una única sociedad todos y cada uno de los motivos que han inspirado y dirigido a los legisladores de algunas Comunidades, especialmente detallados en las normas de Cataluña, son idénticos a los que podrían justificar la intervención del legislador estatal, aunque sólo fuese en el reconocimiento de un mínimo que parece necesario.

En mi opinión, sin necesidad de publicar una ley de parejas, podrían llevarse a cabo algunas equiparaciones con ocasión de la muerte de uno de los integrantes de la pareja entre casados y convivientes, con el modelo que se quiera en cada caso, que se refiriesen a alguna suerte de liquidación de sus relaciones económicas, que bien podrían ser las de separación de bienes, derecho al uso de la vivienda familiar (que también debería reconocerse al cónyuge viudo a la vista del número creciente de personas casadas en régimen de separación), derecho al ajuar de la vivienda habitual al estilo del derecho de predetracción y la consideración del supérstite entre los herederos intestados (aunque fuese exigiendo un prudencial plazo de convivencia). Otro proceder parece evidenciar una clara ocultación de una realidad social que reclama soluciones que no siempre podrán solventarse por la vía del pacto⁴.

4. La preocupación sobre los derechos sucesorios y la diversidad de normas aplicables es también un desvelo que afecta a los países de nuestro entorno. Resulta de interés destacar que los Principios de Derecho de Familia Europeos, relativos a la propiedad, los alimentos y los derechos de sucesión de parejas en una unión de hecho, elaborados en el 2024 por la Comisión para el Derecho de Familia, recomiendan el reconocimiento de una serie de derechos en el caso de fallecimiento, así se mencionan en los principios 5:22 a 5:25: permanecer en la vivienda familiar y usar el ajuar durante 6 meses (o subrogarse en arrendamiento); libertad de testar, respetando el uso de vivienda y ajuar, así como reglas imperativas; reconocer los mismos derechos que el cónyuge en la sucesión intestada, si tenían una relación duradera de 5 años o un hijo en común; disponiendo un crédito contra la sucesión del difunto, cuando no tenga derecho a lo anterior, a solicitar a los herederos el pago de cantidad a precio alzado si vivía con el fallecido al menos dos años o tenían hijo común. Este derecho se limita a una prestación de corta duración en virtud de los recursos del supérstite. Debe presentarse en el plazo de un año de caducidad; y sin perjuicio de los derechos imperativos de terceros. Disponible en <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spanish-De-Facto.pdf>

Estas recomendaciones deberían hacer reflexionar al legislador español.

II. TRATAMIENTO DE LA ATRIBUCIÓN DE DERECHOS SUCESORIOS A LOS CONVIVIENTES POR LAS LEYES SOBRE PAREJAS DICTADAS EN ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Antes de entrar en el análisis de los diferentes derechos sucesorios que se reconocen a las parejas en estas normas quiero señalar que no siempre son coincidentes los modelos de unión que se consideran destinatarios de las previsiones de las mismas.

A pesar de haber declarado el Constitucional la inconstitucionalidad del modelo factual o de mera convivencia navarro en la STC 93/2013, no en todas las regulaciones se ha seguido la estela de la sentencia, por lo que coexisten parejas en las que ellas mismas han acordado su propia constitución, por hacerlo notarialmente, inscribirse en un registro o disponer su sumisión a los efectos plasmados en la norma (criterio éste último que es el respetado por la mencionada sentencia del Constitucional), junto a otras que lo son por tener descendencia en común o haber convivido durante diferentes periodos de manera inmediatamente anterior al momento de ruptura, sea esta *inter vivos* o *mortis causa*.

La circunstancia de no existir ya convivencia en el momento de la muerte priva al supérstite de cualquier derecho sucesorio, lo que antes podía ser una diferencia con el cónyuge, aunque ya no se pueda afirmar que exista una situación dispar, pues el separado de hecho no ostenta en la actualidad derecho a la legítima ni a la sucesión intestada, conforme dispone el Código civil en los arts. 834 y 945 a partir de la reforma del 2015.

Veamos resumidamente qué dicen esos otros ordenamientos de cara a la atribución de derechos sucesorios⁵.

III. DERECHO CATALÁN

1. Cuestiones generales

A día de hoy, y no sin ciertos vaivenes, el Derecho catalán trata al conviviente con plena igualdad al cónyuge viudo. No siempre fue este el régimen dispensado por las sucesivas normas de parejas. La regulación inicial proporcionada por

Son muchos los ordenamientos europeos que reconocen derechos sucesorios a las parejas, ver sobre el particular, ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p.96.

5. Un tratamiento profundo y riguroso de la cuestión en la monografía de ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007. Más cercanos en el tiempo, en el ámbito del Derecho común y autonómico ver, AYLLÓN GARCÍA, J., «Presente y futuro del derecho sucesorio de las parejas de hecho», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 257-285; y en GAGO SIMARRO, C., «Derechos *mortis causa* del conviviente supérstite», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 519-550.

la Ley de uniones estables de pareja, de 15 de julio de 1998 establecía diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, partiendo de la entonces imposibilidad de que los segundos contrajeran matrimonio⁶.

Cuando se procede a reformar la materia con la redacción del Libro IV del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones, por Ley 10/2008, de 10 de julio se dispone una misma reglamentación para el cónyuge y la pareja, lo mismo que sucede en el Libro II, relativo a la persona y a la familia, aprobado por Ley 25/2010, en cuanto a los derechos por ruptura del régimen de separación de bienes.

A la vista de los preámbulos de las mencionadas normas se constata una preocupación por el legislador catalán a la hora de resolver problemas observados en materia de parejas no casadas, con intención de aplicar sus reglas a un mayor número de uniones, incluyendo la posibilidad de ser considerado como tal aunque uno de los integrantes tan solo esté separado de hecho y manteniendo el modelo de constitución factual; así como numerosas reflexiones en cuanto a la necesidad de equiparar los efectos de las relaciones de pareja, no solo entre las heterosexuales u homosexuales, sino también en relación con el matrimonio, reconociendo su forma de convivencia como familia.

2. Existencia o inexistencia de relación de convivencia y demostración de la misma. Uniones juridificables frente a quienes no lo son

Si bien me referiré especialmente a esta cuestión en el Derecho catalán debe tenerse presente que la problemática afecta a todas y cada una de las normas en relación con el modelo y presupuestos elegidos para ser considerada como unión.

El CCCat. recoge como modelo de pareja el mismo que recogía la LUEP, esto es tanto el formal como el convivencial o factual. El art. 234-1 dispone al efecto que *(D)os personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia tienen un hijo en común. c) Si formalizan la relación en escritura pública.*

La definición o descripción de lo que es la pareja supone un presupuesto de aplicación de las normas, de manera que, sea el modelo de pareja que sea, siem-

6. Se establecían en la LUEP de 1998 derechos *mortis causa* con un origen familiar, como el derecho de predetracción del ajuar y mobiliario y el derecho a residir durante un año en la vivienda familiar, si bien el derecho a ser alimentado solo se reconocía a la pareja heterosexual. En cuanto a los derechos con origen sucesorio, de modo diferente, le asistían al superviviente homosexual, tanto en la sucesión testada como en la intestada, si bien en la cuarta visual sí existía equiparación con el casado en la intestada, sus derechos eran menores que los del cónyuge viudo. Sobre el particular ver DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 264-283.

pre se exige convivencia y que esta se desarrolle como una comunidad de vida análoga a la conyugal.

No obstante, como veremos, en el modelo de pareja formal resultará más fácil demostrar que se trata de una unión que pueda ser destinataria de la reglamentación correspondiente. Vemos así que, determinada la equiparación con los casados, el problema en la práctica judicial se traslada fundamentalmente a la demostración de si se es o no pareja, si es o no «juridificable», descansando el reconocimiento de efectos en la valoración de la prueba. Esto es, no se trata de debatir cuáles sean los derechos del conviviente, sino convencer al juzgador de si realmente se trataba de convivientes. Buena prueba de ello son los numerosos procedimientos judiciales que versan sobre esta cuestión que no deja de centrarse en las evidencias, tanto de la forma de constitución de la pareja, más sencilla si ha sido formal, como de la propia esencia de la convivencia apreciando si es o no similar a la matrimonial en el sentido de tratarse de una comunidad de vida.

De forma reiterada por parte de los tribunales se acude a la propia consideración de la presencia de pareja cuando existe «un proyecto de vida en común», lo que no siempre exige de convivencia en un único domicilio, pero si «tener como hilo conductor la ayuda, soporte y responsabilidad mutuas», determinando que la convivencia «ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo del tiempo, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados», y expresiones similares⁷.

De la observación de los casos concretos se van constatando, aunque no siempre se forma segura, circunstancias que no permiten constatar la presencia de la convivencia exigida, así, la SAP de Barcelona de 19.05.2021 (JUR 234265), formula una serie de criterios que podrían servir, como acreditar compartir un domicilio; tener cuentas bancarias en común donde se domicilien gastos y se perciban ingresos; conocer el contenido del testamento otorgado; pago de gastos del funeral; fotos e integración en eventos con familiares; y otros. En el supuesto particular enjuiciado es la ausencia de estas circunstancias la que impide el reconocimiento de la cuarta vidual. En otros pronunciamientos se valoran otras situaciones, como que no basta tener inmuebles en común (SAP Tarragona de 27.10.2022, JUR 366232) negando derechos intestados; o la apreciación sobre la ausencia de rastros o recuerdos comunes, atendiendo igualmente a lo anómalo de la falta de otorgamiento de nombramiento como heredero testamentario a favor del supuesto conviviente (SAP Barcelona de 20.2.2019, PROV 75643) denegando la cuarta vidual, y no valorando el empadronamiento en común.

7. Son numerosas las resoluciones que inciden en la exigencia de estos presupuestos a partir de la doctrina sentada por el TSJCat, en sentencias de 21.2.2013 (RJ 5755), en que no se considera la convivencia a los efectos de perder la pensión compensatoria, o la de 28.7.2016 (RJ 200462). Una exposición de diferentes pronunciamientos puede verse en la SAP de Tarragona de 27.10.2022 (JUR 366232), en la que se niega la convivencia a efecto de reconocimiento a la pareja como heredera intestada.

Por el contrario, se admite la relación de convivencia, aunque el causante viviera en una residencia (STSJCat. de 28.07.2016, JUR 200462), en un supuesto en el que la apreciación de existencia de convivencia no permite la impugnación del testamento por preterición errónea en aplicación de la excepción del art. 451-16, 2 a CCCat.; o queda demostrada por las declaraciones de testigos y vecinos la notoriedad de la misma, mencionándose incluso ser la conviviente la destinataria de un pésame enviado por la Casa Real, en este supuesto existía separación de hecho con el cónyuge, que es quien pretende ser heredera intestada, reconociendo que este derecho corresponde a la pareja no casada, a quien se atribuyen los derechos al usufructo vitalicio y a la propiedad de ropa y mobiliario (SAP Barcelona de 1.10.2018, JUR 274634).

Encontramos otro tipo de resoluciones en las que lo que se pretende por el conviviente es la demostración de no ser pareja a los efectos de la ley, mientras que la otra parte del proceso pretende que se le considere como tal. Esto es lo que sucede cuando se demanda la ineficacia de disposiciones testamentarias en favor de la conviviente producida por la ruptura, extremo al que me referiré más adelante, conforme a lo dispuesto en el art. 422.13, 2 CCCat.

Con el fin de aumentar el ámbito de aplicación de la ley, al publicarse el Libro II del CCCAT. se suprimió como impedimento para constituirse como pareja el estar casado uno de los integrantes de la misma, tal como se justifica en la Exposición de Motivos, permitiendo que los casados separados puedan ser pareja jurídicamente, lo que también ocasiona problemas de demostración de ambos extremos (existir separación de hecho y además relación de convivencia).

Parecía que la materia estaba más o menos resuelta con la que, a mi juicio, es la mejor opción que es atribuir derechos a la pareja igual que al cónyuge allí donde considere adecuado el legislador, sin tener que mantener leyes de pareja al margen del CC.

No obstante, la situación puede complicarse, pues se han planteado por la Audiencia Provincial de Barcelona por Auto de la AP de 6.9.2023 (JUR 2024/114940), sendas cuestiones de inconstitucionalidad, la primera sobre el art. 234.1, admitida a trámite por Providencia 19-11-2024 (BOE 27-11-2024); y la segunda relativa a los art. 234.1, a) y 442.3.2, admitida por Providencia de 28-1-2025 (BOE 4-2-2025)⁸.

En mi opinión sería un buen momento para corregir algunos de los errores de la sentencia del 2013, considerar que la regulación sobre las parejas es una opción de política legislativa, de forma que reconocida la competencia cada legis-

8. Ver los acertados comentarios al respecto de LAMARCA I MARQUÉS, A., «Las parejas de hecho ante el Tribunal Constitucional», Editorial de *InDret*, 2. 2024. En el trabajo se aportan datos estadísticos sobre las parejas constituidas en Cataluña, así como una descripción del estado de la cuestión en otros ordenamientos. En opinión del autor «las parejas han existido, existen y existirán. Cuestión distinta es la respuesta que deba darles el legislador. ¿Por qué ahora, tras 15 años de existencia, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad sobre esta normativa?» (ob.cit. p. iii). Comparto absolutamente las opiniones manifestadas por Lamarca, quedando un regusto de extemporaneidad propio de la inseguridad jurídica a la que conducen las decisiones tardías, como ocurriera en su día con la ley navarra, tardando el Constitucional entonces trece años en resolver el recurso.

lador éste es libre de determinar los derechos que confiere a quién cumpla sus presupuestos. No parece que lo mejor sea prescindir del reconocimiento de derechos a quien no ha cumplido con un modelo formal y con sumisión al contenido de la norma, pues no serviría para solventar los problemas que surgen en la actualidad quedando aún más uniones huérfanas de soluciones. También resulta algo extemporáneo que se pronuncia ahora el Tribunal Constitucional sobre un derecho que se viene reconociendo desde hace años.

3. Efectos de la ruptura por muerte de uno de los integrantes de la pareja

Cuando la pareja se disuelve por fallecimiento de uno de sus miembros, le asisten al supérstite dos tipos de derechos, unos en la esfera familiar y de régimen económico, y otros que podríamos considerar en el ámbito estrictamente sucesorio, regulados cada uno de ellos bien en el Libro II, bien en el Libro IV, ambos equiparados a los casados⁹.

A) Disolución de la pareja por fallecimiento en el ámbito de los derechos viduales familiares y del régimen económico matrimonial aplicables a las parejas

Conforme al art. 234-14, del Libro II del CCCat., bajo el ladillo de «efectos de la extinción por muerte», se dispone *(E)n caso de extinción de la pareja estable por muerte de uno de los convivientes, el superviviente tiene, además de la compensación por razón de trabajo que eventualmente le corresponda de acuerdo con el artículo 232-5.5, los derechos viduales familiares reconocidos por los artículos 231-30 y 231-31*. En este ámbito se equipara completamente con el cónyuge viudo en cuanto al derecho a la compensación por razón de trabajo, así como en relación con los derechos al ajuar de la vivienda habitual y al año de viudedad.

a) Compensación por ruptura

La compensación por trabajo reconocida en el art. 232-5 para el régimen de separación de bienes por muerte de uno de los convivientes, se aplica a los no casados respecto a su régimen general, si bien existen diferencias en cuanto al plazo para poder exigirla. En el caso de los casados el plazo de prescripción, conforme dispone el art. 232-11, 2, será de tres años, mientras que en el supues-

9. Ver sobre la protección del supérstite en el Derecho catalán, VILLÓ Y TRAVÉ, C., «Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite», en *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, 2018, pp. 233-244.

to de la pareja existe una regla propia en el art. 234-13, que específicamente mantiene que deberá reclamarse en el plazo de un año¹⁰.

En el caso de disolución por muerte el pago de la compensación corresponde a los herederos del conviviente fallecido, concibiéndose como un derecho personalísimo, y siempre que los derechos que le hubiera atribuido el causante en sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan por sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería. Es decir, si el causante ha manifestado su voluntad de dejar a su conviviente parte de la herencia como heredero o legatario o hubiera contratado un seguro a su favor, que determinen una suma superior a lo que le correspondiera, perderá el derecho a compensación.

Debe tenerse en cuenta que son posibles los pactos entre los miembros de la pareja con el fin de incrementar, reducir o excluir la compensación, como se determina en el art. 232-7, en relación con el art. 231-20 CCCat., que prevé el régimen de estos pactos que deben realizarse en escritura pública, con una previa información que se considera presupuesto de su eficacia, así como su posible límite de aplicación en caso de que sean gravemente perjudiciales o hubiesen sobrevenido circunstancias extraordinarias que no pudieran preverse razonablemente.

Esta posibilidad de moderación de la compensación no parece que sea algo frecuente en el caso de los convivientes, pues la cultura de pacto entre las parejas prácticamente no existe, a pesar de ser el criterio preferente de legisladores y tribunales para solventar los problemas que surgen en la ruptura. Repetiré muchas veces esta consideración como quiebra de la eficacia de las previsiones de legisladores y tribunales.

b) Ajuar sobre la vivienda habitual

Se reconoce también a las parejas, por remisión expresa, el derecho al ajuar de la vivienda habitual. El art. 231-30 concede el derecho vidual al ajuar de la vivienda común, considerando como tal la ropa, el mobiliario y los utensilios, sin que se computen en su haber hereditario. La predetracción no se extiende, como es habitual, a las joyas, objetos artísticos e históricos, ni a los que tengan un valor extraordinario en función del nivel de vida de pareja y caudal relicto.

Se concibe como un derecho de origen legal, que no tiene naturaleza sucesoria y que atribuye la propiedad de los bienes¹¹.

10. La posible justificación de esta diferencia de trato podría estar en que la Ley previa de 1998 así lo establecía para reclamar derechos en caso de ruptura en vida. También se apunta el posible motivo de evitar la incertidumbre que ofrece el modelo factual. Ver al respecto, ARNAU RAVENTOS, L. y RIBOT IGUALADA, J., en *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ayuda mútua*, 2014, Atelier, Barcelona, p. 580.

11. Sobre el mismo, en relación con los casados, ver ARNAU RAVENTOS, L., en *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ayuda mútua*, 2014, Atelier, Barcelona, pp. 196-202; y DEL POZO CARRASCOSA, P, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, 3.^a edic., Marcial Pons, 2022, pp.186-189.

c) Año de viudedad

El año de viudedad, o *any del plor*, recogido en el art. 231-31 CCCat., extensible a las parejas, permite al sobreviviente que no disfrute del usufructo universal, continuar en el uso de la vivienda común y ser alimentado con cargo al caudal relicto, de acuerdo con el nivel de vida e importancia del patrimonio. Se trata de dos atribuciones conjuntas compatibles con los derechos hereditarios que le corresponda al conviviente, a excepción del mencionado usufructo universal¹², lo que se justifica en la incompatibilidad lógica entre ambos derechos¹³.

El derecho se pierde por contraer matrimonio durante ese año o convivir maritalmente con otra persona, así como si abandona o descuida a los hijos comunes¹⁴.

No queda claro de la redacción del texto qué quiere decir convivir maritalmente con otra persona, expresión que parece más amplia que la de convivencia en forma estable, con vocación de formar una familia común, a la que nos hemos referido como modelo de pareja destinataria de los derechos atribuidos a las uniones no casadas. En caso de duda creo que el juez debería atender a la exigencia habitual de la demostración de los requisitos que exige para otras cuestiones, pues en otro caso se estaría jugando con patrones diferentes según los supuestos. No obstante, como sucede en otros supuestos recogidos en diferentes ordenamientos y situaciones, parece una suerte de sanción debida a la falta de respeto o consideración de la memoria del causante¹⁵, no mereciendo ese beneficio en perjuicio de los herederos.

En cualquier caso, creo que resulta incontrovertible que para perder el derecho debe existir una convivencia en el domicilio que era el común, no pudiendo extenderse a relaciones que se mantengan al margen, aunque, como ya he expresado, no comparto la idea de exigir fidelidad *post mortem* a quienes no se exige en vida, pues la única consecuencia de la infidelidad está en ser causa de desheredación. Por otra parte, al regular el usufructo en la sucesión intestada no se recoge la convivencia con otro como causa de extinción en el art. 442-4, 3 CCCat.

B) Efectos sucesorios por el fallecimiento de uno de los convivientes

Cuando fallece uno de los integrantes de la pareja habrá que atender prioritariamente a las disposiciones que se recogieran en testamento, siendo especialmente conveniente testar cuando se esté ante una relación de convivencia, si bien tal circunstancia no eximirá de que puedan entablarse procedimientos con el fin

12. Sobre la cuarta viudal y el *any de plor*, con numerosas citas jurisprudenciales, ver la SAP de Barcelona, de 20.02.2019 (PROV 75643)

13. Esto último lo menciona DEL POZO CARRASCOSA, en *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, cit., p. 189.

14. Se refiere a las particularidades de este derecho en general ARNAU RAVENTÓS, L., en *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ayuda mútua*, 2014, Atelier, Barcelona, pp. 202-207.

15. Así, DEL POZO CARRASCOSA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, cit., p. 193.

de determinar si existía o no esa condición de unión «juridificable». Por ello es esencial que resulte evidente cuál es la voluntad del causante en el sentido de asegurar su propio deseo. Por ejemplo, si no existe convivencia, o no es estable, o no incluye un proyecto de vida en común, la seguridad de la disposición en el futuro exigirá que el testador se exprese en tal sentido, así instituyó heredero o legatario a tal persona con independencia de que no conviviera con ella. Es decir, al ser una disposición voluntaria debe ser el testador quien elija a su sucesor en la forma que tenga por conveniente, aunque eso lleve a tratarlo como un extraño a todos los efectos.

a) Reconocimiento de la pareja como heredero intestado en igualdad que el cónyuge

El CCCat. reconoce, por una parte, la condición del conviviente como heredero intestado y, por otra, el derecho a la cuarta viudal.

Comenzando con el primero de estos derechos, en la forma habitual, el montante que corresponda al viudo o pareja resultará diferente según con quienes concurra a la herencia. Si coincide con hijos, el cónyuge o la pareja tiene derecho al usufructo universal. Como se ha avanzado ya el problema principal estará en la demostración de la convivencia que, una vez acreditada permita el reconocimiento del derecho.

Existen algunas diferencias respecto de lo dispuesto en la LUEP. Así, se mantiene el reconocimiento del derecho, aunque el fallecido continuara casado, determinándolo claramente la SAP de Barcelona de 1.10.2018 (JUR 274634), considerando la relación de convivencia a pesar de estar el causante separado de hecho de su cónyuge. Por el contrario, se niega por falta del presupuesto de tratarse de una unión que implique convivencia similar a la conyugal en la referida SAP Tarragona, de 27.10.2022 (JUR 366232).

Por otra parte, la postura del conviviente se refuerza en el Libro cuarto, a diferencia de lo que sucedía bajo la regulación anterior, en la que solo el conviviente homosexual tenía derecho a equiparaciones a efectos sucesorios¹⁶. Según el Preámbulo de la norma que publica el Libro IV la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales vacía de sentido el trato diferente de las parejas, considerando además la equiparación con el cónyuge a todos los efectos. Aunque resulte insistente, la unión debe ser la que cumple con los requisitos de la ley para ser pareja de hecho y no cualquier relación de convivencia¹⁷.

16. Conforme a la LUEP para poder tener este derecho se le exigía al conviviente homosexual haber formalizado su relación en escritura pública, siendo el único modelo que daba lugar al reconocimiento de efectos sucesorios. Por ausencia de este requisito se deniega a la pareja homosexual de más de 20 años de convivencia el derecho a ser heredero intestado en STSJCat. de 9.3.2009 (RJ 3273), con argumentos meditados y fundamentados correctamente. En el mismo sentido AAP de Barcelona de 6.3.2006 (AC 1550) y 18.4.2011 (AC 1384).

17. Las afirmaciones expuestas se destacan por VAQUER ALOY, *Derecho civil...*, cit., p. 377.

Se trata de un derecho vitalicio que no se pierde por el hecho de contraer matrimonio o tener nueva pareja¹⁸, a diferencia de lo que sucede con el año de viudedad.

Debe tenerse en cuenta que cuando el conviviente decida conmutar su usufructo conserva este derecho sobre la vivienda familiar, junto con una cuarta parte alícuota de la herencia, conforme al art. 442-5.1 CCCat, si se trataba de un bien que formase parte del activo hereditario del que no hubiera dispuesto el causante. Si les pertenecía en régimen de comunidad, el conviviente supérstite tendrá derecho al usufructo sobre la parte que pertenecía al causante.

Conforme al art. 442-3.1 cónyuges y parejas son herederos intestados a falta de descendientes, o si todos ellos renuncian a la herencia, según dispone el art. 442-2.2, con el fin de reforzar la posición del supérstite cuando es la voluntad de los hijos¹⁹, siempre que el sobreviviente sea progenitor de todos ellos. Resulta así que el conviviente, equiparado al cónyuge, es sucesor abintestato en segundo lugar, antes que los ascendientes del causante. No obstante, en tal caso los padres del fallecido conservarían su derecho a legítima pudiendo estos reclamar a la pareja el pago de su cuota de la cuarta parte del haber hereditario, conforme al art. 442-3.2 CCCat.

b) Cuarta vidual

Le asiste igualmente al conviviente el derecho a la cuarta vidual cuando la necesite²⁰, con el fin de mantener el nivel de vida del que disfrutaba antes del fallecimiento de la pareja, conforme al art. 452-1.1 CCat. A partir de la redacción del Libro IV el derecho puede exigirse ya sea una pareja homosexual o heterosexual²¹.

Debe recordarse que en Cataluña el cónyuge viudo no es legitimario, pero sí le corresponde este derecho que está limitado en su cuantía máxima y para cuyo cálculo se tienen en cuenta los bienes propios del supérstite, lo recibido por aplicación de las disposiciones de régimen económico matrimonial (como la compensación por trabajo) o los atribuidos por el causante, incluyendo cualquier derecho que surja por la muerte, como pueda ser un seguro o similar.

18. Sobre su carácter de derecho real, su extensión y las posibilidades de conmutación ver el análisis de VAQUER ALOY, A., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pp. 385-387. También del mismo autor *Comentario...*, cit., pp. 365-372, a cuyo estudio me remito para cuestiones que exceden de este trabajo.

19. Lo destaca VAQUER ALOY, *Derecho Civil de Cataluña*, cit., p. 376, además de colocarlo antes de los padres.

20. Según la doctrina la expresión cuarta «vidual» hacía referencia a la institución matrimonial, mientras que la de cuarta «vidual» engloba también al conviviente supérstite. Por todos, VILLÓ TRIVÉ, C., *Las atribuciones sucesorias determinadas en el Derecho civil de Cataluña*. Reus, 2019, p. 69, nota 14.

21. Se ocupa de este derecho, con importante apoyo jurisprudencial, lo que denota una patente litigiosidad sobre el mismo, VAQUER ALOY, *Comentario...*, cit., pp. 435-443. También VILLÓ TRAVÉ, *Las atribuciones...*, cit. pp. 69 y ss.

El derecho es compatible con el usufructo del viudo, siempre que su valor no permita salir de la situación de necesidad²².

Se exige la convivencia en el momento del fallecimiento de la pareja. Nuevamente en la práctica se plantean problemas en cuanto a la acreditación de la pareja estable, como sucede en la SAP de Barcelona de 19.05.2021 (JUR 234265), en la que se deniega por no demostración de un proyecto de vida en común, así como por la no acreditación de situación de necesidad como presupuesto esencial para su reconocimiento. Coincide en negar la acreditación de convivencia matrimonial la SAP de Barcelona de 20.02.2019 (PROV 75643), pronunciamiento que recoge numerosa jurisprudencia sobre el significado de la cuarta viudal y el *any de plor*²³.

C) Ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por ruptura previa al momento del fallecimiento del testador

El CCCat. regula la incidencia de la crisis de pareja en el nombramiento de aquella como heredera en el art. 422.13, 2 que expresamente dispone: *(L)as disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la pareja estable por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.*

Cuando existe un llamamiento testamentario a favor de pareja, para poder mantener su eficacia interesa al conviviente, bien demostrar que no era tal en el momento del otorgamiento del testamento, bien evidenciar que, aunque pudiera existir una relación sentimental, no reúne los requisitos y presupuestos para ser considerada como tal, o por el contrario entender que no ha existido ruptura.

Resulta de este modo que la certidumbre de no ser pareja salva al posible conviviente de la impugnación del testamento. Por el contrario, son los reclamantes a quienes incumbe la demostración de que el heredero o legatario sin duda era pareja del testador al tiempo del otorgamiento y que no es en el del fallecimiento.

Sobre el particular existen pronunciamientos judiciales que no determinan una línea única de pensamiento, especialmente en cuanto a la posible aplicación de la ineficacia sobrevenida a parejas a las que era de aplicación la LUEP en el momento de su constitución²⁴. De este modo lo entiende la STSJCat. de 30.5.2024 (JUR 282551) en la que se interpreta que eran pareja en el momento de otorga-

22. Ver sobre sus presupuestos de aplicación y cálculo DEL POZO CARRASCOSA, P., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3.ª edic., Marcial Pons, pp. 429 y ss.

23. Se niega el derecho a la cuarta viudal en la SAP Barcelona de 5.12.2012 (AC 2013/2387) junto con otras pretensiones, al no ser aplicables retroactivamente las disposiciones del CCCat., en un supuesto en el que el difunto continuaba casado, por no mencionar que la cuarta viudal solo se reconocía a los convivientes homosexuales.

24. Ver las consideraciones de VAQUER ALOY, A., en *Comentario al Código Civil de Cataluña. Libro IV: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024, p. 91, recogiendo distintos pronunciamientos.

miento del testamento, procediendo a considerar la impugnación del instrumento por la ruptura sobrevenida. La resolución lleva a cabo una exposición de la materia en otros ordenamientos autonómicos, así como de la jurisprudencia aplicable en el ámbito del Código civil. En este caso se negaba la convivencia por la recurrente, alegando además que el testador no se había divorciado de su esposa, lo que, como se ha expresado, no se tiene en consideración al permitir que exista relación de pareja incluso con persona separada de hecho. El testamento se había otorgado antes de la publicación del libro II, si bien el Tribunal considera que la ineficacia sobrevenida es aplicable al ser parte de las normas cuya aplicabilidad partía del presupuesto de ser pareja, con independencia del cumplimiento de otros requisitos²⁵.

La doctrina es diferente de la previa STSJCat. de 21.2.2019 (RJ 2016). En este supuesto al tiempo del otorgamiento no se consideran pareja conforme a los presupuestos de la norma, debiendo atenderse a la situación en ese momento y no en el de la muerte del causante, con independencia de que lo fueran después. Considera el tribunal que no existe aplicación retroactiva de la norma, desestimando la ineficacia del testamento. En este caso se trataba de una unión homosexual que no habían manifestado su voluntad en escritura pública como exigía la LUEP en ese momento.

Analizando las diferentes resoluciones no resulta, en mi opinión, una única línea convincente, pues más pareciera que la lógica debiera determinar la aplicación de la ineficacia sobrevenida a cualquier relación de convivencia o de pareja, no resultando justo tratar con mayor rigor a quien ha formalizado una relación de convivencia frente a quien no lo ha hecho.

Sobre esta norma en relación con el conviviente deben hacerse algunas consideraciones. Entiendo que habría que determinar si el conviviente al que se refiere es tan solo el que cumpla los presupuestos que dispone la ley para ser considerado pareja o no, o si por el contrario la ineficacia debiera producirse cuando la relación fuese de cualquier tipo, incluso sin el requisito del proyecto de vida del que hemos hablado. Entiendo que la lógica debería exigir la aplicación a toda unión sentimental, sea o no reconocida como tal para la aplicación de las normas dirigidas a la pareja, pues no tendría sentido tratar peor al conviviente «de derecho» por decirlo así, que por ejemplo, a una ex amante del testador que por las características de su relación nunca hubiera podido ser su pareja a efectos de la ley.

Otra cosa sería que, mencionada una persona con datos suficientes para ser identificada, no se pudiera demostrar la existencia de una relación sentimental, en cuyo caso debería tener la consideración de una persona extraña.

25. La sentencia es confirmación de la previa resolución de la AP de Barcelona de 31.10.2023 (JUR 2024/15357), en la que se estima que no se prueba que no fueran pareja en el momento de testar, concluyendo que mantenían una relación sentimental, así como que no se ha demostrado que con posterioridad se hubiera reanudado la convivencia.

Debe tenerse en cuenta también que la extinción de la relación de pareja se produce tan solo con la ruptura de la convivencia, pero también con el hecho de contraer matrimonio con otra persona.

Al permitirse, a partir de la última reforma en sede de convivientes que puedan formalizarse uniones de pareja sin exigir que ya no estén unidas en matrimonio habría que determinar si la voluntad de coexistencia entre tales uniones plantearía problemas en cuanto a la ineficacia de la primera de las disposiciones. El precepto mencionado dispone que la ruptura debe ser posterior al otorgamiento del testamento, por lo que habrá de estarse a la secuencia en la que se ha producido la separación de hecho del matrimonio en relación con el otorgamiento del testamento, si se hubiera producido antes de testar tendrá eficacia el nombramiento a su favor.

La aplicación automática o por ministerio de la ley a la que aluden algunas sentencias parecen alejar la idea de intentar averiguar la posible voluntad del testador; no obstante, debe tenerse igualmente en cuenta que el propio art. 422-13 señala que las disposiciones mantienen su eficacia si del propio contexto del testamento, no de medios extrínsecos, resultase que el testador las hubiese otorgado igualmente, lo que tendríamos que tener en especial consideración cuando se estuvieran simultaneando las relaciones entre pareja y cónyuge²⁶.

D) Otros efectos

A lo largo de la regulación del CCat. Se contemplan otros derechos relacionados con la muerte en los que se equiparan a las parejas con casados.

Concretamente regula en los art. 231-15 a 231-18, del Libro II, las conocidas como compras con pacto de supervivencia, permitiendo su realización también a los convivientes tal como dispone la remisión del art. 234-3.3 dentro de las reglas dedicadas a las parejas no casadas, expresando que los convivientes en pareja estable pueden adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia, siendo de aplicación lo recogido en los artículos mencionados²⁷. No existe duda posible en cuanto a que la pareja deberá cumplir los requisitos y presupuestos de los que me he ocupado.

Dentro de las disposiciones fiduciarias y conforme al art. 424-1 es posible que el causante permita que su conviviente lleve a cabo la designación de heredero, entre los hijos comunes y sus ascendientes, siendo asimilado al cónyuge²⁸.

26. Ver VAQUER ALOY, *Derecho Civil* cit., p. 104, donde trae a colación una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 6 de mayo de 1959, en la que, antes de separarse, el testador había otorgado testamento a favor de su esposa y de su amante, con la que más tarde contraería matrimonio. El tribunal entendió que el hecho de testar simultáneamente a favor de ambas constituía una señal inequívoca de beneficiar a ambas con independencia de la suerte del matrimonio. También, recogiendo jurisprudencia posterior, *Comentario al Código Civil de Cataluña. Libro IV: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 90-92.

27. Ver sobre el pacto, DEL POZO CARRASCOSA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, cit., pp. 209-220.

28. Ver sobre tales disposiciones, VAQUER ALOY, *Comentario...*, cit., pp. 112-127.

Pueden también los convivientes llevar a cabo pactos sucesorios en igualdad con los casados, como dispone el art. 431-2, a) CCCat. con la única diferencia de que los futuros cónyuges pueden hacerlo y no se contempla esa posibilidad para los futuros convivientes²⁹.

IV. DERECHO VASCO

1. Cuestiones generales

Las normas publicadas en el País Vasco también han experimentado cambios importantes. La Ley 2/2003, de 7 de enero, reguladora de las parejas de hecho, ha sido modificada en algunos aspectos por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, al tiempo que en el cuerpo de ésta se contienen equiparaciones sucesorias con el cónyuge viudo que forman parte de novedades dispuestas por la mencionada ley.

El régimen de la extinción por muerte se recoge por tanto en ambos textos. Una buena técnica legislativa habría aconsejado revisar algo más la ley de parejas (modificada parcialmente solo en sus artículos 2 y 3), pues la relación entre algunos derechos no resulta muy clara.

2. Concepto de pareja

El concepto de pareja se recoge en el art. 2,1, de la Ley de 2003 en el siguiente sentido: *A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho la resultante de la unión libre de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o de distinto género. Asimismo ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho.*

La ley presenta como presupuesto de su aplicación el modelo formal de inscripción de la pareja en el Registro de Parejas, con carácter constitutivo. No existe en consecuencia modelo factual, lo que simplifica la demostración de la existencia de la pareja. La ausencia de inscripción determina la falta de aplicación de los preceptos de la propia norma.

Tanto el modelo de convivencia escogido por el legislador vasco, como la consideración de la voluntad para que se produzcan muchos de los efectos de la norma permiten salvar posibles tachas de inconstitucionalidad a la vista de la doctrina de la STC 93/2013.

29. Así, VAQUER ALOY, *Comentario...*, cit., p. 311.

3. Efectos de la ruptura post mortem derivados de la convivencia

Precisamente, una de las modificaciones llevadas a cabo en la Ley de parejas por la Ley 5/2015 incluyó un párrafo en el art. 5, dedicado al régimen económico-patrimonial, en el que se especifica en el apartado tercero que *(A) falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en esta ley será el de separación de bienes establecido en el Código civil.*

La remisión tiene el efecto, entre otros, de considerar aplicable lo dispuesto en el art. 1438 CC a la hora de determinar una posible compensación por trabajo por la disolución por muerte. Como es sabido la rigurosa interpretación de este precepto por el Tribunal Supremo, en el sentido de considerar que la compensación se reconocerá «solo» cuando uno de los cónyuges haya contribuido «solamente» con el trabajo para la casa, no ha sido bien acogida por la doctrina, aunque en los últimos pronunciamientos dictados por la Sala se va atenuando la contundencia inicial. Habrá que ver hasta qué punto se siga esta jurisprudencia en el caso de las parejas vascas.

A) Derecho al ajuar doméstico y al uso de la vivienda

La Ley de parejas se refiere a algunos efectos surgidos por la ruptura por muerte en el art. 6, 2, c), como normas a las que pueden adherirse los convivientes, cuando no exista pacto expreso, disponiendo *(E)l derecho del superviviente, en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes, cuando existiese convivencia y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio*³⁰.

Se confieren también los ya mencionados en derecho catalán derechos al ajuar y al uso de la vivienda. El precepto no ha sido modificado por la Ley 1/2015, pero debe reseñarse que la misma atribuye en el art. 54, un derecho de habitación sobre la vivienda para la pareja supérstite, en igualdad con el cónyuge viudo, derecho que recibe además de su legítima, mientras no contraiga matrimonio, no haga vida marital, ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho. Este derecho puede llegar a ser vitalicio, lo que plantea algunos problemas de encaje con la norma transcrita.

Se trata de un derecho nuevo para las parejas, casadas o no, que se introdujo en la Ley 2015 con el fin de paliar que el supérstite no pierda el uso de la vivienda familiar, con el carácter de personalísimo e intransmisible, que funciona como un límite para el testador³¹.

30. Antes de la publicación de la Ley de parejas se deniega el usufructo sobre la vivienda por SAP de Vizcaya de 27.7.2000 (AC 4943), al no reconocer efectos a la convivencia *more uxorio*, derecho que había sido reconocido por el Juzgado, admitiendo acción reivindicatoria sobre el mismo.

31. Un estudio completo y conjunto sobre los derechos que asisten a las parejas en equiparación con el viudo se contiene en el trabajo de ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *La posición sucesoria del supérstite*

En el caso de que el conviviente recibiera el usufructo universal se podría llegar a considerar embebido el derecho de habitación en algunos casos³².

B) Régimen sucesorio para la pareja derivados de la Ley de Parejas en conjunción con la Ley de Derecho civil del País Vasco

Nuevamente existe un doble tratamiento dispensado en la Ley de parejas y en la Ley del Derecho civil, de los que derivan diferentes derechos sucesorios. En el art. 9 de la Ley de parejas, que también debería haber sido retocado, dentro del régimen sucesorio se establece que podrán conservar el usufructo sobre la totalidad de los bienes; podrán hacer uso del testamento mancomunado; y podrán nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio.

La LDCV regula al detalle el testamento mancomunado en los arts. 24 y ss., no limitándose su uso a las parejas, pudiendo extenderse a otros sujetos, tal como dispone el mencionado precepto. El art. 28.3, se refiere a la revocación por la extinción de la convivencia, salvo que sea por contraer los otorgantes matrimonio entre sí, si bien se mantendrán las disposiciones correspondientes respecto de hijos menores o con discapacidad.

El testamento por comisario se desarrolla en los arts. 30 y ss. El art. 31, menciona expresamente a los convivientes en el apartado 3, que dispone al respecto: *Los miembros de una pareja de hecho podrán nombrarse recíprocamente comisario en el pacto regulador de su régimen económico patrimonial o en pacto sucesorio, siempre que los otorguen en documento público ante notario*. Será posible igualmente que la pareja sea nombrada comisario en testamento notarial.

Las facultades que se reconocen al cónyuge viudo como comisario se equiparan expresamente en los preceptos correspondientes a la pareja no casada.

A lo largo de la regulación por la LDCV de los pactos sucesorios, en los arts. 100 y ss., todas las referencias que llevan a cabo respecto del cónyuges se refieren también a las parejas, así la conservación de los derechos que se hubiesen reservado en el caso de pacto de comunidad cuando fallezca el cónyuge o pareja (art. 107), y los efectos revocatorios del pacto por ruptura de la convivencia (art. 108).

C) Efectos sucesorios regulados por la Ley de Derecho Civil del País Vasco

Otros efectos están reconocidos directamente en la LDCV, por las equiparaciones que existen con los casados.

en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco, Reus, 2023. Concretamente, respecto del novedoso derecho de habitación ver *ob. cit.*, pp. 355-363, a cuyo detallado tratamiento me remito. También, con carácter general, consultar los comentarios VVAA, *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, URRUTIA BADIOLA, M. (Dir.), Academia Vasca de Derecho, Dykinson, 2016.

32. Así ARAKISTAIN ARRIOLA, *La posición...*, cit., p. 356. También GALICIA AIZPURUA. G., «En torno a la revisión de las legítimas: casis vasco y estatal», *InDret*, 4/2017, p. 14.

a) Usufructo universal

El art. 57 de la LDCV permite que el causante pueda disponer a favor de la pareja del usufructo universal, legado que se considera incompatible con el de la parte de libre disposición. La elección en caso de que el testador lo haya ofrecido alternativamente corresponde al miembro de la pareja³³.

A diferencia de lo que sucede en el Código civil, este legado no afecta a la intangibilidad de la legítima, conforme a lo que dispone el art. 56 en cuanto a los derechos reconocidos al cónyuge o pareja, ni el legado de usufructo universal, por lo que no es necesario que vaya acompañado de una cláusula de opción compensatoria.

b) Sucesión forzosa

La legítima del conviviente se equipara a la del viudo conforme al art. 52 reconociendo derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes.

Ni el cónyuge ni la pareja reciben legítima en propiedad, siendo en usufructo, de cuota variable según con quién concurra el supérstite. Evidentemente por disposición voluntaria del testador podrá recibir bienes en propiedad.

Debe señalarse que tan solo existen dos variables pues en el actual derecho vasco los ascendientes no son legitimarios³⁴.

En el caso del Derecho Ayalés, conforme a los arts.88 y ss. LDCV, el supérstite no tiene legítima si ha sido apartado por el testador, atendiendo a la libertad de disposición que le asiste, si bien se le puede reconocer el usufructo poderoso, forma de protección que incluye la facultad de disposición sobre los bienes³⁵.

c) Sucesión legal e intestada

Los derechos de la pareja en la sucesión intestada difieren según se trate de bienes no troncales o troncales³⁶.

Cuando se trate de sucesión en bienes no troncales, se aplican las reglas de la sucesión intestada previstos en el art. 112, donde la pareja no casada ocupa el segundo lugar después de los descendientes, en plena equiparación al viudo.

En el caso de que concurriera con descendientes conserva el conviviente sus derechos legitimarios de usufructo.

En el supuesto de ser aplicable la troncalidad, tan solo a los bienes raíces situados en la tierra llana de Bizcaia o en Llodio y Aramaio. dispone el art. 111

33. Sobre las particularidades del usufructo universal, ver ARAKISTAIN ARRIOLA, *La posición...*, cit., pp. 366-370.

34. Un desarrollo de todas estas cuestiones puede consultarse en ARAKISTAIN ARRIOLA, *La posición...*, cit., pp.346-355.

35. Ver ARAKISTAIN ARRIOLA, *La posición...*, cit., p.391-394.

36. Me remito a las consideraciones de ARAKISTAIN ARRIOLA, *La posición...*, cit., p. 382 y ss.

LDCV que la sucesión legal seguirá el orden del art. 66, en el que el cónyuge o pareja no casada pueden considerarse tronqueros en la sucesión de tales bienes raíces adquiridos por ambos durante la convivencia³⁷. No obstante, el precepto mantiene el respeto a los derechos del viudo o conviviente con preferencia respecto de los bienes no troncales y subsidiariamente sobre los troncales.

V. DERECHO GALLEGO

1. Cuestiones generales y concepto de pareja

El legislador gallego abordó la regulación de las parejas con la técnica de recoger en la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (modificada el 2 de julio del mismo año) una equiparación absoluta con la regulación llevada a cabo para el matrimonio.

La Disposición recoge un modelo formal de constitución en el que se exige la inscripción en el Registro de Parejas de Galicia, así como la expresión de voluntad de los convivientes en sentido de querer equiparar sus efectos al matrimonio³⁸. Textualmente se dispone: *A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges*³⁹.

La igualdad se mantiene tanto en los derechos a los que expresamente se refiere la ley para los casados⁴⁰, como respecto de aquellos aplicables por las

37. Se muestra crítico GALICIA AIZPURUA, «En torno...», cit., pp. 14 y 15, respecto al mantenimiento de la troncalidad al responder a unos parámetros económicos y sociales inexistentes hoy en día.

38. El cumplimiento de estos presupuestos está ocasionando problemas en la práctica. Vemos, en cuanto al requisito de la inscripción, la denegación de efectos a las parejas que se hubieran inscrito en un registro municipal y no en Registro de Parejas de la Comunidad, así, entre otras, STSJ de Galicia de 19.10.2018 (RJ 6008), con total rotundidad, aunque sea *obiter dicta*, en un supuesto de nulidad del acta de notoriedad por la que se había nombrado heredero al conviviente que se estima en todas las instancias. Respecto de la expresión de la voluntad de equiparar los efectos con el matrimonio está provocando problemas en cuanto a la aplicación del régimen de gananciales a las parejas inscritas, así la Resolución de la DGSJFP de 21.6.2021 (RJ 3684), confirma la postura de la Registradora en el sentido de negar la inscripción como ganancial de un inmueble al no constar la presencia de pacto expreso al respecto. Precisamente cita en favor de su argumentación lo dispuesto por el Constitucional en la STC 93/2013.

También se han denegado los derechos reconocidos por falta de voluntad de querer sus efectos y falta de inscripción, junto con la negación de efectos retroactivos por STSJG de 21.10.2014 (RJ 6672) negando derechos intestados, y STSJG, también de 21.10.2014 (JUR 2015/6269), negando la alegada preterición del conviviente.

39. La Disposición Adicional ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad rechazadas por el Tribunal Constitucional en STC 18/2014, STC 75/2014, STC 125/2014 y STC 127/2014.

40. Las equiparaciones se producirán en todas aquellas normas en las que se mencionen a los casados en la parte dedicada a las sucesiones, que son muchas, como el art. 204, dedicado a las

remisiones que la norma realiza respecto del Código civil, lo que no siempre será sencillo por las diferencias entre remisiones estáticas y dinámicas.

2. Efectos derivados de la ruptura por muerte en el ámbito familiar y económico matrimonial

De lo dispuesto en el art. 171 LDCG tendrán los convivientes, salvo pacto en contra, el régimen de gananciales del CC, lo que supondrá disolver el patrimonio por muerte de la pareja, con derecho al 50%.

Habrà que entender que, al no existir en el ámbito de los casados, las parejas gallegas no tendrán ningún derecho sobre la vivienda familiar que no sea el derecho de atribución preferente que reconoce el art. 1406, 4º del Código, así como la elección entre que se le atribuyan en propiedad o en usufructo como permite el art. 1407 CC.

En cuanto al ajuar habrá que considerar aplicable el derecho de predetracción dispuesto en el art. 1323 CC, aunque esté situado entre las reglas de régimen primario.

3. Efectos reconocidos en el ámbito sucesorio

A) Testamento mancomunado, por comisario y pactos sucesorios

A consecuencia de la equiparación que recoge la Disposición adicional podrán los convivientes otorgar testamento mancomunado, como permite el art. 187, 2 a los casados, aunque entiendo que aun no cumpliendo los presupuestos de la Ley podrían hacer uso de esta modalidad testamentaria al permitirse también a extraños.

Del mismo modo podrán otorgar testamento por comisario conforme a lo dispuesto en el art. 196, debiendo entender que la facultad testatoria quedará sin efecto por la ruptura de la convivencia.

Sea considerados como convivientes o como extraños por no cumplir los presupuestos, podrán llevar a cabo pactos sucesorios de mejora y apartación conforme a los arts. 209 y siguientes.

B) Usufructo del cónyuge viudo

Los convivientes se considerarán equiparados a los casados a los efectos de pactar en escritura o disponer en testamento el usufructo universal, sea de forma unilateral o recíproca, conforme al art. 228 LDCG, debiendo tenerse en cuenta la ruptura de la convivencia para la ineficacia del derecho en consonancia con el contenido del art. 230.

condiciones de cuidado, art. 276, relativo a la intervención en la partición, nombramiento de contador-partidor y otras en las que no entrará.

El usufructo no se considera gravamen sobre la legítima de los descendientes, quedando exceptuado de los efectos que presentan otros gravámenes sobre la misma.

C) Legítima

La LDCG atribuye al cónyuge, y por tanto al conviviente, la condición de legitimario en la sucesión del supérstite. Su legítima es en usufructo, cambiante según con quienes concurra. En el caso de hacerlo con descendientes le corresponde el usufructo sobre la cuarta parte del haber hereditario (art. 253 LDCG). Si no existen descendientes su derecho se extiende al usufructo de la mitad (art. 254).

Le asiste al usufructuario la facultad de que, si no excede de su cuota usufructuaria, pueda hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local donde ejerciera su profesión, o la empresa que viniera desarrollando su trabajo, posibilidad que se considera prioritaria a la de conmutación que asiste a los herederos.

Este derecho se considera de especial interés cuando el conviviente (o el casado) no tuviera el régimen de gananciales por haberlo excluido y pactar otro régimen, manteniendo esta suerte de atribución preferente.

D) Sucesión intestada

En materia de sucesión abintestato se remite la Ley gallega al Código civil, con lo que tendríamos que equiparar a la pareja sobreviviente con el cónyuge viudo, esto es en defecto de descendientes y ascendientes, en aplicación de la relación entre el art. 267 LDCG y el art. 943 CC y el contenido de la Disposición adicional tercera⁴¹

El conviviente conservaría su legítima en cuota usufructuaria señalada por la Ley gallega, siendo de la cuarta parte en el caso de concurrir con descendientes y de mitad en el supuesto de concurrir con otros parientes sin distinción.

E) Ineficacia sobrevenida por ruptura

Por la equiparación con el viudo, será de aplicación a los convivientes lo dispuesto en el art. 208, si en el momento de fallecer el testador, se hubiese extinguido la relación de pareja.

41. Se trata de una opinión frecuentemente compartida. Por todos, GIMÉNEZ COSTA, A., en «Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite», en *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, 2018, pp. 246. No obstante, en contra BUSTO LAGO, J. M., «Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones more uxorio realizada por la Disposición Adicional 3.ª de la LDCG/2006», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 726/2007, p. 4 y 5 (BIB 2007/218), quien mantiene que las equiparaciones se producen solo en el ámbito de la sucesión testada, pero no en la intestada, donde ni siquiera conservaría su legítima al aplicarse lo dispuesto en el CC, que no contempla al conviviente.

VI. DERECHO BALEAR

1. Cuestiones generales y concepto de pareja

En Baleares el estatus de los convivientes se regula en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, norma que también ha sido modificada en algunas previsiones en 2017 y 2022.

Los derechos y obligaciones recogidos en la ley se aplican a los convivientes que lo hagan de forma análoga a los matrimonios, disponiendo dos presupuestos de aplicación seguros, como son la inscripción constitutiva en un Registro de parejas, así como que exista voluntad de sumisión al contenido de la ley.

Fue la primera norma que dispuso una forma de constitución formal única, así como la necesidad de impedir que la ley no se aplique a quienes quieran permanecer al margen de la misma.

2. Efectos de índole familiar ocasionados por la muerte

Se mencionan en el art. 12, en el que se dispone la propiedad de la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin que se computen en el haber hereditario, excluyendo los objetos artísticos, históricos familiares o de extraordinario valor.

No se reconoce ningún derecho de uso sobre la vivienda familiar, aunque sí la posibilidad de subrogarse en el arrendamiento, lo que no es necesario a la vista de lo que se regula en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

3. Derechos sucesorios

A) Derechos legitimarios

El art. 13 dispone que frente a los derechos de origen testado e intestados se equipara al conviviente con el cónyuge viudo en los derechos reconocidos por la Compilación de Derecho civil balear.

La Compilación de 1999 se estructura en diferentes libros según dónde sean aplicables sus disposiciones.

En cuanto a los derechos legitimarios del conviviente, por efecto del art. 45, y la equiparación dispuesta en la Ley de parejas, se extiende concurriendo con descendientes al usufructo de la mitad del haber hereditario; mientras que, en concurrencia con padres, el usufructo será de dos tercios, y, en los otros supuestos, le corresponderá el usufructo universal.

Nada dispone sobre la legítima del cónyuge el Libro III aplicable en Ibiza y Formentera, por lo que tampoco le corresponde a la pareja.

No obstante, sería posible plantearse que recibiera el llamado usufructo universal, al amparo del art. 98 de la Compilación, lo cual no puede afirmarse sin

fisuras, pues debe pactarse en capitulaciones matrimoniales, tratándose de un régimen —los espòlits— que pueden convenir los esposos. Mantengo mis dudas sobre qué tal extensión a las parejas pudiera tener lugar, pues las relaciones paralelas al régimen económico vienen claramente especificadas en la Ley de parejas, y no existe equiparación con los casados a estos efectos⁴². Los otorgantes de los capítulos matrimoniales si no hay prevista excepción son los esposos, por lo que abrir tal posibilidad a las parejas creo que choca con demasiados obstáculos.

B) Sucesión intestada

En cuanto a la sucesión abintestato el art. 53 se remite a lo dispuesto en el Código civil, si bien con respeto a los derechos legitimarios previstos en la Compilación. La disposición es aplicable a Mallorca y Menorca, lo mismo que en Ibiza y Formentera realiza el art. 84. En estos casos el conviviente ocupará el puesto del cónyuge viudo según el art. 943 CC. En este segundo caso no puede tener lugar el respeto a los derechos intestados, al no reconocerse legítima en estas islas como ya se ha señalado.

C) Otros derechos sucesorios

En Mallorca y Menorca podrá ser distribuidor de los bienes conforme a lo dispuesto en los arts. 18 y ss. sin necesidad de que se den los requisitos de constitución, al tratarse de un poder que puede conferirse a cualquier persona. En cuanto a Ibiza y Formentera la compilación dispone la fiducia sucesoria que también podrá atribuirse a la pareja no casada, recogida en el art. 71 de la Compilación.

La Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears, menciona en su artículo 30. 2, aplicable a Mallorca y Menorca, como causas de revocación de la donación universal de bienes presentes o futuros el supuesto de cancelación de su inscripción en el registro correspondiente, salvo que sea para contraer matrimonio entre sí o por la muerte de cualquiera de ellos.

VII. DERECHO ARAGONÉS

1. Cuestiones generales y concepto de pareja

La derogada Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón ha quedado sustituida por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de

42. Se muestra partidaria de lo contrario, GIMÉNEZ COSTA, «Libertad de testar...», cit., p. 251, por cuanto considera que el usufructuario no debe ser necesariamente el viudo, pudiendo concederse al conviviente en pareja estable. No comparto la opinión pues quienes lo pactan en capitulaciones son los esposos y resultaría extraño que lo reconocieran a favor de un conviviente que, por definición, no podría ser considerado tal si existe matrimonio.

marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. La mayor parte del contenido de la norma se recoge en el Título VI del CFA.

Para ser considerado pareja, el CFA exige la correspondiente relación de afectividad análoga a la conyugal, disponiendo un modelo formal de constitución mediante escritura pública, junto con el factual de haber convivido durante dos años, lo que se podrá demostrar por escritura o cualquier otro medio de prueba, incluyendo acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia (art. 305).

Sin duda, a la vista de lo resuelto por la STC 93/2013, no parece que se superara el estándar constitucional, pues la inscripción en un Registro de la Diputación General de Aragón, previsto en el art. 304, solo es constitutiva a los efectos administrativos.

A diferencia de la evolución de otros derechos respecto al tratamiento inicial, los derechos de las parejas no casadas son bastante reducidos.

2. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes

Existen algunos efectos en ámbito sucesorio que se mencionan en el art. 311 del CFA, con idéntico texto al que correspondía a la Ley de parejas. El texto señala al respecto *(E)n caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyan, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año*⁴³.

En consonancia con otros ordenamientos se reconoce el derecho al ajuar, entendido como mobiliario e instrumentos para el trabajo.

Al mismo tiempo se contempla la posibilidad de residir un año en la vivienda de forma gratuita⁴⁴. El derecho es compatible con otras posibles atribuciones a favor de la pareja que serán convenientes en el caso de Aragón, pues su posición no es muy ventajosa.

43. Ver las consideraciones sobre el precepto de ALONSO PÉREZ, M.^a T., en *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*, Dykinson, 2015, pp. 475-476.

44. En STSJ de Aragón de 7.4.2015 (RJ 1607), no se reconoce el derecho al vivir la pareja en precario en una casa propiedad de la madre del fallecido, no pudiendo generarse por el art. 311.2 un título y un derecho que no tenía el premuerto. No puede tener mejor título que el que tenía antes. La SAP de Zaragoza de 15.6.2010 (JUR 377330), se admite el desahucio no pudiendo prorrogarse el derecho que atribuye el art. 9. En el caso de la SAP Zaragoza de 11.4.2000 (AC 3158), se admite la demanda reivindicatoria contra el supérstite.

No se realiza ninguna equiparación al regularse el usufructo viudal⁴⁵; tampoco está mencionado el conviviente entre los legitimarios, ni como heredero intestado.

La ley de parejas mencionaba expresamente tres instituciones que no han pasado a la redacción del CDF, concretamente los arts. 15 a 17.

Se refería en primer lugar a la posibilidad de otorgar testamento mancomunado al que se refería el art. 15 de la Ley de Parejas y que el CFA permite utilizar sean o no cónyuges los otorgantes, conformes a los arts. 406 y 417 y siguientes.

Del mismo modo en el art. 16 se aludía a la posibilidad de otorgar pactos sucesorios, lo que podrán continuar haciendo a tenor de las reglas generales de los arts. 377 y siguientes, en las diversas modalidades acogidas en el texto.

Idéntica suerte ha sufrido el art. 17 Ley parejas que permitía la fiducia sucesoria, que será posible a tenor de las reglas generales, en el sentido de los arts. 439 y siguientes.

3. Ineficacia de las disposiciones testamentarias por ruptura

Dispone el art. 438, bajo el ladillo de efectos de la nulidad, el divorcio y la separación lo siguiente: *Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o los testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro si, al fallecer aquél, se hallaran divorciados o separados legalmente o estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos ante el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia dirigidos a ese fin*⁴⁶.

Teniendo en cuenta el rigor con el que se expresa el CFA en relación con los derechos de las parejas no parece extensible sin más. Extremo discutible sería si en tal caso pudiera acudir a la jurisprudencia del Supremo existente sobre la materia a la que me referiré en su momento, si bien parecería injusto que si no está incluido el conviviente se le aplicase sin más.

VIII. DERECHO NAVARRO

1. Cuestiones generales y concepto de pareja

Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, fue anulada en su contenido civil por la mencionada y demoledora STC

45. SAP Zaragoza de 23.5.2006 (AC 1860), no tiene derecho al usufructo universal, no es heredero forzoso. Se niega también en la SAP de Zaragoza de 13.12.2004 (AC 2005/31) considerando no poder aplicarse las reglas del testamento mancomunado tratándose de dos testamentos individuales, estando además uno de los integrantes de la pareja separado de su cónyuge.

46. Precepto cuya dicción se ha reformado levemente por Ley 1/2025, de 15 de mayo del Gobierno Foral de Aragón.

93/2013, lo que obligó al legislador navarro a regular nuevamente la situación por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo⁴⁷. El Preámbulo de la norma, siguiendo la estela del Constitucional, destaca que matrimonio y pareja no son realidades equivalentes, lo que se traduce, entre otros efectos, en los sucesorios.

La ley 106, dispone que si quieren constituirse en pareja estable con los efectos previstos en esta Compilación podrán hacerlo manifestando su voluntad en documento público, consagrando un modelo formal; así como la inscripción en el Registro único de parejas de la Comunidad Foral a los efectos de prueba de la misma.

2. Derechos sucesorios

Los efectos sucesorios se disponen en la ley 113 del FN afirmando que el sobreviviente solo tendrá los derechos sucesorios que se hubieran otorgado entre sí o por cualquiera de ellos en favor del otro, conjunta o separadamente, por testamento, pacto sucesorio, donación «mortis causa» y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación.

Resulta que según el texto «solo» se tendrán esos derechos, descartando otros como ser sucesor intestados tal como disponía la ley previa. No obstante, a lo largo de la regulación se pueden apreciar algunas equiparaciones puntuales, así, conforme a la ley 253 tendrá el derecho de usufructo, siempre que se cumplan las premisas de la ley 113; la constitución de pareja obligará a la reserva a favor de los hijos de la primera unión, tal como dispone la ley 273; y quedará excluido de poder ser contador-partidor según la ley 341⁴⁸.

IX. DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PAREJAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

1. Cuestiones generales

Si nos vamos al Derecho común, donde rige el Código civil, sorprende que, después de todo el tiempo transcurrido y observarse los movimientos de los legisladores autonómicos, no se le reconozca al conviviente supérstite ningún derecho por la muerte de su pareja.

Tan solo, después de plantearse recurso contra la LAU anterior, rompió el Tribunal su habitual jurisprudencia de no aplicar la analogía y resolvió a favor de

47. Sobre esta sentencia ver DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «La situación...», cit., y la bibliografía allí citada.

48. Ver sobre estas cuestiones ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B., en *Comentarios al Fuero Nuevo*, 2.^a edic., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 506 y ss.

la extensión de la subrogación a la pareja, lo que motivaría la redacción del correspondiente artículo 16, 1, b) del texto de 1994⁴⁹.

No obstante, siguiendo el orden de la exposición, analizaremos las negativas desde la perspectiva de no reconocer derechos de orden familiar, para después centrarme en los de índole sucesoria⁵⁰.

2. Inexistencia de efectos familiares por ruptura de la convivencia

No encontramos ningún reflejo de este tipo de derechos a lo largo de las disposiciones del Código, por lo que iremos destacando, dentro de las consecuencias que hemos visto que se atribuyen al conviviente supérstite en otros ordenamientos, los derechos que no les asisten.

- No tiene derecho a la aplicación del derecho de predetracción del art. 1321 en cuanto al ajuar familiar, pues en el Código no existen normas de extinción del régimen de las parejas no casadas, que bien podrían ser las del régimen de separación de bienes.
- No tiene derecho a permanecer en la vivienda habitual ningún plazo. Es cierto que en el Código tampoco lo tiene el cónyuge viudo, lo que puede parecer bastante inexplicable, fuera del derecho de atribución preferente que pueda tener por disolución de gananciales, conforme al art. 1406, 4.º y 1407, que permite su conmutación por un derecho de usufructo. Tampoco parece una preocupación del legislador que no ha alterado las reglas de régimen económico a pesar de ser crecientes las capitulaciones para adoptar separación de bienes, supuesto en el que al supérstite se le podrá desalojar de la vivienda.

Se niega el derecho, por ejemplo, en STS 6.3.2014 (RJ 1692), donde atribuye al supérstite el 50% de los bienes como resultados de aplicar las reglas de la comunidad, pero no permite un uso vitalicio de la vivienda (que había sido reco-

49. Dispone el art. 16, 1, b) el derecho a la subrogación mortis causa para *(L)a persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*. Se trata además del primer texto que reconoció derechos a nivel estatal a las parejas con independencia de su sexo.

50. Ambos, familiares o sucesorios, se rechazan por la SAP Alicante de 15.02.2005 (JUR 109626), manifestándose que «no es posible que los órganos judiciales puedan quebrantar la ley con el pretexto de integrar el Ordenamiento Jurídico para aplicar el régimen económico matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quién no es tal cónyuge por su propia y libre decisión, aunque forme una pareja estable».

nocido en primera instancia), manteniendo que no existe título que permita el uso de la vivienda, excluyéndose la aplicación del art. 96⁵¹.

Tan solo la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía atribuye en el art. 13 este derecho de uso durante un año, lo que, sin duda, es inconstitucional⁵², provocando consideraciones disímiles por parte de los tribunales sobre la aplicabilidad del precepto, resultando en la mayoría de los casos enjuiciados que ha transcurrido el plazo de atribución cuando resuelve el tribunal, por lo que ya no se plantea la cuestión como fondo. Sucede por ejemplo en la SAP Granada de 2.2.2004 (JUR 107132) en la que ha pasado un año y destaca el tribunal que no es una norma de carácter sucesorio, manifestando que sería deseable que se proporcionara una respuesta jurídica; según SAP Huelva de 14.11.2018 (JUR 30571) el art. 13 no confiere un derecho de usufructo vitalicio, por lo que se admite el desahucio por precario, aunque parece mantener la competencia del legislador andaluz.

En aras de la verdad, las tramitaciones judiciales nos dan ejemplo de que ese derecho durante un año muchas veces se respeta por los propios herederos del causante pareja premuerto de manera voluntaria⁵³.

- No puede el conviviente supérstite reclamar la aplicación del régimen económico matrimonial de gananciales. La aplicación de las consecuencias previstas en caso de fallecimiento para los gananciales se ha negado, con razón, si bien sí vemos aplicación *post mortem* de la disolución de una comunidad entre los convivientes, algunas veces surgidas de situaciones reales y otras algo forzadas por la presunción de existencia de comunidad derivada de la actuación de la pareja.
- En cuanto a la compensación ex art. 1438 CC, se pretende en el supuesto de una convivencia de más de veinte años que da lugar a la SAP de Burgos de 5.3.2010 (JUR 154666), y el tribunal, sin mencionar el precepto, reconoce 100.000 euros como compensación a pagar por los herederos por la atención personal a su pareja, equilibrando la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad propia para dedicarse al otro⁵⁴. El pronunciamiento recoge íntegro el contenido de la STS de 12.9.2005, y

51. Se niega también en SAP de Vizcaya de 27.7-2000 (AC4943) el Juzgado había atribuido el usufructo universal (en aplicación de que la convivencia no puede quedar perjudicada por la ruptura), la AP lo suprime entendiendo que no hay título.

52. Inconstitucionalidad mantenida por GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, 2006, pp. 353-362; y MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «La sucesión *mortis causa* de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 19, agosto 2023, pp. 624 y ss, resaltando que la norma hace de mejor condición a las parejas respecto de los matrimonios.

53. En SAP de Granada de 1.4.2010 (JUR 357709) se evidencia la existencia de un pacto entre los herederos y el conviviente mientras lo necesite para satisfacer sus necesidades.

54. En el Juzgado se considera que la convivencia entre ambos es título suficiente y necesario para procurar derechos económicos para el conviviente que sufrió perjuicio, atribuyendo además a la pareja derecho sobre la vivienda habitual.

dice aplicar su jurisprudencia, aunque en ningún momento menciona que sea por aplicación del principio de enriquecimiento injustificado.

3. Efectos sucesorios

Es necesario señalar que también en este ámbito la atención a la pareja es inexistente.

A) Ausencia de legítima

Sin duda posible al respecto el conviviente sobreviviente no se considera legitimario. En su momento se consideró como posible razón de esta negativa que el fundamento del derecho residiría en la protección del matrimonio como institución y en la compensación de los deberes que ligan a los cónyuges⁵⁵. Desde luego, tras las reformas obradas en el Código en el art. 834 por la Ley 15/2005, dudo mucho de que en la actualidad pueda mantenerse la misma justificación. Resulta más plausible que el derecho a la legítima se base en el presente en la convivencia entre los esposos, deducida de la privación de la misma a quien está separado de hecho, por lo que se acercaría a la situación de pareja. No obstante, a la vista del rechazo sistemático a la analogía es una cuestión que compete exclusivamente al legislador⁵⁶.

B) Inexistencia de derechos intestados

Tampoco puede considerarse como heredero abintestato, aunque eso no impide que se haya reclamado este derecho ante los tribunales en su inmensa mayoría de ocasiones con resultados negativos⁵⁷. Se rechaza tal pretensión, entre otras, por SAP de Valladolid de 6.11.2001 (JUR 2002/19285), y en AAP de Madrid de 11.6.2007 (JUR 259127), en sentencia en la que, lógicamente, se dice que si el legislador quisiera haber reconocido derechos intestados lo habría incluido en las reformas

55. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones...*, cit., p. 276; se ocupa ampliamente de la cuestión ESPADA, *Los derechos...*, cit., p. 379 y ss; y, recientemente ARAKISTAIN, *La posición...*, cit., pp. 284-287.

56. Creo que puede buscarse analogía también con las reservas (art. 968 y ss) y las precauciones a adoptar cuando la viuda queda encinta (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones...*, cit., p. 276). Verdaderamente, resulta insólito que el art. 958 bis, se ocupe de mencionar al cónyuge superviviente, pero no a la pareja no casada. De las reservas se ocupa detalladamente ESPADA MALLORQUÍN, *Los derechos...*, cit., pp. 387-291).

57. Llama la atención el supuesto que da lugar a la SAP de Barcelona de 19.3.2021 (JUR 100916) por la que se condena por falsedad documental al rector de la parroquia a tres años de prisión y a la hija de la fallecida a un año como cooperadora necesaria por simular un matrimonio y fingir el correspondiente expediente matrimonial, lo que permitió declarar a la «no viuda» como heredera intestada.

de 2005. Por el contrario, se menciona por la doctrina un auto de la AP Alicante de 24.1.2002 en el que se reconocen derechos intestados al conviviente⁵⁸.

En mi opinión, expresada hace más de veinte años resulta inexplicable que no sea heredero abintestato, pues si consideramos que el llamamiento a ser sucesor intestado reside en una suerte de presunción de los afectos del testador no tiene sentido ninguno que pasen por encima sus cuñados, o los sobrinos o primos de su cónyuge y, por supuesto, el Estado⁵⁹. Tampoco se encuentra justificación para negarlo si buscamos un fundamento familiar. Lo que resulta incuestionable es que, en la realidad actual, son un elevado número de personas las que conviven en relación de pareja y no debería ignorarse esta cuestión⁶⁰.

Por ello parece inconcebible que con la cantidad de veces que se ha reformado el CC en materias cercanas no se haya tenido en cuenta a la pareja, con los requisitos que quisiera exigir el legislador (modelos formales, plazo especial de convivencia previa, etc.), o en el orden de sucesión que le pareciera más conveniente si no quiere equipararlo al viudo, pero preterirlo absolutamente no es consecuente con la evolución del concepto de familia, propiciado por el art. 39 CE desde hace décadas.

Por otra parte, obra en favor de esta inclusión el hecho de que ese mismo legislador se ha ocupado de privar, no solo de la intestada, sino también de la legítima al cónyuge separado de hecho en el art. 945 CC, desechando contundentemente otro argumento que no sea la convivencia.

C) Ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por ruptura previa de la pareja

Como se ha visto, en algunos derechos existen disposiciones en que las rupturas sobrevenidas producen la ineficacia de ciertas disposiciones testamentarias en las que se tenía en cuenta al cónyuge o a la pareja. El Código civil no contiene ninguna regla al respecto, si bien el TS en sendas sentencias, una en relación con un legado a la pareja y otra sobre una institución de heredero al cónyuge, recurre a la aplicación del art. 767 CC entendiendo que existe causa falsa⁶¹. Concretamente la STS 26.09.2018 (RJ 4258), respecto de un legado al conviviente

58. Concretamente ESPADA MALLORQUÍN, *Los derechos...*, cit., p. 311, aunque personalmente no he encontrado el auto en ninguna base de datos con esa fecha.

59. Concretamente, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones...*, cit., p. 273 y ss.

60. Son muchos los autores que se han mostrado favorables al reconocimiento de derechos intestados, entre otros, con especial detenimiento y profusión de argumentos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, 2016, pp. 321-367, ESPADA, *Los derechos...*, cit., pp. 309 y ss., proponiendo la aplicación analógica de tales normas. También, parece admitirlo GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Las uniones de hecho», *Derecho de la familia*, Thomson-Reuters, Civitas, 2012, p. 1513, si bien debiendo considerarse posible en tal caso la exclusión del llamamiento por vía de testamento. Dedicó atención actualizada al tema ARAKISTAIN ARRIOLA, *La posición...*, cit., pp. 289-293.

61. Sobre el particular, por todos, me remito al trabajo de SERRANO GÓMEZ, E., *Ineficacia de disposiciones testamentarias por cambio en las circunstancias personales o familiares del testador*, Reus, 2021.

considera que «el empleo de la expresión «su pareja» para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención «su pareja» revela el motivo por el que el testador ordenaba el legado a favor de Cecilia...».

En este sentido entiende el Supremo que la misma doctrina es aplicable exista matrimonio o relación de pareja, pues en STS de 28.9.2018 (RJ 4071), dictada dos días después, aplica idéntica solución en un supuesto de institución de heredero hacia quien ya no es el cónyuge⁶².

4. Atribuciones voluntarias de derechos sucesorios al supérstite

La posible solución a estos problemas la encontramos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas que conviven en pareja, que podría plasmarse en la práctica en la utilización de diferentes expedientes. Por supuesto, todo lo que se diga sobre esta solución exige de la colaboración de ambos miembros de la pareja, o al menos de uno de ellos, pero no son opciones que puedan tenerse en cuenta en el momento del fallecimiento de uno de ellos si los miembros de la pareja han permanecido inactivos. Es decir, se trata de previsiones que deben realizarse *ex ante* y no *ex post*, lo que exige de una labor de información que no puede decirse que exista en la realidad actual. Cada una de las posibles soluciones que se apuntan podría ser objeto de mayor dedicación, limitándome a enumerarlas o apuntarlas brevemente.

A) Recurso a expedientes jurídicos que faciliten la disolución

Pueden recurrir las parejas a instituciones jurídicas que faciliten la disolución, como adquirir los bienes en comunidad, o crear una sociedad. De la práctica de los tribunales se observa que acudir a las reglas de la comunidad es una de las mejores soluciones para los jueces, sea la ruptura *inter vivos* o *mortis causa*, planteándose como una opción que provocaría pocos problemas.

B) Contratación de seguros de vida

Pueden realizar contratos de seguros de vida en los que la pareja sea beneficiaria. Tampoco este es un tema exento de polémica, fundamentalmente por dos

62. De manera diferente se niega la aplicación analógica a la pareja de la imposibilidad de ser testigo en un testamento abierto, prevista en el art. 682 CC por STS de 19.10.016 (RJ 4938), acudiendo al criterio de la interpretación restrictiva y «favor testamenti». En contra, en detallado y extenso trabajo, se pronuncia CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «¿Puede el conviviente de hecho del heredero ser testigo en un testamento abierto? Entre la analogía y la interpretación- ¿extensiva o restrictiva-», *RDP*, num. 43/2017, pp. 1-30, entendiendo rechazable la analogía, pero no la interpretación extensiva.

razones, por una parte, en cuanto a la designación del beneficiario, pues en la mayoría de los clausulados no existe equiparación con el cónyuge, por lo que el tomador deberá tener la previsión de mencionar expresamente a su pareja, lo que determinará hacerlo con nombre y apellidos para evitar más problemas⁶³. Por otra parte, deben tenerse presentes posibles fraudes a legitimarios, con los efectos que determina el art. 88 de la Ley de Contratos de Seguro⁶⁴.

Si acudimos a las resoluciones de los tribunales observamos un tratamiento dispar, con equiparaciones que se aceptan o se rechazan según los casos. Por ejemplo, la SAP Barcelona de 15.10.2018 (JUR 311210), no concede el cobro de la póliza al no haber sido designado por el tomador, negando su asimilación con el cónyuge; no parece ser una solución convincente pues en ese tiempo los convivientes son equiparados en Cataluña con el viudo a todos los efectos, lo que debería trascender fuera de los efectos previstos en el CCCat, por no mencionar que la pareja había sido instituida heredera testamentaria y se trataba de una convivencia de 12 años⁶⁵.

Precisamente esto se argumenta en la SAP de Lleida de 26.5.2017 (JUR 202448), procediendo a equiparar a la pareja con el cónyuge, alegando que los términos del contrato no son claros al tratarse de una póliza colectiva, no conociendo el asegurado las condiciones del contrato. La sentencia destaca, a lo que ahora nos interesa, que en Cataluña existe equiparación entre parejas y cónyuges, no solo en las reformas del libro II, sino especialmente en las del libro IV.

También se muestra favorable en cuanto al reconocimiento del derecho a cobrar de la pareja la STS 25.11.2020 (RJ 4799), sobre interpretación de un seguro de accidentes en el que no se había incluido a la pareja como beneficiaria en una póliza colectiva. Se reclama el cobro por los padres, lo que reconocen Juzgado y Audiencia, considerando el Supremo que no se trata de una equiparación entre el cónyuge y pareja (para mí si lo está haciendo), sino deducida de los términos de contratación del seguro, recurriendo a la posible voluntad del finado presuponiendo su ánimo de incluirla como beneficiaria. Llama la atención que cuando la compañía se pone en contacto con el asegurado con el fin de que se comunique la designación de los beneficiarios nada se manifiesta, por lo que a mi modo de ver quiebra el argumento, quedando latente el que se está recurriendo a la analogía sin querer formularlo con claridad el Tribunal.

63. Existe equiparación expresa en Ley 35/2015, de 22 septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en el art.36, 2, reconociendo tanto el modelo formal de convivencia como el factual. Se aplica el precepto en la SAP de Guipúzcoa de 25.11.2024 (JUR 549233) acudiendo a una interpretación amplia, conforme a la realidad social, en un supuesto en que la conviviente se había trasladado a otra casa, lo que se justifica por motivos de trabajo.

64. Sobre el particular, ver REPRESA POLO, P., *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Reus, 2019, pp. 153-163.

65. Se niega también una indemnización por accidente de circulación por tratarse de una convivencia meramente formal en la que tan solo compartían piso sin existir *afectio maritalis*, en la SAP de Jaén de 18.1.2024 (JUR 121249).

C) Pactos de ruptura que incluyan previsiones para el supuesto del fallecimiento

Sería posible acudir al reconocimiento de pago de cantidades entre ellos mediante pactos de ruptura, como establecer para ese momento el abono de pensiones o el cobro de una renta vitalicia; bien disponiendo prestaciones alimenticias al estilo de las fórmulas de las leyes de pareja; o reconociendo el uso de vivienda familiar de forma temporal. Para ello pueden las parejas fijarse en los derechos que se reconocen por los legisladores autonómicos competentes y, recurriendo a escritura pública, puedan adoptarlos como previsiones convencionales.

Ahora bien, si consultamos a notarios y abogados nos damos cuenta de que en general no existe costumbre de pactar, prácticamente ausentes en las parejas, y menos que tiendan a solucionar la cuestión *mortis causa*.

D) Otorgamiento de testamento

En cuanto a las soluciones que pudieran encontrarse en el ámbito sucesorio, destaca el otorgamiento de testamento, aunque en el caso de tener legitimarios el causante tan solo jugará con la parte de libre disposición, siendo posible instituir a la pareja como heredero o como legatario (como legado podría dejarse el usufructo sobre la vivienda si existen bienes suficientes para poder imputarlo sin problema a la parte libre).

Podría plantearse que se dejara al supérstite el usufructo universal, lo que no tendrá problema alguno si no hay legitimarios, siendo fundamental, si estos existen, acompañarlo de una cautela socini o cláusula de opción compensatoria, de modo que, si los legitimarios impugnan el testamento, perderán aquello de más que les hubiera dejado el causante y solo recibirán la parte de legítima estricta, disponiendo que el tercio libre en su totalidad vaya al conviviente⁶⁶.

En la práctica, teniendo en cuenta que es posible que coincidan los hijos de uno de ellos con la pareja del otro pueden plantearse problemas prácticos, pues no le asisten al conviviente, al no ser legitimario, las posibilidades de conmutación de la legítima, derecho que no tiene, por lo que quedaría en una situación incómoda, aunque se respetara el derecho de usufructo.

Esta posible previsión, en el caso de no ser impugnada, sería la forma más sencilla en la que el conviviente pudiera permanecer en la vivienda familiar cuando fuera propiedad del otro. De todas maneras, insisto, hay que tener en cuenta que ni siquiera en el caso del matrimonio existe tal derecho para el supérstite, fuera de la atribución preferente que le asiste cuando se tratase de un inmueble ganancial.

66. Lo considera de posible aplicación para dejar el usufructo universal al conviviente PÉREZ RAMOS, C., *Sucesiones, Memento Práctico*, Lefebvre, 2020, p. 188.

E) Recurso al contenido del art. 831

Otra opción para dar poderes al conviviente estaría en el recurso a la aplicación del art. 831, uno de los pocos en el CC en los que se equipara al conviviente con el cónyuge, en el sentido de poder retrasar algo la división de los bienes. Los poderes que otorga el precepto permitirían que el supérstite mantuviera un control que no puede extenderse al pago de las legítimas que deben satisfacerse de modo inmediato como ha mantenido el Tribunal Supremo en STS 24.05.2019 (RJ 2113).

Resumiendo, excepto en este último caso, se le trataría exactamente igual que a un extraño, pero si no adoptan alguna de estas previsiones los miembros de la pareja no recibirán derecho alguno a la muerte del causante.

5. Posibles cauces de solución analizados los Tribunales

El rigor al que conduce la situación resulta injusto en muchas ocasiones y encontramos algunas resoluciones judiciales en las que se intentan paliar esas consecuencias tan duras recurriendo a la aplicación de soluciones de cierre del ordenamiento, concretamente la analogía, que sería la posible primera solución atendiendo a la prelación de fuentes y en caso de rechazarse la misma los principios generales del derecho.

A) Rechazo generalizado a la analogía

Sin especiales quebrantos del sistema podría defenderse que existe identidad de razón entre el matrimonio y las relaciones de convivencia, que es el presupuesto más delicado de los que exige el art. 4 del CC al resultar evidente la presencia de los otros dos. No obstante, la reiteración con la que se ha pronunciado el Constitucional y el Supremo con la erradicación de la aplicación analógica de las normas de los casados a las parejas, con afirmaciones tan poco convincentes como que la pareja nada tiene que ver con el matrimonio, dificultan mucho la cuestión.

No puedo sino compartir palabras proferidas en la doctrina manifestando que «la analogía proporciona una regla perfectamente segura, incomparablemente más segura que la que ofrecen las sentencias que aplican los principios de enriquecimiento injusto y de protección al conviviente»⁶⁷.

Reconociendo que en las relaciones *inter vivos* se hayan aplicado algunas reglas por la vía de la analogía, aunque fuese indirectamente, se niega sistemáticamente recurrir por esta vía las reglas de régimen económico matrimonial, y también en cuanto a las equiparaciones con instituciones sucesorias. Como se ha

67. MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, en «Prólogo» a *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 35.

visto, en las reclamaciones de derechos intestados es el argumento difundido en la práctica totalidad de las sentencias.

A pesar de ello, podemos descubrir alguna sentencia aislada en la que, en definitiva, se aplica la analogía. Por ejemplo, en SAP de Málaga de 12.11.1999 (AC 2595), en un supuesto de pareja homosexual con convivencia durante 30 años, muriendo uno de ellos de sida, teniendo lugar unas donaciones simuladas en compraventas se declara que son remuneratorias por la dedicación y cuidado al otro conviviente. Los bienes hereditarios se consideran gananciales y después se le atribuyen como heredero testamentario único, si bien reduciendo lo que le correspondía a la madre, a la que se concede un tercio del patrimonio, tratando a la pareja supérstite como cónyuge viudo. La madre había alegado que no tenía inconveniente en que respetaran sus derechos como si estuvieran casados.

B) Recurso a los principios generales del Derecho. Especial referencia a la doctrina del enriquecimiento injustificado

Proscrita la analogía solo queda el recurso a los principios generales del Derecho, que concretamente en la materia que nos ocupa han sido dos, el de protección al conviviente y el de enriquecimiento injusto.

Durante algún tiempo se inclina el Supremo por decantar un principio general del Derecho, el de protección al conviviente perjudicado que se acoge por los tribunales con algunas manifestaciones en la ruptura *mortis causa*. No obstante, en términos generales la aplicación de este principio puede considerarse un auténtico dislate.

Así en la STS de 23.11.2004 (RJ 7385), se reconoce el derecho a recibir un tercio de los bienes hereditarios por aplicación del citado principio, rechazando acudir a las reglas de la comunidad. Pero la cuantía finalmente concedida solo se justifica porque no puede ser de la mitad al no contemplarse la comunidad, lo que no deja de ser bastante discutible. En la jurisprudencia de Audiencias encontramos, por ejemplo, la SAP Murcia de 9.2.2010 (JUR 134816), en la que condena a los herederos a pagar una suma de 3.000 euros, en base al mencionado principio.

El particular cauce de solución fue abandonado por el Supremo, si bien durante una época posibilitó aplicar por analogía lo que al tribunal le parecía conveniente, especialmente en el ámbito de las resoluciones de Audiencias y en rupturas *inter vivos*.

El otro principio aplicado a los convivientes es el de enriquecimiento injusto. Se trata de la doctrina que han fijado las dos sentencias de plenarias dictadas con el fin de clarificar el tratamiento de las parejas, concretamente SSTs 12.9.2005 (RJ 7148) y 15.1.2018 (RJ 76) sobre la ruptura de la unión, entendiendo que a falta de pacto y de ley específica de parejas debe aplicarse la doctrina del enriquecimiento injustificado⁶⁸. Desde luego, no se trata de una doctrina de fácil y de

68. Sobre esta cuestión me remito a DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿Tiene sentido hablar de este modo?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 1002-1045.

segura aplicación, sobre la que no podemos detenernos, pero que sí se ve aisladamente en algunos casos de ruptura *mortis-causa*, con argumentos no excesivamente sólidos. En su mayoría los asuntos resueltos por los tribunales se refieren a rupturas por crisis de la pareja⁶⁹.

Destaca especialmente la STS de 17.6.2003 (RJ 4605), que puede considerarse un caso emblemático de reconocimiento de la aplicación del enriquecimiento sin causa a las parejas en un supuesto de ruptura por muerte. Tras una convivencia de 53 años, sin hijos y sin otorgar testamento, siendo heredera intestada la hermana, se condena al pago de la cuarta parte de los bienes con exclusión de los de procedencia familiar, así como hacer suyos los muebles y enseres y el derecho a utilización vitalicia de la vivienda, rechazando la posible exigencia de una acción de responsabilidad y negando la aplicación analógica de la pensión compensatoria. Aunque se entiende que el enriquecimiento se ha producido en vida y no se trata de reconocer efectos sucesorios las consecuencias se parecen mucho. Sin duda, el proceder del tribunal parece estar guiado por unos presupuestos de justicia material que, en sentido riguroso, no deberían conducir a la aplicación del enriquecimiento que se considera textualmente por la propia sentencia como un «concepto-válvula» para poder introducir criterios valorativos⁷⁰.

La doctrina vuelve a ser recogida, aunque desde la perspectiva de las «condiciones» en la STS de 6.5.2011 (RJ 3843), en la se estima que la deuda por el enriquecimiento está en la herencia del compañero difunto y debe ser pagada por sus herederas. Se aprecia en el caso la presencia de *condictio* por inversión, pues ella trabajaba para las empresas de él, reconociendo el derecho al cobro de una cantidad calculada sobre la base de los bienes que ya había recibido, según la prueba producida, y los salarios o el trabajo que no fueron abonados por su difunto compañero. Nuevamente, en el afán de no reconocer efectos *mortis causa*, no procedía pedir la participación en el patrimonio de su difunto compañero, porque ello hubiera sido tanto como pedir un derecho sucesorio al que no tiene derecho debido su cualidad de conviviente. Finalmente, se condena al pago de 60.000 euros como compensación por la inversión realizada⁷¹.

69. Algunas sentencias de Audiencias aplican el principio, como en SAP Valencia de 21.10.2002 (JUR 2003/11793), en la que, tras veinte años de convivencia, se reconoce el derecho a una compensación de 12.000, por su trabajo para la casa no retribuido adecuadamente, mientras su pareja se dedicaba a pintar apelando al enriquecimiento de él y el empobrecimiento de ella. También se trasluce la aplicación del principio en la mencionada SAP de Burgos de 5.3.2010 (JUR 154666), siguiendo la estela de la STS plenaria de 12.9.2005, condenando al pago de una indemnización de 100.000 euros.

70. No se reconoce el principio del enriquecimiento injustificado en STS 25.11.2011 (RJ 2012/578), aplicando la división de bienes comunes y rechazando la petición de rendición de cuentas solicitada por los herederos del fallecido al sobreviviente.

71. Mencionar un supuesto que trascendió a los medios de comunicación resuelto por la STSJ de Cataluña de 12.9.2014 (RJ 6419). Pareja entre primera vedette y empresario de 30 años de duración extinguida por muerte de él, en la que ella contribuye a que la empresa produzca mayores beneficios, no cobrando lo que debería por su éxito de taquilla. Demanda el 50% del patrimonio, que se considera que asciende a más de 37 millones de euros, de los que se van descontando bienes adquiridos antes de la unión de pareja. Se aplica la doctrina del enriquecimiento injusto, considerando

Llama la atención que los tribunales parecen manejar a su discreción los exigentes presupuestos del enriquecimiento sin causa que exige el propio Supremo, olvidando incluso el último que es recuperado en la destacada STS de Pleno de 15.1.2018 (RJ 76), concretamente: 1.º Enriquecimiento de uno de los integrantes de la pareja; 2.º. Correlativo empobrecimiento de otro; 3.º Inexistencia de causa que justifique el enriquecimiento; y 4.º. Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Sin duda la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injustificado exige de un rigor y unos cálculos que no se traslucen en los citados pronunciamientos.

Ahora bien, en el caso de querer seguir rigurosamente esta solución resulta evidente que deberían realizarse cálculos económicos, lo que se omite habitualmente, oscilando las cifras que se conceden de manera poco convincente, por lo que en algunos supuestos se trasluce la impresión de que el Tribunal observa el rigor de la falta de reconocimiento de derechos sucesorios hacia las parejas que se intenta remediar forzando ciertas instituciones cuando parecería mucho más seguro que el legislador decidiera actuar, o bien acudir a la analogía en algunos supuestos determinados.

X. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

La impresión que se obtiene tras la lectura de este análisis confirma el planteamiento inicial de que se trata de una materia compleja, de difícil solución incluso cuando se acomete su tratamiento por los legisladores, pero que en el caso del ámbito común plantea un serio quebranto al principio de seguridad jurídica. El recurso al enriquecimiento injustificado no parece ser la solución ideal, pero resulta que es aquella por la que se decantan los Tribunales en un esfuerzo de ofrecer un cauce uniforme. De querer seguirse este camino los pronunciamientos deberían ser rigurosos en cuanto a la apreciación de la constatación y demostración de sus presupuestos, no siempre respetados.

Teniendo en cuenta el escenario descrito, las parejas no casadas que quieran sentirse amparadas en el caso de fallecimiento de una de ellas deberán informarse debidamente sobre las vías de solución que pudieran paliar el rigor de la situación en el ámbito de aplicación del Código civil, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, pareciendo ser la única salida satisfactoria.

que se han cumplido sus presupuestos, hablando de la *condictio* por inversión, por el trabajo realizado por ella para los negocios de él, y se condena finalmente al pago de 2.300.000 euros que se calculan comparando los patrimonios de ambos descontando ciertos bienes, estimando como cantidad prudencialmente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.^a T., en *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B., en *Comentarios al Fuero Nuevo*, RUBIO TORRANO, E. y ARCOS VIEIRA, M.^a L., (Dirs.), 2.^a edic., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco*, Reus, Madrid, 2023.
- ARNAU RAVENTÓS, L., en *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J., (Coords.), 2014, Atelier, Barcelona, 2014.
- ARNAU RAVENTÓS, L. y RIBOT IGUALADA, J., *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J., (Coords.), Atelier, Barcelona, 2014.
- AYLLÓN GARCÍA, J., «Presente y futuro del derecho sucesorio de las parejas de hecho», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, F., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y ARANGUREN URRIZA, F. J., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 257-285.
- BUSTO LAGO, J. M., «Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones *more uxorio* realizada por la Disposición Adicional 3.^a de la LDCG/2006», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 726/2007, (BIB 2007/218).
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «¿Puede el conviviente de hecho del heredero ser testigo en un testamento abierto? Entre la analogía y la interpretación —¿extensiva o restrictiva—», *Revista de Derecho Privado*, num. 43/2017, pp. 1-30, (BIB.2017/12523).
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿Tiene sentido hablar de este modo?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 1002-1045.
- «La situación actual de las parejas no casadas», *Indret*, julio, 2015, pp. 1-46, www.indret.com.
- Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., en DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, 3.^a edic., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2022.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- GAGO SIMARRO, C., «Derechos *mortis causa* del conviviente supérstite», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, F., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y ARANGUREN URRIZA, F. J., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 519-550.
- GALICIA AIZPURUA, G., «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *InDret*, 4/2017, pp. 1-31.

- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, 2006, pp. 353-362.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Las uniones de hecho», *Derecho de la familia*, DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., Thomson-Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 1479-1517.
- GIMÉNEZ COSTA, A. y VILLÓ TRAVÉ, C., «Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite», en *La libertad de testar y sus límites*, VAQUER ALOY, A., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., y BOSCH CAPDEVILA, E. (Coords.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2018, pp. 221-266.
- LAMARCA I MARQUÉS, A. (2024). «Las parejas de hecho ante el Tribunal Constitucional», Editorial de *InDret*, 2. 2024.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «La sucesión *mortis causa* de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N^o 19, agosto 2023, pp. 600-629.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Prólogo» de *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- PÉREZ RAMOS, C., *Sucesiones, Memento Práctico*, Lefebvre, Madrid, 2020.
- REPRESA POLO, P., *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Reus, Madrid, 2019.
- SERRANO GÓMEZ, E., *Ineficacia de disposiciones testamentarias por cambio en las circunstancias personales o familiares del testador*, Reus, Madrid, 2021.
- VAQUER ALOY, A., *Comentario al Código Civil de Cataluña. Libro IV: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024.
- VAQUER ALOY, A., en del POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña, Derecho de Sucesiones*, 3.^a edic., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2017.
- VILLÓ TRAVÉ, C., *Las atribuciones sucesorias determinadas por ley en el Derecho civil de Cataluña*, Reus, Madrid, 2019.
- VVAA, *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, URRUTIA BADIOLA, M. (Dir.), Academia Vasca de Derecho, Dykinson, Madrid, 2016.
- ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio*, ALBORS SANCHO, A. (Traductora), ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Edits.), Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO. PROTECCIÓN TESTAMENTARIA DEL CÓNYUGE VIUDO. LA CAUTELA SOCINI Y OTRAS DISPOSICIONES A FAVOR DE CÓNYUGE VIUDO

Antonio Domínguez Mena

Notario de Madrid.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. REMEDIOS TÉCNICO-JURÍDICOS FRENTE A LA RIGIDEZ DE LAS LEGÍTIMAS. III. CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIO O DE COMPENSACIÓN LEGITIMARIA. 1. Introducción. 2. Evolución histórica. 3. Clases. 4. Utilidad. 5. Requisitos. 6. Admisibilidad. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 7. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. 8. Privación del tercio de mejora a los no conformes. IV. OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO. 1. Usufructo universal con facultad de disponer. 2. Legado de la facultad de disponer. 3. Pago de las legítimas en nuda propiedad. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en materia, quiero expresar mi gratitud a todos los organizadores y patrocinadores de este Congreso. En primer lugar, por haber elegido un tema de tanta actualidad práctica y tanto interés a todos los efectos, y en segundo, desde el punto de vista personal, por su generosidad al haberme invitado a participar en él, pues poco he de aportar más allá de una visión absolutamente práctica de la cuestión, basada en la experiencia diaria y en el contacto personal con muchas personas que se encuentran en el trance de afrontar la apertura y conclusión del proceso sucesorio. Son infinitas las cuestiones que surgen a diario en relación a esta materia y sobre todo, no pocos los problemas a los que se enfrentan los viudos cuando descubren que el sistema legal no les otorga todo lo

que ellos esperan, merecen o, simplemente, no les concede aquello que llevan poseyendo «pública, pacífica e ininterrumpidamente» desde la ya lejana celebración del matrimonio, sino que han de «negociar» con los herederos forzosos (quizás sus propios hijos) o voluntarios, la «escasa» adjudicación a su favor de «mucho de lo que ya era suyo».

En esta ocasión, sin grandes disquisiciones históricas y dogmáticas, vamos a abordar la cuestión desde los ojos del testador que quiere disponer de sus bienes como tenga por conveniente —que para eso son suyos— y del viudo, para intentar que nuestro paciente lector sienta «el peso de las legítimas» en toda su extensión, interpretando la situación y las normas de acuerdo con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como dice el artículo 3 del Código Civil.

Partiendo de la premisa anterior, desde una perspectiva muy personal, basada en la experiencia práctica durante muchos años —mejor no decir cuántos— y con un punto de vista más que crítico, como siempre ha de afrontar el intrépido —más bien, imprudente— jurista que se sumerge en un problema real, abordaremos la cuestión con algo de humor, aunque la situación práctica que se le plantea al viudo no tiene ninguna gracia. Pero, todo hay que decirlo, no siempre las cosas *pintan* tan mal.

Si abordamos el título de esta ponencia, quiero felicitar a quienes lo eligieron por su acierto, pues en pocas palabras condensa una gran cantidad de ideas, centrándonos en dos concretamente: «**Protección**» y «**cónyuge**».

Empezando por la segunda, es absolutamente indudable que el «cónyuge» está en peligro de extinción, como el lince ibérico y el oso pardo. Para adquirir la condición de cónyuge es imprescindible la existencia de un matrimonio, y éste no surge por combustión espontánea, ni por prescripción (y tampoco está sujeto a caducidad), sino que requiere de una manifestación expresa de voluntad de dos personas ante una autoridad, asumiendo un compromiso más o menos «fuerte» según la opción elegida por sus protagonistas en cuanto a su celebración sea religiosa o civil. Sin muchas disquisiciones y basándome en las opiniones de los contrayentes en los expedientes matrimoniales que he tramitado y los matrimonios que he autorizado como Notario, respetando a todo el mundo y sin ánimo de ofender a nadie, no es aventurado afirmar que, en función de la forma elegida para su celebración, puede intuirse la fuerza, seriedad o compromiso que los contrayentes quieren otorgar a esa unión: Desde la indisolubilidad sacramental del Derecho Canónico, a la posibilidad del desistimiento unilateral del Derecho Civil sin necesidad de alegar causa alguna. Y esto no es una opinión personal, sino —tristemente— un hecho contrastado en la práctica. Incluso a algún Notario se le han presentado los contrayentes, en el momento de la celebración del matrimonio, disfrazados de los protagonistas de la serie «Star Wars» (La Guerra de las Galaxias), lo que pone claramente de manifiesto la seriedad que le quieren otorgar a su unión.

En el contexto social actual, en el que los ciudadanos —por regla general—no llevan bien el compromiso y relativizan las obligaciones que han de asumir como contrapartida a sus exacerbadas exigencias respecto de los derechos, el matrimonio cada vez tiene menos «audiencia». Los compromisos que se asumen, la palabra

dada, se modifican a placer según el curso de los acontecimientos, algo que comprobamos constantemente en los medios de comunicación.

Sin embargo, cuando estudiábamos la relación jurídica contemplábamos sus dos lados por igual: El activo, con sus derechos, y el pasivo, con sus correlativas obligaciones. Hay derechos porque también hay obligaciones. Pero este simple concepto se ha relativizado modernamente; nadie quiere sus obligaciones, pero curiosamente ni dispensa, ni prescinde de sus derechos, sino que los exige en alta voz. Y en el matrimonio, necesariamente, hay obligaciones, aunque sean pocas según los artículos 66 a 68 del Código Civil, de lectura obligada en la celebración del matrimonio civil. Partiendo de la igualdad de los cónyuges, el compromiso tipo, sus obligaciones, son: Respetarse y ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente, compartir las responsabilidades domésticas, el cuidado y la atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo. A cambio, surgen los correlativos derechos sucesorios o alimenticios.

Por estas razones, el número de matrimonios ha descendido considerablemente desde hace décadas. Basta comprobar las cifras que publica el Instituto Nacional de Estadística: En el año 1970 se celebraron 248.205 matrimonios; en 1980, 220.674; en 1990, 220.533; en 2000, 216.451; en 2010, cinco años más tarde de la entrada en vigor del matrimonio entre personas del mismo sexo, 170.440; en 2015 (diez años más tarde de la entrada en vigor del matrimonio entre personas del mismo sexo), 168.910; en 2020, 90.670 (aquí, la sufrida pandemia que todos padecimos tuvo mucha importancia); en 2022, 179.107, y en 2023, 172.430. Por tanto, sin muchas precisiones estadísticas, teniendo en cuenta el incremento de población y que después de 2005 se amplía considerablemente el número de personas que pueden contraer matrimonio entre sí, es claro que las cifras confirman el descenso de los compromisos matrimoniales. Basta comprobar la del año 1970 (248.205) con la de 2023 (172.430): Casi setenta y seis mil matrimonios menos. ¡Ahí es nada!

La conclusión de todo lo anterior es, sin lugar a dudas, clara y confirma lo que apuntaba anteriormente: El matrimonio es una institución en peligro de extinción y que hay que proteger, pues es la prevista con carácter general por el ordenamiento para regular las relaciones jurídicas entre dos personas que han decidido llevar a cabo un proyecto de vida en común dentro del marco establecido por la ley.

Tratemos ahora la «**protección**». Sorprende que haya que hablar de protección del cónyuge viudo, pero sólo quienes han pasado por ese trance lo comprenden realmente. Desde un punto de vista personal, el viudo se enfrenta a una nueva situación, en la que está «solo ante el peligro», sin la persona con quien ha compartido una vida más o menos larga, pero con quien tomó decisiones importantes tanto en el aspecto personal (por ejemplo, tener hijos) como en el patrimonial (adquirir bienes). Y ahora, al desencadenarse el fenómeno sucesorio, toda esa situación cambia radicalmente: Ha perdido a la persona con quien compartía su día a día y, además, en cuanto a los bienes comunes, ya no son de su exclusi-

va titularidad, disponibilidad o disfrute (obviemos por un instante la situación de los cónyuges casados en régimen de separación de bienes).

Pero, ¿de quién hay que proteger al cónyuge viudo? Por increíble que parezca, en la mayoría de los casos, de sus propios hijos. Ésta puede resultar una afirmación agresiva o atrevida, pero realmente no lo es. No son pocas las ocasiones en que en el momento del otorgamiento de la escritura de adjudicación de herencia el viudo manifiesta su temor a que sus hijos puedan «invitarle» a abandonar la casa en la que ha vivido tanto tiempo y para cuya adquisición sacrificó tanto, y que se formula con una pregunta tan simple como cruda: «¿Pero mis hijos pueden echarme de mi casa?»

Y con esta dura pregunta, llegamos al título de nuestra ponencia, a plantearnos la protección testamentaria del viudo, a quien desde el punto de vista sucesorio y patrimonial hay que proteger de los herederos voluntarios y forzosos mediante cláusulas testamentarias centenarias, modeladas y personalizadas, pero que tratan de atribuir al viudo una situación más o menos beneficiosa frente a la sucesión forzosa que representan las legítimas —más o menos largas— a las que se tienen derecho por el mero hecho de la filiación. Así de simple. Sin entrar en muchas disquisiciones, en la práctica, las legítimas se han convertido actualmente en un auténtico problema por un doble motivo: Porque son innecesarias en su atribución y excesivas en su extensión.

Se dice que la legítima es un derecho subjetivo del legitimario y una obligación del testador, que ha de respetarlas necesariamente (según resulta del artículo 806 del Código Civil). A ellas se tiene derecho por el simple motivo de tener una relación de parentesco con el testador, sin ninguna otra justificación; y su cuantía es mayor cuanto más próximo es el parentesco.

En términos coloquiales, podría decirse que quien más trabajo dio al testador en vida, por quien más se sacrificó, a quien más tiempo dedicó, quien más horas de sueño le robó, quien más disgustos le dio, quien más le pidió y gastó, es a quien la ley le otorga el derecho más imperativo a recibir nada menos que dos terceras partes de su herencia. ¡Impresionante! ¿En esto consiste la libertad de testar?

Recordemos que al estudiar los fundamentos del Derecho de Sucesiones solemos utilizar una expresión que en absoluto coincide con la realidad: «La voluntad del testador es la ley que rige la sucesión». Con todos mis respetos, esta expresión es la gran falacia del Derecho de Sucesiones, pues sólo en una tercera parte de la herencia puede manifestarse libremente esa voluntad, porque hay dos tercios en los que el legislador considera que, o bien no estoy capacitado para decidir, o bien que mi decisión no será acertada y, por eso, establece el círculo de los destinatarios; es decir, que decide por mí, independientemente de que yo quiera mucho a mis hijos y ellos no me quieran a mí, no lo hagan de la misma forma o haga un lustró que no se interesen o preocupen por mí. Mi voluntad no importa; sólo sus derechos o expectativas, a pesar de que, muy probablemente, no habrán hecho absolutamente nada para contribuir al haber doméstico. Y si mi régimen económico matrimonial es de la sociedad de gananciales, además tendré que entenderme con ellos en la adjudicación de bienes que ya eran míos.

Cuando esto se le explica al triste viudo, que bastante tiene encima, su desolación es total.

Y mi voluntad tiene que frenarse ante lo que establece la ley, tan natural y sencillamente como si estuviera ante un semáforo. Así es como expliqué a mi hija una noche al acostarla, entonces una inofensiva e inocente legitimaria que adoraba a su padre, cuando me preguntó por «lo de las herencias». Yo lo denomino «el semáforo legitimario».

La luz roja simboliza la legítima: Un tercio de la herencia para los hijos, «necesariamente» por partes iguales.

La luz amarilla, la mejora: Otro tercio, para hijos y/o descendientes, por partes iguales o desiguales, pero «sólo para ellos». Y aquí encontramos al viudo, con su usufructo parcial de cuantía variable según las concurrencias. ¡Pobrecito, cómo se sorprende cuando se le explica cómo funciona el usufructo de un depósito de dinero o que no podrá él solo disponer de la vivienda si necesita el dinero para sus atenciones personales!

Y la luz verde, la libre disposición: El último tercio, para quien realmente quiera dejarlo el testador, menos para el Notario autorizante y demás personas comprendidas en los artículos 752 a 754.

Tras este pesimista, o más bien desolador panorama, nada alentador para el viudo, pasaremos a abordar qué remedios o herramientas ofrece el Derecho vigente al testador preocupado en que su viudo quede favorecido o, al menos, en una situación más «cómoda o beneficiosa» a la hora de afrontar la partición de la herencia.

II. REMEDIOS TÉCNICO-JURÍDICOS FRENTE A LA RIGIDEZ DE LAS LEGÍTIMAS

Como sabemos, los dos tercios de legítima que corresponden a los hijos limitan claramente la posibilidad de que el viudo pueda disponer o disfrutar libremente de todos los bienes de la herencia, lo que se agrava en el caso de que el haber hereditario esté constituido exclusivamente por una única vivienda adquirida, constante matrimonio sujeto al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales.

Si ésta es la situación, en condiciones normales de un matrimonio con hijos en el que fallece uno de los cónyuges sin testamento, el viudo recibirá una mitad indivisa de la vivienda en pago de su participación en la sociedad de gananciales, más el usufructo de un tercio de la otra mitad por la cuota viudal que le otorga el artículo 834 del Código Civil, adjudicándose el resto a los hijos (nuda propiedad de un tercio y pleno dominio de dos tercios, todo ello, de la mitad de la vivienda). Para ello, deberá otorgarse una escritura pública en la que comparezca el viudo y los hijos y, de común acuerdo, efectúen dichas adjudicaciones. En resumen, el viudo pasará a ser pleno propietario de una mitad y usufructuario de una sexta parte indivisa, lo que traducido a efectos prácticos significa que, al faltar su cónyuge, ha perdido el disfrute de dos sextas partes de la vivienda y la

plena disponibilidad de la mitad de la misma. Si la vivienda fuere de propiedad privativa del causante, lo dicho se entendería respecto de la totalidad de la misma.

La primera conclusión que obtenemos es muy sencilla. Para proteger al cónyuge viudo, inicialmente, los cónyuges han que adoptar una de dos posturas:

- a) Se prescinde de tener hijos y así no hay que protegerse de ellos al compartir los bienes futuros, salvo que vivan los suegros (ascendientes del difunto), en cuyo caso estamos en la misma situación.
- b) Si se decide tener hijos o viven los suegros, hay que otorgar testamento para ampliar los derechos hereditarios del viudo.

La primera postura no depende exclusivamente de la voluntad de los cónyuges, pues si bien pueden encomendarse a la abstinencia en cuanto a tener prole, no podrán eliminar la línea recta ascendente legitimaria (artículo 809) sin incurrir en algún tipo penal, y si lo hacen sin violencia de ningún tipo, el artículo 815 les limitará esos pensamientos impuros y protegerá la legítima de los suegros. La segunda postura, realmente, es la única solución. Necesariamente, hay que testar, aunque a muchas personas les cueste y para ellas suponga un mal trago (¡y me consta que hay muchas en esa situación!).

Por tanto, habida cuenta que, respondiendo a un instinto, lo normal es tener hijos, los cónyuges deben otorgar testamento como paso previo e imprescindible para protegerse y extender las atribuciones hereditarias más allá del escaso usufructo del tercio de mejora a que se refiere el artículo 834 del Código Civil.

Pero, para extender esas atribuciones más allá de la legítima viudal, ¿qué opciones hay? En primer lugar, no plantea dificultad alguna el hecho de legar al cónyuge viudo, además del usufructo del tercio de mejora, el pleno dominio del tercio de libre disposición, instituyendo herederos o legando a los legitimarios el resto. De esta forma, al menos, el viudo tendrá el control de dos tercios de la herencia: El de mejora, sometido a su usufructo, y el de libre disposición. Por su parte, los legitimarios descendientes camparán a sus anchas tan sólo en un tercio: El de legítima estricta.

Sin embargo, si estamos ante el supuesto planteado al inicio —una única vivienda en el haber hereditario—, al pertenecer un tercio a los descendientes legitimarios se planteará un proindiviso con todos sus problemas adyacentes y, sobre todo, con la amenaza de la acción de división de la cosa común del artículo 400 del Código Civil.

Esta acción, como sabemos, implica en última instancia la adjudicación en subasta del bien común —la vivienda— que, si bien no afectará al usufructo del tercio de mejora del viudo por no tratarse de un supuesto de comunidad de bienes (sino de un derecho de goce o disfrute absolutamente independiente del derecho del nudo propietario y sujeto a sus propias vicisitudes), tendrá el inconveniente de originar una comunidad de disfrute entre el viudo y el tercer extraño adjudicatario, que dispone del pleno dominio de dos terceras partes y la nuda propiedad del tercio restante, derechos que no son en ningún caso teóricamente incompatibles, por lo que el viudo «compartirá piso» con un extraño, algo que,

inicialmente, no parece que vaya a emocionarle. Por tanto, no parece que ésta sea la mejor solución y, sobre todo, la definitiva, la que le otorgue tranquilidad para el futuro.

Entonces, surge la gran pregunta: ¿Qué tipo de atribución hereditaria hay que ordenar a favor del viudo para que tenga una posesión pacífica e ininterrumpida de los bienes hereditarios? Y aquí llega la mágica respuesta, ingeniosa hace varios cientos de años para suavizar el rigor legítimo: Hay que acudir a las denominadas *cautelas de opción compensatoria o de compensación legítima* que, necesariamente, han de ordenarse en testamento.

Su funcionamiento es muy sencillo y puede traducirse, desde el punto de vista del testador, de esta forma: Yo, testador, quiero que las cosas sean de tal modo, pero como la ley no me lo permite, soy generoso y dejo al legítimo más de lo mínimo a lo que tiene derecho, pero a cambio debe aceptar mi voluntad; y si no la acepta, entonces sólo recibirá el mínimo legal, correspondiendo el resto a otra persona.

En el caso específico de cónyuges con hijos, el mensaje a éstos va mucho más allá: Lo que hemos conseguido ha sido juntos, así que justo es que el que siga viviendo, por lo menos, lo siga disfrutando. Es lo que vulgarmente se conoce como el testamento «del uno para el otro».

En realidad, estas cautelas *tientan* al legítimo, le obligan a tomar una decisión: Elegir entre su legítima estricta, íntegra e intacta, o aumentada, pero gravada.

III. CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA O DE COMPENSACIÓN LEGÍTIMA

1. Introducción

Ésta es la denominación utilizada por **Vallet de Goytisolo** en sus obras «Las cautelas de opción compensatoria de la legítima» (Revista de Derecho Notarial, n.º 45-46, Julio-Diciembre de 1964, páginas 9 a 340) y «Estudios de Derecho Sucesorio», Volumen II, 2ª edición de 1989 (editorial Montecorvo, páginas 369 y siguientes), donde reflexiona acerca de la denominación que técnicamente debería utilizarse para referirse a ellas.

¿Qué son en realidad estas cautelas? Según el Diccionario de la Lengua Española, de su Real Academia, una cautela es una *precaución o reserva con que se procede; astucia, maña y sutileza para engañar*.

Con la brillantez que le caracteriza (inalcanzable para este humilde ponente), plantea claramente en ambas obras el nudo gordiano del problema: «En la frontera indecisa y fluctuante entre la voluntad del testador y las legítimas es donde vamos a situarnos en este estudio. Zona polémica en la cual el interés y la voluntad del legítimo pueden resultar decisivos a favor del predominio de la intención del causante y del repliegue elástico de las normas prohibitivas que —en definitiva— solamente están orientadas a proteger el interés del propio legítimo. En el fondo es ésta la mecánica de las cautelas de compensación legítima».

2. Evolución histórica

Pero para saber a dónde vamos, como siempre, hay que saber de dónde venimos, de ahí que tratemos brevisísimamente, y reproduciendo a Vallet en las obras citadas —en las que constan prolijamente detalladas las citas exactas de las fuentes—, su evolución histórica, pues bajo la denominación de *cautela socini* se engloban una multitud de opciones que recibían la denominación del jurista que las diseñaba o dictaminaba sobre ellas. Esas denominaciones, entre otras, fueron las de cautela *Durantis o Gualdensis, Socini, Angeli, Cumani y el caso Deci*.

3. Clases

Sintéticamente, sus clases podrían resumirse así:

Paulo de Castro (siglo XV): Institución de heredero con gravamen de usufructo universal o la legítima estricta sin carga alguna. Él mismo admitió la cautela más en forma de imposición de una pena que de oferta de elección, cuando se estableciera una prohibición temporal de disponer impuesta al legitimario.

Cumani, defendida en el **siglo XV** por Rafael de Raymundis, conocido por Cumanus o Comensen: Imponer al legitimario la opción entre recibir la herencia gravada con fideicomiso universal, sin detracción de legítima ni de trebeliánica, o bien detraerlas, pero devolviendo en este caso al sustituto fideicomisario no solo el resto del caudal, sino también los frutos producidos por esta parte disponible hasta el montante, si lo hubieren alcanzado, de dichas legítima y trebeliánica.

Durantis o Gualdanse (Guillermo Durantes, en su *Ars testandi*, Roma, 1540, **siglo XVI**): Institución de heredero universal a un hijo gravado con restitución fideicomisaria, si aceptaba el gravamen o sólo la institución en la legítima estricta pero pura y sin gravamen.

Socini, siglo XVI (Mariano Socino el Joven, primera mitad del siglo XVI, dictamen sobre el testamento de Nicolás Antenoreus): Institución de herederos a dos hijos, Alejandro y Camilo, y legado a un hijo, Juan Bautista, de varios bienes largamente superiores a su legítima, pero gravándole con fideicomiso universal al legitimario *si sine liberis masculis decederit* a favor de sus hermanos supérstites, añadiendo que si no estuviere conforme con dicha disposición se entendería privado de dicho legado e instituido únicamente en su legítima. Al fallecer Nicolás, Juan Bautista aceptó el legado con pleno conocimiento del testamento y, cuando falleció Juan Bautista, sus hermanos reclamaron a los herederos de Juan B. la restitución íntegra de los bienes legados, a lo cual dichos herederos reclamaron la legítima y la trebeliánica de Juan B. Se pidió **dictamen** a varios juristas (Felipe DECIO, Mariano SOCINO EL JOVEN, Franciscinus Curtius Junior y Pedro Pablo Parisius), y los cuatro fueron favorables a la restitución de todos los bienes fideicomitidos a Alejandro y Camilo sin detracción de legítima ni trebeliánica, es decir, favorables a la plena eficacia de la cláusula penal puesta por Nicolás en el testamento.

A principio del siglo XVIII, Bonfinio emplea la denominación genérica de «socini» (más adelante trataremos la inexactitud histórica de esta denominación).

Angeli (o Angélica) Angelo de Ubaldi (siglo XVI): No concede opción al legitimario, sino que le impone automáticamente la compensación del gravamen de un usufructo sobre su legítima con la atribución a su favor de la nuda propiedad de la parte libre, si la valoración de aquél no excede la de ésta. Tiene precedentes en la Ley Uxori meae y en la Glosa de Accursio. *Se trataba de compensar el mayor quantum de la nuda propiedad de la parte libre con el menor quale de la legítima, gravada con el usufructo universal generalmente del cónyuge viudo.*

Explica **Angelo de Ubaldi** que en Perusa era costumbre, practicada por padres con hijos disolutos, disponer que si éstos incumplieren su prohibición de enajenar bienes inmuebles antes de cumplir determinada edad, se adjudicaran a iglesias u hospitales, y *ésta es la más vieja cautela que cita Vallet.*

BIAGIO BRUGI (Il Digesto Italiano, vol. II, Turin, 1887-96, pag. 657), distingue las cautelas genuinas, malévolas y frívolas y las define como *enseñanzas de los jurisconsultos en torno al modo de concluir prudente y exactamente los actos jurídicos o de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de los principios del derecho.*

4. Utilidad

Se ha planteado también si es necesario que estas cautelas se formulen de forma expresa, pues no faltan quienes piensan que están implícitamente contempladas en nuestro Código Civil —así, en el artículo 820.3º—.

VALLET, por su parte, defiende su utilidad y necesidad: *Si la compensación del gravamen en el quale con el mayor quantum del debido se verificara automáticamente, o si el legitimario tuviese, ipso iure, que optar entre una y otra atribución, no sería necesario prever testamentariamente cautela alguna a dichos fines.*

Frente a esto, **VIRGILI SORRIBES** (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de Julio-Agosto de 1945, página 493) ha defendido la existencia tácita de la opción compensatoria legitimaria con este razonamiento: *De admitir la legalidad de esta cláusula (de Socino) cuando el testador explícitamente la impone, ¿por qué no admitir su eficacia cuando deriva de la aplicación de los principios generales del derecho sucesorio y, por tanto, de la voluntad tácita del testador? Tanto si la cláusula Socino es expresa, como si es tácita, el heredero puede cobrar su legítima, repudiar la herencia y reclamar los bienes reservables. Si no lo hace es porque no quiere.*

Esta terminología genérica de cautela socini respecto a todas las cautelas de opción compensatoria, sin embargo, no es correcta (deberíamos felicitar al gabinete de comunicación o departamento de prensa de Socino por haber conseguido que su nombre imperara modernamente sobre toda clase de cautelas). Así, **FEDERICO GLÜCK**, romanista alemán, hace referencia a la inexactitud histórica de esa denominación (página 33 de la primera de las obras de Vallet antes citadas): *«Verdaderamente, el honor de esta invención no corresponde a este Socino, real-*

mente fue Nicolaus Antenoreus, noble florentino, quien añadió esta cláusula en su testamento, en el cual gravaba la legítima de los hijos con un fideicomiso; y Socino emitió solamente una opinión sobre su validez. El mismo se refiere al Imolense —Juan de Imola—, y el Cardenal de Luca ha ballado esta controversia ya en Angelo y Durantes, lo que prueba que antes de Socino ya era usual».

Por eso, nos dice Vallet, es aventurado señalar a Nicolas Antenoreus como inventor de la cláusula en cuestión. Es más probable que la solución fuese propuesta por el notario o abogado (tal vez el mismo Nicolás, por ser un eximio doctor y abogado florentino, citado por Socini en uno de sus Consilia) o jurista que diese forma a voluntad y, posiblemente, éste conocería algún *ars testandi*, quizá anterior al de Durantes, el Gualdense.

5. Requisitos

Tras este breve recorrido histórico sobre su origen y denominación, y considerando la necesidad de que la cautela u opción se formulen expresamente, abordemos cuáles son sus requisitos siguiendo las líneas maestras formuladas por Vallet en la segunda de sus obras citadas (páginas 438 y siguientes).

Aunque nada nos dice, en primer lugar hay que destacar que es precisa la existencia de un régimen legitimario, imperativo para el testador, restrictivo de su libertad de testar, pues, de lo contrario, quizás no debiéramos hablar estrictamente de cautela de opción compensatoria, sino de libertad absoluta de testar a la hora de disponer de los bienes, ya sea en forma de institución de heredero o de legados alternativos. Recordemos que el artículo 763 nos dice que el que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos; y añade que el que tuviere herederos forzosos **sólo** podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establece en la sección quinta de este capítulo (artículos 806 y siguientes, «De las legítimas»).

Por tanto, partiendo de esa premisa, el primer requisito es la **atribución al legitimario de un mayor quantum del legalmente debido**, lo que traducido en números significa que la atribución debe exceder de lo mínimo a que tiene derecho el legitimario. Es decir, el testador debe «ofrecer» al legitimario una atribución lo suficientemente suculenta como para tentarle a aceptarla («más de lo mínimo»). Sin embargo, también podría tratarse de una alternativa entre atribuciones de valor similar, sin necesidad de cuestiones matemáticas, ofreciéndole un *caramelo* por valor equivalente a su legítima.

Y aquí se nos ofrece un mundo de posibilidades, desde simplemente una mayor cantidad hasta una mayor *calidad* de lo que se le ofrece. Pongamos un brevísimo ejemplo, sin ofender a nadie. Sabiendo de sus gustos por una zona de costa concreta —como es normal que un padre sepa de los de sus hijos— se trataría de ofrecerle la aceptación de su legítima estricta con un legado de un inmueble en una ciudad del interior o, por el contrario, de un inmueble de similar valor, pero ubicado en la playa que al legitimario le gusta. Si bien lo impor-

tante son las matemáticas de las legítimas (no olvidemos que una partición tiene necesariamente operaciones aritméticas para determinar los haberes y las adjudicaciones en función de la voluntad del testador), no se puede obviar que la *calidad* de lo «adjudicable» también puede tentar suficientemente al legitimario como para aceptar lo que su progenitor quiere.

El segundo requisito es la **expresa imposición al legitimario del gravamen sobre su legítima**. No deberían realizarse manifestaciones o formularse expresiones dudosas o que generen incertidumbres o dudas sobre la voluntad del testador, si no que han de tenerse por suficientemente claras de la intención del testador de imponer la carga si el legitimario la acepta. Por ejemplo, no ofrece ninguna duda que el legado de un usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia supone un gravamen de los que atentan contra la intangibilidad cualitativa del artículo 813 del Código Civil, como tampoco la ofrece el caso de calcular matemáticamente el valor de la legítima estricta en relación a la totalidad del caudal para comprobar si se está respetando la intangibilidad cuantitativa que protege el artículo 815.

El tercer requisito es la **imposición al legitimario de la necesidad de elegir entre esa mayor atribución, con el gravamen, o sus estrictos derechos legítimos**, es decir, entre la legítima estricta, pero intacta, o aumentada, pero gravada con la voluntad del testador, dejando claro que si no acepta el gravamen sólo se recibirá la legítima estricta. Como dice Vallet, «un nexo causal entre la mayor atribución conferida y el gravamen impuesto».

Este requisito supone la imposición de la voluntad del testador sobre la rigidez legitimaria, pero con el consentimiento del legitimario, que —por decirlo de alguna manera— transige en su propio beneficio. Como le dije en mi presencia un padre a uno de sus hijos cuando estábamos planificando la transmisión de un suculento patrimonio: «Esto es lo que yo quiero, pero si tú no lo quieres, tampoco quiero yo que disfrutes de más de aquello a lo que me obliga la ley». En términos coloquiales, supone la incompatibilidad entre recibir más de lo mínimo sin gravamen o condición alguna. Generalmente, para darle más fuerza, suele incluirse en el testamento una cláusula por la cual se prohíbe la impugnación del testamento, de tal forma que quien ejercite la acción impugnatoria quedará reducido a su legítima estricta. Sobre la validez de esta cláusula trataremos más adelante, al referirnos a la admisibilidad de las cautelas.

El cuarto requisito, obvio, es la **aceptación por el legitimario del gravamen**, que puede ser expresa (porque lo diga claramente) o tácita (cuando acepta la adjudicación de los bienes con la carga). Este requisito es, en definitiva, absolutamente esencial, por el carácter imperativo de la legítima para el testador y el de derecho subjetivo del legitimario —respecto de la cantidad y la calidad de lo adjudicado, pues las legítimas son cuenta herencial de la herencia y han de ser pagadas en bienes de la misma, por su naturaleza de *pars bonorum*—. En el caso de la interpellatio in iure del artículo 1005 del Código Civil, el hecho de que el heredero notificado no conteste a la notificación y se entienda aceptada la herencia pura y simplemente no implica que acepte el gravamen, pues una cosa es aceptar la herencia y otra su adjudicación, como bien pone de manifiesto la

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de Junio de 2022 (BOE 26-VII-2022). En el caso de partición efectuada por contador-partidor, no creemos que entre sus facultades se encuentre aceptar esta opción por el legitimario, entre otras razones, porque la partición efectuada por el contador-partidor está sujeta a la condición suspensiva de la aceptación de los herederos (entre otras, Resolución de 13 de Octubre de 2005 -BOE 25-XI-2005-).

6. Admisibilidad. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Problema ya superado es la admisibilidad de estas cautelas —que tienen fundamento legal en el artículo 820.3º del Código Civil—, unida a la prohibición del testador de la intervención judicial de su testamentaria para vulnerar lo ordenado por él en el testamento (cuya validez se ha cuestionado constantemente, invocando el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución).

Sin embargo, esta cuestión no debemos dejar de tratarla, aunque sea brevemente. Para ello nos fijaremos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente en dos sentencias, para no aburrir al lector (una para herederos voluntarios, y otra, para los forzosos).

Respecto de herederos voluntarios, en la **sentencia de 254/2014, de 3 de Septiembre** (RJ/2014/4795) se trató sobre la caracterización y alcance de la validez de la cláusula que prohibía la intervención judicial —impugnación— de la herencia, de tal forma que el impugnante perdería cualquier derecho que el testador le hubiere legado, acreciendo el mismo al remanente de la herencia. En la mencionada sentencia se alude constantemente a la *cautela socini*, cuya validez era cuestionada.

Esta sentencia realiza una serie de contundentes afirmaciones que deben ser resaltadas en lo que aquí interesa: «... lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la cautela socini es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que *es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la cautela socini*. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que *solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria*. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma,

no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción».

Y fija, como doctrina jurisprudencial, lo siguiente: «...*la cautela socini, válidamente configurada por el testador, no se opone ni entra en colisión con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el artículo 24 CE*, de forma que no está sujeta a una interpretación restrictiva más allá del marco legal de su respectiva configuración, STS de 17 de enero de 2014 (núm. 838/2013). 3. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que *el albacea, sin perjuicio de disposición contraria del testador, viene autorizado por las facultades derivadas de su cargo (artículo 902. 2^a y 3^a del Código Civil) para operar la ineficacia del legado de cantidad, y con ella el pago o entrega del mismo, cuando el legatario de forma injustificada o no ajustada a Derecho, vulnere la prohibición impuesta por el testador de provocar la intervención judicial de la herencia*».

En cuanto a herederos forzosos, la **sentencia de 717/2014, de 21 de Abril de 2015** (RJ/2015/1913) se encarga de enjuiciar una cláusula en la que se prohíbe toda intervención judicial en la herencia y expresamente dispone que aquel que impugnase lo establecido en el testamento, por cualquier motivo, quedaría privado de cualquier derecho sobre la herencia de la testadora. Su fundamentación, en extracto, es la siguiente:

«2. La reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala ha profundizado en la naturaleza y alcance de la cautela socini resaltando su validez como disposición testamentaria, [SSTS de 17 de enero de 2014 (núm. 838/2013 y 3 de septiembre de 2014 (núm. 254/2014)]. En este sentido, y a los efectos que aquí interesan, resulta conveniente traer a colación la doctrina jurisprudencial contenida en dichas sentencias, reproduciendo lo señalado en los apartados 6 a 11 de la sentencia de 17 de enero de 2014: « En el contexto doctrinal debe señalarse que aunque la figura de la cautela socini goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma, conforme también a la estela más reciente de las denominadas cautelas de opción compensatoria; no obstante, tampoco puede desconocerse la polémica que en el ámbito de la doctrina científica ha acompañado (prácticamente desde la época de su valedor, el jurista Mario Socino, autor a mediados del XVI de un dictamen a su favor) la aplicación de esta cautela ante su posible ilicitud por comprometer o gravar, indebidamente, la legítima de los herederos. Esta polémica tampoco ha sido cerrada o resuelta, con carácter general, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, enfocada, primordialmente, desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial; *con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación; SSTS 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras*. Para abordar correctamente la cuestión planteada en el marco de la interrelación señalada, debe partirse de las perspectivas metodológicas que aporta el sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar, esto es, tanto de su función o papel de límite a la libertad

dispositiva y distributiva del testador, como su función de derecho subjetivo del legitimado con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima. Para abordar correctamente la cuestión planteada en el marco de la interrelación señalada, debe partirse de las perspectivas metodológicas que aporta el sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar, esto es, tanto de su función o papel de límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, como su función de derecho subjetivo del legitimado con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima. Una vez indicado este punto de partida, el siguiente paso metodológico consiste, precisamente, en diferenciar la proyección de estas perspectivas en atención al plano de análisis que tenemos por referencia. En efecto, en esta línea debe señalarse que la proyección de la función de la legítima, como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, queda residenciada o resulta más adecuada al plano valorativo de la posible validez conceptual de esta cautela en el contenido dispositivo del testamento; mientras que, por su parte, la proyección de la función de la legítima, como derecho subjetivo propiamente dicho, entronca directamente con el marco de ejercicio o actuación del legitimario en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de su derecho: La delimitación de estos planos y funciones resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión planteada. Esta interpretación sistemática se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido dispositivo del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela socini.

En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, *la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013, núm. 280/2013) no constituye un fraudus legis (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, deferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes.* Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya deferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese,

que en el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (artículo 1056 y 1075 del Código Civil).

En la línea de argumentación expuesta, y conforme a la relevancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no sólo como mero criterio hermenéutico, sino como auténtico principio general STS 25 de enero de 2013, (núm. 827/2013), debe señalarse que esta Sala también ha resaltado recientemente su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones particularmente en la aplicación del principio de «favor testamenti» (conservación de la validez del testamento), SSTS 30 de octubre de 2012, (núm. 624/2012), 20 de marzo de 2013 (núm. 140/2013) y 28 de junio de 2013 (núm. 423/2013).

Llegados a este punto, y siguiendo con la interpretación sistemática que venimos realizando, se comprende mejor que el segundo plano de análisis tomado como referencia o perspectiva metodológica, esto es, la aplicación de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, particularmente en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, no pueda valorarse desde un contexto dialéctico con el plano conceptual anteriormente expuesto. En efecto, desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura, se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimado, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay, por tanto, contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta. De la delimitación señalada se desprende que la correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración o alcance de su elemento condicionante como clave de la sanción impuesta. Extremo que, por lo demás, concilia la posible disparidad de criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se denuncian en el debate planteado.

Finalmente, esta sentencia reproduce el párrafo antes citado de la sentencia de 3 de Diciembre de 2014 y termina afirmando que en el caso cuestionado se había intentado combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por la testadora, de forma que se incurría frontalmente en el marco de la prohibición dispuesta, por lo que comportaba la sanción correspondiente de reducción a la legítima estricta.

7. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Vamos a tratar dos cuestiones, aunque habría muchísimas más. En primer lugar, si la opción puede atribuirse sólo al cónyuge viudo y qué efectos tiene en los casos de viudos con legitimarios menores de edad respecto de la posible existencia de

conflicto de intereses en la elección, al actuar el progenitor, en ejercicio de la patria potestad, representando a los menores; en segundo lugar, qué importancia tiene la actitud del legitimario respecto de la opción conferida por el testador.

Respecto de la primera, la **Resolución de 22 de Junio de 2015** (BOE 10-VIII-2015) decidió sobre un supuesto en el que el testador dispuso un legado alternativo a favor de la viuda y a su elección, del usufructo universal y vitalicio de la herencia o bien el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria, e instituyó herederos universales a sus dos hijos sustituidos por sus descendientes, estableciendo cautela socini para el caso de optar la viuda por el usufructo universal de la herencia.

La cláusula era así: «Para el caso de que ninguno lo respetare o por la simple voluntad manifestada del cónyuge legatario, para lo que le faculta expresamente, quedará convertido en legado del tercio de libre disposición en pleno dominio de su herencia, sin perjuicio de los demás derechos viduales que puedan corresponderle». La viuda, en uso del legado alternativo ordenado por el causante, opta expresamente por el tercio en pleno dominio además del usufructo del tercio de mejora. Se adjudican todos los bienes en las porciones indivisas que resultan de la cláusula del testamento, esto es, la tercera parte indivisa a la viuda además de su cuota legal usufructuaria y, el resto, por partes iguales a favor de los dos herederos, menores de edad y representados por la madre/viuda.

Se objetó a la inscripción de la escritura que existía conflicto de intereses entre la madre y los hijos, precisándose del nombramiento de defensor judicial, invocando una Resolución de 23 de Mayo de 2012.

En realidad, la cuestión de la posible existencia del conflicto de intereses cuando el viudo, representando a legitimarios del testador menores de edad, adjudicaba los bienes en la forma establecida en el testamento, aun cuando se adjudicara el usufructo universal y comportara gravamen y conflicto de intereses, empezó a plantearse a partir de las Resoluciones de 15 de Mayo de 2002 y 14 de Diciembre de 2006, porque anteriormente no estaba planteando ningún problema. Y en esto del conflicto de intereses hay mucha casuística, por los términos genéricos del artículo 163 y 1060, y por la desconfianza en que los padres no querrán lo mejor para sus hijos cuando de inmuebles se trata, lo que constituye un pensamiento patológico, porque sólo quien tiene hijos sabe, experimenta y lidia cotidianamente con los conflictos de intereses: en la alimentación, en los horarios, en la vestimenta, en los colegios, ... ¿Quién no tiene un hijo que no haya dicho más de una vez que no quiere ir al colegio? ¿No hay aquí conflicto de intereses? ¿Nombramos un defensor judicial para esto? ¿No es ésta una cuestión mucho más importante que la adjudicación de inmuebles? Mejor, dejémoslo aquí, que esto da para mucho; volvamos a «lo nuestro».

La resolución estima el recurso y hace referencia a la admisibilidad de tal adjudicación por no existir conflicto de intereses, y lo hace con esta argumentación:

«En el supuesto de la Resolución de 5 de febrero de 2015, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o cautela socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente, y que fue

ordenada por la testadora en su testamento, implicaba la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pudiera entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que suponía una elección por parte de la legitimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima de la incapaz. Ahora, *en el supuesto de este expediente, la elección de la viuda no implica decisión alguna por parte de los herederos puesto que no se grava su legítima estricta sino tan sólo la mejora en los términos establecidos por el Código Civil, sin que afecte a la intangibilidad de la legítima*. Así pues, si entonces la valoración de inexistencia de conflicto no podía hacerla por sí mismo el representante de la incapaz, sino que exigía, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial, *en el supuesto de este expediente, al no crearse una situación de decisión que deba ser tomada por parte de los menores, no hay conflicto alguno, porque la única elección que ha sido tomada por la viuda lo ha sido en los términos ordenados en el testamento sin crear nueva situación que deba poner en posición a los menores que representa de decidir si escogen el mantenimiento de su legítima libre de la carga del usufructo*».

En cuanto a la segunda cuestión, la actitud del legitimario ante la opción contenida en el testamento, se encarga de ella la **Resolución de 27 de Enero de 2020** (BOE 18-VI-2020). El testador legó a su esposa el usufructo del tercio de libre disposición de la herencia, e instituyó heredera a su hija. Del testamento resultaba que la institución llevaba aparejada la prohibición para los herederos de realizar actos de disposición, transmisión, enajenación o gravamen sobre los bienes que integrasen la herencia, hasta tanto en cuanto no alcanzasen la edad de veinticinco años, disponiendo además, que para el supuesto de infringirse la anterior prohibición, el legado conferido a favor de la viuda se transformaría automáticamente en el pleno dominio del tercio de libre disposición y nombró albaceas contadores-partidores en forma mancomunada. En la referida escritura de operaciones particionales intervinieron al otorgamiento: la viuda, la madre de la única heredera —el causante no tuvo otros descendientes— en representación de la misma por ejercicio de su patria potestad ya que era menor de edad y los dos contadores-partidores.

Se objetó a la inscripción de la escritura que existía un gravamen en la legítima de la hija, no permitido por el artículo 813. Por su parte, la legitimaria —ya mayor de edad— recurre la calificación argumentando que si aceptamos como principio que el testamento es la ley máxima de la sucesión mientras no sea impugnado judicialmente su contenido, tenemos que respetar la formación del mismo en base a las manifestaciones y declaraciones de voluntad hechas por el testador y esto, porque lo dispone el ordenamiento jurídico, y es éste el que deja a la iniciativa del perjudicado impugnar el testamento que contenga disposiciones que perjudiquen la legítima, mediante el procedimiento contencioso correspondiente.

La resolución estima el recurso y admite tal adjudicación, y lo hace con esta argumentación: «En el presente caso, con la prohibición de disponer que se

impone en el testamento a la heredera, hasta alcanzar la edad de veinticinco años, *no se conculca la intangibilidad cualitativa de la legítima, pues no es una prohibición absoluta de disponer sino que se establece una cautela «Socini», según es configurada y admitida doctrinal y jurisprudencialmente, o cláusula de opción compensatoria de la legítima, de modo que la heredera forzosa tiene la facultad de elegir entre respetar la prohibición de disponer, recibiendo más de lo que le corresponde por su legítima, o bien la infracción de dicha prohibición aun cuando en este caso quede reducida su porción hereditaria a su legítima* y el legado ordenado en favor de la viuda limitado al pleno dominio del tercio de libre disposición». Cita a continuación las sentencias de 10 de Junio y 3 de Septiembre de 2014 y 21 de Abril de 2015 —estas dos últimas, vistas anteriormente—.

Y concluye, estimando el recurso, que la objeción opuesta por el registrador a la prohibición de disponer —gravamen del artículo 813— tampoco puede ser confirmada, a mayor abundamiento, como resulta de la escritura calificada, porque por la fecha de nacimiento de la heredera había transcurrido el plazo de duración de la prohibición de disponer.

8. Privación del tercio de mejora a los no conformes

La pregunta que ha de responderse es: ¿Puede privarse del tercio de mejora a los hijos que no acepten el gravamen —en el caso de que, por ejemplo, ninguno respete el usufructo universal a favor del viudo—? Vallet, en la segunda de sus obras citadas (páginas 431 y ss), plantea la cuestión en el sentido de que este tercio no puede ser objeto de gravamen ni condición alguna, salvo a favor de descendientes (no entramos aquí en lo relativo a las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 808). Para él, si el tercio de libre disposición ha sido atribuido al cónyuge viudo en pleno dominio, no cabe la cautela sobre la mejora, pues da lugar al expresado gravamen global de sufrir los hijos en su conjunto la condición puesta a su atribución, gravamen colectivo que no tiene contrapartida posible alguna para la entidad global descendientes en el tercio de libre disposición. Si, en cambio, el tercio libre entra en el juego de la cautela junto al de mejora, entiende que sí es posible, ya que el condicionamiento global que en éste sufre la entidad global hijos puede estimarse compensada con la posibilidad de recibir parte del tercio libre. De esta forma —dice— se reúne uno de los requisitos de las genuinas cautelas: ofrecer a cambio de lo debido con su *quale* y su *quantum* estrictos, un mayor *quantum* con gravamen en el *quale*.

Sin embargo, tal y como está redactado el artículo 823, humildemente, tenemos el atrevimiento, osadía o imprudencia de discrepar de Vallet en cuanto al destino del tercio de mejora en el supuesto planteado en el párrafo anterior, al entender que quien no esté dentro del grupo descendientes no puede ser destinatario de este tercio. Esta posición es —necesariamente— consecuencia de la naturaleza de la legítima pues, pase lo que pase o cualquiera que sea el plantea-

miento testamentario, dos terceras partes de la herencia tienen destinatarios predeterminados por la ley (hijos y descendientes) y sólo quienes entren en esa categoría pueden ser los beneficiados.

De hecho, cuando se repudia la legítima por un hijo, los de éste no son legitimarios, aun cuando el testador hubiere establecido la sustitución vulgar.

Nuestra opinión encuentra fundamento en la **Resolución de 18 de Enero de 2022** (BOE 16-II-2022), que se pronunció sobre esta cuestión en estos términos: «2. Este Centro Directivo ha resuelto, con un criterio que debe ahora mantenerse, cuestiones semejantes a la que se plantea en este expediente (vid. Resoluciones de 26 de septiembre de 2014, 23 de octubre de 2017 y 19 de febrero de 2020, citadas en la calificación impugnada). Indudablemente, *los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de aquél* (cfr. artículo 985, párrafo segundo, del Código Civil). Por ello, la admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia (o el legado) supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante, y, en tal sentido, dicho efecto quedaría sujeto a la interdicción de las disposiciones testamentarias que constituyan un gravamen o limitación de la legítima estricta (artículo 813, párrafo segundo, del Código Civil). *Renunciada la legítima, los hijos del renunciante no son legitimarios y su posición, tras renunciar su padre, se modifica en forma sustancial, pues pasan a ser unos herederos extraños a la legítima*. Su posición con ello difiere notablemente de la posición de los hijos del legitimario premuerto, desheredado o incapaz por indignidad, supuestos en los que los hijos por estirpe, ya sea en la vía testada o intestada, ocupan en cuanto a la legítima estricta la posición de su progenitor (artículos 814, 857 y 761 del Código Civil), *y la renuncia extingue la legítima sobre la estirpe, lo que resulta del citado artículo 985, párrafo segundo, del Código Civil* —«si la parte repudiada fuere la legítima sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer»—. No obstante, como ha reconocido este Centro Directivo en las citadas Resoluciones, nada impide que en el testamento se ordene una sustitución vulgar en favor de los hijos o descendientes del renunciante. Pero el bien o la porción hereditaria será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima. Si excediere su valor del cómputo ideal de la misma, podrá serlo en concepto de mejora, si así se hubiere ordenado; o, en otro caso, podrá imputarse al tercio de libre disposición, y en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora. Por lo tanto, debe entenderse que la sustitución vulgar en relación con un heredero forzoso sólo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, o bien cuando los designados sustitutos son los mismos colegitimarios del renunciante o legitimarios de otro grado. Así, cuando renuncia el único heredero forzoso y los designados sustitutos son sus hijos o, en caso de no tenerlos, sus ascendientes».

IV. OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO

1. Usufructo universal con facultad de disponer

La posibilidad de que exista esta figura está admitida sin mayor problema, si bien «es una institución excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la facultad de disposición de la cosa corresponde por naturaleza al derecho de propiedad. No obstante, se trata de una figura jurídica admitida en el Derecho Civil que tiene su operatividad fundamentalmente en las disposiciones *mortis causa*» (**Resolución de 11 de Julio de 2005**, BOE 10-IX-2005). Se trata, en definitiva, de la mejor forma de protección de los cónyuges, para que el viudo tenga la libertad de disfrutar y disponer de los bienes si los necesita (o no), sin necesidad del consentimiento de los herederos forzosos, que no es, ni más ni menos, que lo que proclama el artículo 348: «gozar y disponer»

Como forma de proteger al cónyuge, combinada con las cautelas que hemos examinado anteriormente, no hay inconveniente en la posibilidad de que al viudo se le atribuya el usufructo universal con facultad de disponer, consintiéndolo los herederos, y sin necesidad de que se hagan adjudicaciones concretas sobre la nuda propiedad a favor de éstos. En este sentido, es muy interesante la **Resolución de 30 de Diciembre de 2005** (BOE 14-II-2006).

El supuesto es el siguiente: En cumplimiento de la disposición testamentaria, se adjudicaron a la viuda una mitad indivisa en pleno dominio por liquidación de gananciales, así como el usufructo vitalicio con facultad de disponer en caso de necesidad por ella apreciada (de acuerdo con el testamento) sobre la otra mitad indivisa de los bienes, pero sin hacer especial adjudicación de la nuda propiedad de dicha mitad indivisa entre los herederos (varios hijos). Se objetó a la inscripción que el usufructo con facultad de disposición no supone la adquisición, ni siquiera temporal, del dominio, ni da lugar a un derecho nuevo o distinto del usufructo. Se añade al “ius fruendi” un “ius disponendi”, pero, como resalta la mejor doctrina, este simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo no implica que el usufructo deje de ser un “ius in re aliena” que grava los bienes que pertenecen en nuda propiedad a otra persona (STS 3-2-99), y también se objetaba que no se especificaba a qué heredero le corresponde la nuda propiedad de las fincas usufructuadas, siendo necesario porque así lo exige el principio de especialidad establecido en los artículos 8, 9 y 12 de la Ley hipotecaria, entre otros preceptos, y porque en derecho común la partición de la herencia ha de ser total, no pudiendo alcanzar a parte de la herencia, como se interpreta del artículo 990 del Código Civil.

En una sólida argumentación, el Notario (J. Romeo Maza) alegaba que la figura jurídica de la usufructuaria con facultad de disponer, que el testador ordena para después de su muerte, supone que hasta el fallecimiento de la usufructuaria no será posible saber si ha quedado algún bien que los herederos deban adjudicarse y, en ese supuesto, la adjudicación y consiguiente inscripción no será en nuda propiedad sino en Pleno dominio. Añadía que es totalmente improbable

y sería absurdo que los herederos quieran partir y adjudicarse individualmente bienes en nuda propiedad pues si la usufructuaria dispone de algún bien, un heredero podría verse sin nada y otros con algo. Invocaba lo innecesario y costoso de que se adjudicaran los bienes en nuda propiedad y en proindiviso, pues ello reportaría a los herederos, si algo queda, la necesidad de extinguir el condominio con los consiguientes gastos fiscales, notariales y registrales, y que para solucionar los problemas aducidos por ambos Registradores calificantes, es decir, el «ius fruendi, disponendi in re aliena» que necesita la contrapartida de la nuda propiedad, o el principio de especialidad de la Ley Hipotecaria, en relación a la doctrina del Código Civil en cuanto a la partición total de la herencia, había que alegar: 1. Que todos los interesados en la comunidad hereditaria comparecen en la escritura y adjudican a la viuda, cumpliendo la disposición testamentaria el usufructo vitalicio de todos los bienes con facultad de disponer que es el derecho que habrá que inscribir en el Registro de la Propiedad, derecho que quedará temporalmente limitado durante la vida de la usufructuaria, que puede disponer y su disposición se inscribirá a favor del adquirente, o puede no disponer y, a su fallecimiento, los herederos comparecientes en la escritura decidirán sobre el destino de los mismos, con adjudicaciones concretas o en proindiviso. 2. Que esa Propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 16 de mayo de 2003 (BOE de 19 de junio de 2003) ya había resuelto que «hasta que se realice la adjudicación definitiva de los bienes pueden inscribirse a favor de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento del causante sin que, por la especial naturaleza de dicha comunidad, hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto.

Por su parte, la Dirección General respondió a la primera cuestión admitiendo sin ningún problema la adjudicación del usufructo con facultad de disponer sin inconveniente alguno, y a la segunda, de si es posible verificar una partición parcial de la herencia, de modo tal que el usufructo se adjudique al cónyuge viudo quedando pendiente de partición y adjudicación la nuda propiedad de la siguiente forma: «La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1997 tuvo ocasión de manifestar, en relación con el artículo 1.058 del Código Civil, que este precepto proclama «una decidida libertad jurídica en cuanto autoriza a los herederos mayores de edad, que tuvieran la libre administración de sus bienes, a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, sin limitaciones ni condicionamientos, salvo las que hacen ineficaces los negocios jurídicos sucesorios y con los efectos que atribuye el artículo 1.068. *Esta facultad divisoria es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho (dar ejecución a la distribución del caudal hereditario), es de relación contractual, al surgir el acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona por la concurrencia de los requisitos del artículo 1.261 C.C., al acomodarse a sus intereses (Sentencias de 3 de enero de 1962, 25 de febrero de 1966, 21 de mayo de 1966, 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 y 12 de noviembre de 1996), sin que sea necesario que afecte a todos los*

bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria. y 80 del Reglamento Hipotecario)». Respecto a los problemas de titularidad que pueden plantearse desde la perspectiva registral pueden obviarse, como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 16 de mayo de 2003, mediante la inscripción a favor de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento del causante sin que, por la especial naturaleza de dicha comunidad, hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto».

2. Legado de la facultad de disponer

Se trataría de la posibilidad de que se legara al viudo, exclusivamente, sólo la facultad de disponer, adjudicándose el pleno dominio a los hijos, pero desprovistos de dicha facultad. Aquí se plantearían dos cuestiones: La primera, si es posible desmembrar la facultad dispositiva del dominio (lo que nos lleva a estudiar el ámbito de los derechos reales), y la segunda, si esta adjudicación supondría un gravamen sobre la legítima de los proscritos por el artículo 813 (que es lo que aquí interesa).

A la primera cuestión hemos de responder afirmativamente. El **artículo 639** establece que «podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado». Así pues, es perfectamente posible que una persona tenga el dominio y otra, la facultad de disponer. Pero la cuestión va más allá, pues aunque se permite que la facultad de disponer se retenga por el donante, por vía de *deductio*, ¿es posible transmitir solamente esa facultad?

En sentido positivo se pronuncia la **Resolución de 8 de Noviembre de 2018** (BOE 29-XI-2018), invocando el principio de *numerus apertus* en la creación de nuevos tipos de derechos reales. Se trataba de una donación de la facultad de disponer de dos hijas a un padre, en la que se delimitaban los perfiles de dicho derecho de la siguiente forma: «Segundo.—Los comparecientes amparan el presente otorgamiento en base al principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1.255 del Código Civil; configurando la presente transmisión como un supuesto de constitución de un derecho real atípico, con sus características inherentes tales como la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión; en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario; y en cumplimiento de las exigencias del principio registral de determinación; disponen que la facultad de disponer objeto de donación en este instrumento habrá de regirse por las siguientes reglas:

- En primer lugar, habrá de ser considerado como un derecho de carácter renunciante por (el padre).

- Dicho derecho tendrá la consideración de inalienable, ni por acto inter vivos ni *mortis causa* de su titular; de manera que al fallecer su titular infrascrito, quedará extinguido, consolidándose en favor de la titularidad que ostentan sus hijas Doña x y Doña x, que desde este acto han quedado despojadas de la facultad de disponer en cuestión.
- Asimismo dicho derecho queda configurado como inembargable y de carácter personalísimo.
- Por lo tanto y en virtud de lo estipulado anteriormente, las titulares del dominio (las hijas), para poder efectuar cualquier acto de carácter dispositivo sobre las fincas objeto de la presente, habrán de contar con el consentimiento expreso de su padre como titular este último de la facultad de disponer; y por ende el mencionado titular de la reseñada facultad también habrá de contar con las primeras para la realización de cualquier acto de la misma naturaleza.»

Se objetó a la inscripción esta paupérrima afirmación, sin fundamentación jurídica alguna: «La donación no comprende ningún derecho subjetivo, esto es, ni la nuda propiedad ni el usufructo, sino solo una facultad jurídica que por sí misma no puede ser objeto de transmisión», afirmación absolutamente sorprendente, que fue contrarrestada con sólidos argumentos por el donatario-recurrente.

Por su parte, la Dirección General, admitió tal tipo de donación sin dificultad alguna, invocando el principio de *numerus apertus* y haciendo las siguientes afirmaciones:

«... con base en el criterio de «numerus apertus» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la transcendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras). Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado... Como criterio de interpretación de estos requisitos ha afirmado igualmente este Centro Directivo que el citado principio de «numerus apertus» en materia de derechos rea-

les que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal. En este sentido, se puede afirmar que, si bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador (si impone una obligación pasiva universal ordenando a todos que respeten un derecho, lo modela como real, y si no la impone, lo reduce a personal), en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transferido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real, siempre que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza...»

Y concluye con esta rotundidad: «... por la elasticidad del dominio y por su carácter abstracto, cabe en vía de principio que una de las facultades dominicales cual es la dispositiva sea objeto de disgregación de modo que sea objeto de una configuración propia de los derechos reales, si se cumplen los requisitos estructurales necesarios según lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos. Prueba de ello es la existencia de figuras como la del usufructo con facultad de disponer o la de la donación con reserva de la facultad dispositiva. Precisamente, si en este último caso puede desmembrarse del dominio por vía de «deductio» (aunque, para algunos autores, también en el supuesto del artículo 639 del Código Civil lo que se reserva el donante es un derecho real independiente que nace de lo pactado en la donación), no debe existir obstáculo para que el mismo resultado se produzca por vía de «translatio», como ocurre con otras facultades dominicales como es la de disfrutar y gozar de una cosa «erga omnes».

Por esta razón no puede ser confirmada la calificación impugnada en cuanto se limita a objetar que la facultad o poder de disponer no puede ser objeto de transmisión.

En la escritura calificada es objeto de donación no una mera facultad sino un verdadero derecho subjetivo, de los denominados potestativos o de modificación jurídica, que atribuye al donatario un poder para disponer con plenos efectos de bienes ajenos —pertenecientes a las donantes—.

Además, de lo pactado en dicha escritura resulta que tal como ha sido configurado el derecho de disponer donado en este caso respeta esos límites estructurales de todo derecho real, algo por lo demás sobre lo que nada se expresa en la calificación impugnada.

Concretamente, la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan asegurada, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Regla-

mento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donatario del «ius disponendi» ejercerlo. El hecho de que se configure como un derecho inalienable y personalísimo no impide su consideración como verdadero derecho real (como acontece en el caso de otros derechos como los de uso y habitación, o ciertas servidumbres personales). Además, al extinguirse tal derecho y consolidarse en el de las donantes por el fallecimiento del donatario, la desmembración del dominio no es perpetua.

Por otra parte, no puede negarse que la presente configuración de la facultad de disponer como derecho «in re aliena» tenga justificación (la «razón guisada» a la que se referían las Partidas respecto de las prohibiciones de disponer). Y el hecho de que pueda coincidir en parte con los efectos propios de las prohibiciones de disponer no impide que, con base en la autonomía de la voluntad, sus propietarias puedan decidir alcanzar esos objetivos parcialmente coincidentes no mediante una limitación sin desintegración del dominio —como acontece con las prohibiciones de disponer— sino mediante esta modificación del dominio con disociación del mismo en cuanto al «ius disponendi». Por último, el hecho de que para realizar el acto dispositivo deba contar el titular de la facultad de disponer con el consentimiento de las propietarias no es incompatible con el carácter real del derecho, pues las constituyentes no quedarían como únicas afectadas y favorecidas con el gravamen («nemini re sua servit iure servitutis»). Si puede donarse el «ius disponendi» de modo que el donatario tenga disponibilidad plena del bien a que se refiere, ningún obstáculo existe para que el derecho donado se configure como poder de disposición limitado, por ejemplo para el caso de que concurra alguna circunstancia concreta o por la necesidad de que también concurra el consentimiento de otra persona —de las donantes, en este caso—.

Una vez admitida la primera posibilidad que planteábamos, surge la segunda: Recibir bienes sin la facultad de disponer, ¿grava la legítima? El **artículo 813**, literalmente, nos dice: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808».

En realidad, el testador no está privando de su legítima a nadie, pero... ¿es un gravamen, condición o sustitución?

Para responder a esta pregunta partimos de que no es una condición ni una sustitución, pero deberíamos decidir ante qué clase de derecho real estamos cuando hablamos del derecho de la facultad de disponer, debiendo determinar claramente qué se entiende por «disponer». Estamos acostumbrados a entender que la facultad de disponer comprende no sólo la de transmitir, sino también la de constituir derechos reales. Así pues, ¿qué derecho real es la facultad de disponer?

No es un derecho real de garantía, ni de adquisición preferente, ni de goce o disfrute, pues ni tiene las características de aquéllos, ni atribuye sus facultades. Tiene su propio contenido, muy limitado, pero muy importante, porque si bien no puede hacer suyos los frutos, sí podría constituir un usufructo. Todo esto, si no hemos especificado detalladamente en qué consiste la facultad de disponer, pues si precisamos su contenido, la cosa puede cambiar.

Por su parte, el legatario de un bien respecto del que no tiene facultades de disponer tiene el pleno disfrute, hace suyos los frutos, pero carece de una de las facultades esenciales del dominio a que se refiere el artículo 348, la de disponer, que implica desde de la desposesión definitiva de la cosa, hasta la posibilidad de constituir otros derechos a través de un acto de disposición, como el usufructo. Pero, si hemos dicho que sólo tiene la facultad de disponer, aunque sea una facultad muy amplia y esencial ex artículo 348, ¿podría privar a quien tiene el derecho de gozar del artículo 348 de este derecho a través de la constitución de un usufructo a favor de un tercero, es decir, podría constituir un derecho que no tiene? Deberíamos entender que si el legatario de la facultad de disponer no tiene el derecho de gozar, tampoco debería tener el de constituir un derecho de goce, porque él no lo tiene, aunque esto tropieza con el obstáculo de que se admiten figuras que, sin tener el dominio, pueden disponer de él —usufructo con facultad de disponer—. Y ahí dejo planteada la cuestión en la que, por supuesto, habrá opiniones más que dispares.

Por su parte, los hijos recibirían un derecho sin una de las facultades esenciales, pero esa facultad que no tienen está claro que no es ni una condición, ni una sustitución. ¿Es un gravamen? La definición que nos ofrece el Diccionario de la Lengua Española es: *Carga, obligación que pesa sobre alguien. Carga impuesta sobre un inmueble o un caudal*. De aquí podemos deducir dos cosas: Si es una obligación que pesa sobre los legitimarios de soportar que alguien disponga de lo suyo, es una carga; y si es una carga impuesta sobre un inmueble, es un gravamen.

Recordemos lo que decíamos al principio, cuando hablábamos del lado activo y pasivo de la relación jurídica: Hay derechos, porque hay obligaciones. Por tanto, si los hijos tienen la obligación de soportar el derecho del viudo a disponer, está claro que estamos ante una carga, porque el derecho de uno tiene correlación en la obligación de otro. Desde esta perspectiva, no hay duda de que estamos ante un gravamen de la legítima del artículo 813.

Ahora bien, no podemos dejar de poner de manifiesto que el viudo sólo tendría la facultad de disponer, no el uso, ni el disfrute (no puede vivir, no puede arrendar, no puede recolectar los frutos, ...) y la totalidad de las utilidades de la cosa pertenecerían a los hijos, quedando aplazada la consolidación de la facultad de disponer hasta el fallecimiento del viudo... si no la ejercita antes. Es decir, tienen todo, todo y todo... menos disponer.

Para terminar esta cuestión, que dejo apuntada porque en esto puede haber opiniones muy diferentes, no cabe duda que, acompañado de la oportuna cautela de opción compensatoria, es perfectamente posible el legado de la facultad de disponer.

3. Pago de las legítimas en nuda propiedad

Cabría plantearse si es posible que las legítimas se paguen sólo con bienes en nuda propiedad cuando el valor de ésta supera con creces la legítima, habida cuenta del tenor del artículo 820.3 del Código Civil («3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte dispo-

nible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador).

González Palomino («El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *Revista de Derecho Privado* XXIII —Mayo 1936—, páginas 160 a 165), citado por Vallet en la segunda de las obras antes apuntadas, ha defendido la tesis de que debe hallarse el valor del usufructo, porque la legítima es una cuota parte del valor de los bienes de la herencia; el usufructo, como la nuda propiedad son perfectamente valorables —y, añadimos, hipotecables separadamente, como resulta del artículo 107 de la Ley Hipotecaria—, por lo que entiende que se pueden pagar los derechos de los legitimarios con adjudicaciones en nuda propiedad. A esto responde Vallet que crear un usufructo sobre los bienes que en nuda propiedad se atribuyen en pago de la legítima es aplazar el disfrute de ésta. Y, añadimos, si lo que persigue el artículo 813 con la proscripción de gravámenes, condiciones o sustituciones es el disfrute inmediato, por lo menos, de la legítima, sería evidente que no es posible la adjudicación en nuda propiedad de la legítima estricta.

No obstante, argumentando a favor de ese tipo de atribución en nuda propiedad, no es descabellado pensar que cuando esta atribución supera el valor de la legítima no debería entenderse realmente como un gravamen, pues si el testador sólo tuviera la nuda propiedad, sólo esto formaría parte de su haber para el cómputo de las legítimas, a lo cual nos responderían que, en ese caso, el problema no se plantea, pues el testador no tiene la disponibilidad del usufructo.

V. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva que indicábamos al principio —que me consta que es mayoritaria— las legítimas, tal y como se configuran actualmente, han quedado «fuera de juego». El rigor que se exige al testador en beneficio de sus herederos forzosos conlleva que en muchas ocasiones, en situaciones de familias bien avenidas o no, éste no tenga la libertad suficiente para ordenar su sucesión como realmente habría querido, sino «como le dejan hacerlo».

Es indiscutible que la única forma de protección una vez fallecido uno de los cónyuges requiere como presupuesto ineludible el otorgamiento previo de un testamento en el que se hayan establecido, dentro del marco legal vigente, disposiciones lo más beneficiosas posibles en torno al disfrute y disposición del caudal hereditario.

Actualmente, sólo a través de las cautelas de opción compensatoria o de compensación legitimaria puede conseguirse esa finalidad que, curiosamente, depende de la voluntad de los herederos forzosos, ofreciéndoles la opción incompatible entre recibir lo mínimo sin cargas o lo máximo con ellas.

Si el lector ha tenido la infinita paciencia de seguirnos hasta aquí, desde esta perspectiva a través de los ojos del testador y su viudo en la preparación del fenómeno sucesorio y la apertura de la sucesión, suplicamos indulgencia plenaria

ante las pobres opiniones que este ponente haya plasmado, fruto de muchas horas de escuchar a testadores y viudos preocupados ante la situación que se les plantea por la rigidez legitimaria, desolados, mientras el legislador se preocupa de otras materias mucho menos importantes.

Y no se trata de suprimir de raíz las legítimas, sino de adecuarlas a la sociedad actual. Desde ese punto de vista han sido escritas estas líneas.

Por haber puesto de manifiesto esta situación en la ponencia recibí un merecido «tirón de orejas» del moderador que, en mi descargo, diré que fue totalmente provocado para evitar la indiferencia en que en muchas ocasiones han caído los juristas ante leyes absolutamente innecesarias o simplemente oportunistas o populistas (por no hablar de su deficiente calidad técnica), porque no es de recibo que en el siglo XXI se mantengan las rigurosas normas legitimarias «actuales» (del siglo XIX) absolutamente de espaldas a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».-

EL CÓNYUGE COMISARIO VASCO DESDE EL PRISMA DEL *TRUST* ANGLOSAJÓN. UN PARADIGMA DE PROTECCIÓN SUCESORIA¹

Maitena Arakistain Arriola

Profesora ayudante doctora

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. 1. Fundamento histórico del «testamento fecho por poder». 2. Fundamento de la sucesión por comisario en la actualidad. 3. La experiencia del trust. II. LA SUCESIÓN POR COMISARIO EN EL DERECHO VASCO. 1. Una sucesión y dos voluntades ordenadoras. 2. Aspectos subjetivos y formales. 3. Algunas características del cargo. 4. La herencia pendiente del ejercicio del poder sucesorio. 5. Extinción. 6. Un régimen fiscal adaptado a la fiducia vasca. III. LA SINGULAR POSICIÓN DEL CÓNYUGE O PAREJA COMISARIO. 1. Una formulación más favorable. 2. Administrador, representante y usufructuario. 3. Facultades de gestión dinámica. 3.4. Protección y desprotección. IV. LA EXPERIENCIA DEL TRUST. 1. Acercamiento a la figura. 2. Delimitación a efectos comparativos. 3. El trust discrecional y la protección de los presuntos beneficiarios. 4. El cónyuge o pareja trustee y beneficiario. V. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Ley 5/2015, de 25 de julio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), contempla para toda la Comunidad Autónoma la posibilidad de ordenar la sucesión a través de un tercero. Esta forma de configurar la sucesión permite que el causante, mediante testamento o pacto sucesorio, delegue la ordenación de su sucesión en una o varias personas, denominadas comisario, para que sean ellas quienes, tras su muerte, se encarguen de designar a los sucesores y de distribuir la herencia. Esta

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

forma de ordenar la sucesión altera el ritmo habitual del proceso sucesorio, aplazando la delación y la subsiguiente aceptación de los herederos. Mediante la flexibilización del *iter* sucesorio, el causante alcanza resultados que no lograría si instituyera directamente a sus sucesores. Un buen ejemplo es la protección sin parangón que el causante puede prever para su cónyuge o pareja a través de su designación como comisario. Esa función protectora se reconoció expresamente en la hoy derogada Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco². El legislador vasco, refiriéndose al «testamento por comisario» vizcaíno y, en concreto, a su modalidad más extendida, el *alkar-poderoso* o designación recíproca entre cónyuges, subrayó su utilidad para crear «un fuerte derecho de viudedad»³.

Sin embargo, la institución no nació con el propósito de reforzar el estatuto sucesorio del cónyuge o miembro de la pareja de hecho registrada. En origen, esta forma de ordenar la sucesión encajaba dentro de un engranaje sucesorio dirigido a garantizar la preservación de la «casa familiar» —entendida no como simple vivienda, sino como explotación familiar— y procurar su transmisión indivisa a la siguiente generación. En ese contexto, los cónyuges acostumbraban a designarse mutuamente comisario para que, si uno moría prematuramente, el otro se encargara de elegir entre los hijos y descendientes al que fuera más idóneo para tomar las riendas de la casa y asegurar su continuidad. Entre tanto, el viudo se hacía cargo de la familia y de la casa, gobernándola de modo que mantuviera su viabilidad económica hasta que llegara el momento de transferirla, una vez más indivisa y productiva, a la siguiente generación⁴. Sería fácil obviar la importancia del contexto social, económico y familiar en el que surgió esta forma de ordenar la sucesión y pasar directamente a examinar su enorme potencial como herramienta de planificación sucesoria en la actualidad. Sin embargo, creo que para entender la fiducia que hoy regula la LDCV es imprescindible ubicarla primero en el marco histórico en el que nació, aunque sólo sea para concluir que, aplicada en el contexto actual, es, necesariamente, una figura distinta⁵. Tiene que

2. Sobre los antecedentes históricos del Derecho civil vasco, GIL RODRÍGUEZ, *Manual*, 2016, pp. 23-43; GALICIA, *AJI*, 2016, pp. 303-320.

3. La «sucesión por comisario» regulada en la Ley 5/2015 reproduce, con pocos cambios, la regulación del «testamento por comisario» vizcaíno, tal y como se recogió en la Ley 3/1992. Es bienvenida la nueva denominación, técnicamente más correcta. ASUA Y GIL, *Tratado*, 2016, pp. 940-941. En el mismo sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, *Negocios*, 2013, p. 15, sobre la figura gallega y vizcaína.

4. El Fuero Viejo de Bizkaia (1456) no hacía referencia a las posibles funciones de la figura, pero el Fuero Nuevo (1526) señaló expresamente que la designación de comisario posibilitaba el aplazamiento de la elección del «hijo, descendiente o profinco [pariente tronquero] más «idóneo, hábil, suficiente o conveniente» para «heredar ó regir toda la Casa y Casería» (Ley III, Título XXI). NUÑEZ, *El testamento*, 1991, pp. 270-273, señala que el Fuero Nuevo «secularizó» la institución del testamento por comisario: «La institución, que nació para facilitar a los moribundos no morir *inordinatos* y, sobre todo, para que pudieran disponer en favor de las iglesias o de los pobres, pasa a recibir una justificación económica y familiar».

5. Para un análisis de la evolución histórica de la figura, FERNÁNDEZ DE BILBAO, cit., p. 1 y ss. Sobre su encaje en la categoría de confianza sucesoria CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia*, 1996; NUÑEZ, cit., 1991.

serlo, por fuerza, ya que poco, o nada, queda hoy de la forma de vida de aquellas familias que vivían y trabajaban en los caseríos ancestrales que les daban nombre y que, para la mirada extranjera, eran «casi personas, dotados de derechos y sujetos a muchos deberes»⁶.

1. Fundamento histórico del «testamento fecho por poder»

En la época en la que los Fueros vizcaínos recogieron por escrito la costumbre de ordenar la sucesión mediante «*testamento fecho por poder*» (Fuero Viejo de 1452) o testamento por «*comissario*» (Fuero Nuevo de 1526), la sociedad vasca era predominantemente rural. La familia estaba compuesta por miembros de varias generaciones que vivían y trabajaban juntos. La casa incorporaba una explotación agrícola, ganadera o artesanal (a menudo, una combinación de las tres) enteramente dedicada al sostenimiento del grupo la habitaba. En una sociedad de esas características, la línea entre familia y patrimonio está tan difuminada que es difícil trazarla⁷. La supervivencia de la familia dependía de que la casa se transmitiera indivisa a la siguiente generación, en el momento oportuno y al sucesor idóneo. El elegido asumía la responsabilidad de gobernar la casa-empresa junto con su cónyuge, hasta que, llegado el momento, el círculo volvía a repetirse con un nuevo sucesor, su pareja y sus hijos⁸. La subsistencia del grupo, tanto presente como futuro, dependía de esta simbiosis entre casa y familia, por lo que era fundamental que la muerte del titular perturbara lo menos posible su funcionamiento. Con ese propósito se fue desarrollando una red de recursos jurídicos que operaban en conjunto para garantizar la preservación del patrimonio familiar: la troncalidad, la libertad dispositiva, los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, la comunicación foral y, por supuesto, la ordenación por comisario.

6. PÉREZ DE LABORDA, *Euskal Herria*, pp. 360-361 (cita del diplomático español Henry O'Shea en 1869).

7. RAMS ALBESA, *Jornadas*, 1991, p. 112, refiriéndose a Aragón, Navarra y Bizkaia, explica que existió en estos territorios «una concepción de la familia que trasciende la singularidad de sus componentes..., por lo que individuos y bienes se corporativizan, dando lugar al nacimiento de una institución mixta que es la Casa o Caserío». Esa misma idea se refleja en el trabajo del sociólogo JUARISTI, *Puremia*, 1998, pp. 79-81, que ha analizado la relación de la sociedad vasca con la propiedad mediante el estudio de un extensísimo repertorio de locuciones del habla popular vasca recogido por Justo Mokoroa a principios del siglo XX. El estudio muestra que los bienes aparecen siempre identificados como propiedad de la casa y no de los individuos. Por lo que se refiere al titular de la casa, los términos que se utilizan para referirse a él son más equiparables con el concepto de «responsable», que con el de «propietario».

8. Sobre el sistema de «asociación de matrimonios» que operaba en Bizkaia en el siglo XIX, VICARIO, *Derecho*, vol. V, 1995, pp. 41-77: «Los padres eligen entre los hijos el que conceptúan más apto para el trabajo del campo, á fin de asociarle á ellos al contraer matrimonio, surgiendo entonces una verdadera sociedad entre los dos matrimonios, que da lugar á la familia compuesta o doble» (p. 44).

Los parámetros generales del contexto histórico y socioeconómico descrito se mantuvieron prácticamente inalterados en el ámbito rural hasta principios del siglo XX. Durante ese tiempo, la ordenación por comisario fue un componente fundamental del dispositivo sucesorio contemplado en el Derecho vizcaíno, particularmente en su modalidad de *alkar-poderoso* (VALLET DE GOYTISOLO, *Jornadas*, 1991, p.192). Fruto de las costumbres del pueblo, el *alkar-poderoso* ofrecía una solución práctica para solventar la situación de interinidad que se generaba en el supuesto de que uno de los cónyuges muriese de forma prematura y con herederos potenciales aún muy jóvenes. En esos casos, la persona mejor posicionada para gobernar la casa hasta poder transmitirla a la siguiente generación era el cónyuge superviviente, que ya venía haciéndolo constante matrimonio, junto con el causante, tal y como era costumbre en el régimen de comunicación foral de bienes (IMAZ, *Manual*, 2023, pp. 249-265)⁹. Así, en un acto de impecable planificación sucesoria, los cónyuges vizcaínos se designaban mutuamente comisario, otorgándose poderes para que el superviviente ordenara la sucesión del otro o, mejor dicho, ordenara la sucesión de la casa familiar y la transfiriera, íntegra y productiva, al elegido.

Se ha escrito mucho sobre la naturaleza jurídica del poder sucesorio vizcaíno y se han aportado razones de peso tanto por quienes sostienen que el histórico «testamento por comisario» era «algo más» que una simple fiducia sucesoria (sobre todo en su modalidad de *alkar-poderoso*), como por los que defienden la teoría fiduciaria argumentando, con lógica aplastante, que no se puede representar a alguien que ya ha fallecido¹⁰. Creo que un matiz importante es el carácter *sui generis* de la histórica casa-empresa vasca y el modo en el que se plasmó jurídicamente su relación patrimonial con la familia que la habitaba¹¹. En términos jurídicos actuales, la dinámica patrimonial de la casa vasca (al igual que la aragonesa o la navarra) podría asimilarse a un patrimonio afecto a una finalidad: el sostenimiento y supervivencia de la familia. La titularidad de la casa se transfería al heredero único, pero estaba sujeta a fuertes limitaciones de uso y disposición. El titular no podía venderla, ni transmitirla *mortis causa* fuera del tronco. La titularidad comportaba responsabilidad y estaba sujeta a la condición de administrar los bienes en beneficio del grupo familiar. Desde ese planteamiento, la relación patrimonial entre la casa (patrimonio familiar que debe conservarse íntegro), el responsable (titular con facultades limitadas) y el grupo familiar (beneficiarios sin derecho de propiedad) ofrece una perspectiva distinta. Bajo ese prisma, el comisario no representa a un muerto, sino al patrimonio, a la casa. En cualquier caso, no fue esa la configuración jurídica que dieron a la costumbre vasca los escriba-

9. Sobre el régimen de comunicación foral, MARTIN OSANTE, *El régimen económico matrimonial*, 1996 (sobre la gestión de los bienes, p. 348 y ss); IMAZ, *Manual*, 2º ed., 2023, pp. 249-265.

10. ASUA, *Tratado*, 2016, pp. 942-944; FERNÁNDEZ DE BILBAO, *La sucesión*, 2022, pp. 81-91; GIMENO, *El Derecho Foral*, 1996, pp. 138-139. Sobre la naturaleza del testamento por comisario en base al criterio del grado de arbitrio, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia*, 1991, pp. 613-619.

11. RAMS ALBESA, cit., p.119, se refiere a «la desconexión existente entre los modos de vivir y de estar en sociedad de aquellos que son interpretados y los que son propios de las realidades personales, culturales y sociales de los intérpretes».

nos vizcaínos que recogieron los Fueros, influenciados, sin duda, por el Fuero Real en el que ya existía la figura conocida como «testamento por comisario»¹².

Sea cual fuera su embalaje jurídico, el dispositivo sucesorio estaba dirigido a la transmisión indivisa del patrimonio familiar y ese es el marco en el que debemos ubicar la protección que el sistema otorgaba al cónyuge viudo. No se le protegía por ser el compañero del causante, sino por ser miembro del grupo familiar, es decir, por pertenecer a la casa, y por su papel clave en la elección del continuador¹³.

2. Fundamento de la sucesión por comisario en la actualidad

¿Cómo encaja el comisario foral en el moderno Derecho civil vasco? Aquellas casas familiares que acogían a varias generaciones ya no existen y la familia troncal ha sido sustituida por estructuras familiares reducidas, ubicadas predominantemente en el ámbito urbano. El patrimonio familiar ya no depende de lo recibido de generaciones anteriores, sino que se compone, primordialmente, de lo aportado por el trabajo de la propia pareja. El cambio de paradigma es radical y, sin embargo, el poder sucesorio vizcaíno no sólo perdura —transformado ahora en sucesión por comisario para todo el territorio autonómico vasco— sino que aparece reforzado en la Ley 5/2015 (URRUTIA, *Análisis*, 2020, p. 338)¹⁴. En efecto, con el fin de modernizar la figura y dotarla de los recursos necesarios para impulsar su efectividad en el contexto económico actual, el legislador, siguiendo la fórmula de la fiducia aragonesa (BELLOD, *Tratado*, 2016, p. 888), no solo ha conservado las prerrogativas que ya reconocía al cónyuge comisario el Fuero vizcaíno, sino que las ha reforzado y ha añadido otras nuevas¹⁵. Más aún, la posición privilegiada que se reconocía al cónyuge se extiende ahora al miembro de la

12. Es posible que, si en lugar de estudiar en Universidades castellanas, los escribanos vizcaínos se hubieran formado en instituciones inglesas, la caracterización de la fiducia vasca se hubiera parecido más a la de un *trust*, en el que el viudo comisario actuaba como *trustee*, gestionando la casa en beneficio del grupo familiar que vivía y trabajaba en ella. Sobre la influencia del Derecho castellano (en particular, el Fuero Real) en la figura vizcaína FERNÁNDEZ DE BILBAO, cit., pp. 3-24. Sobre el «testamento por comisario» en el Derecho castellano, NUÑEZ, cit. *in totum*; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia*, cit., pp. 613-619.

13. En efecto, hasta que se introdujo la legítima viudal en la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava de 1959, nada se contemplaba para el supérstite en el ámbito sucesorio y su protección provenía de lo establecido en sede matrimonial (ARAKISTAIN, *La posición sucesoria...*, 2023, p. 327; MARTIN OSANTE, cit., 1996, p. 35 y ss.).

14. El arraigo social de la institución y su uso continuado se confirma en la jurisprudencia. *Vid.*, entre otras, SAP BI 1.12.2015 (ROJ 2388), SAP BI 4.5.2023 (ROJ 406), SAP BI 6.3.2025 (ROJ 548).

15. Como veremos, el legislador reserva para el supérstite comisario ciertas posibilidades y facultades más favorables: designación (art. 31 LDCV), administración de la herencia (art. 37 LDCV), plazo (art. 41 LDCV), instrumentos para ejercitar el poder (art. 43.2 LDCV), facultades reforzadas de representación, administración y usufructo (arts. 41.3 y DT 4ª LDCV), facultades dispositivas (art. 43.4 y 5 LDCV) y liquidación (art. 43.3 LDCV).

pareja de hecho legalmente formalizada¹⁶ y se añade un régimen fiscal que, como veremos, ha sido reformado para que funcione de forma coherente con la naturaleza de la fiducia (ATXABAL, *El régimen tributario*, 2023, pp. 56 y ss.).

Ciertamente, la fiducia vasca no es la única en su especie; todos los ordenamientos civiles autonómicos contemplan, con mayor o menor amplitud, la posibilidad de ordenar la sucesión a través de un tercero¹⁷. Incluso el Código civil, aparentemente tajante en su prohibición de la ordenación or comisario (art. 670 CC), ha modulado su posición y ha ido ampliando el marco de aplicación de la fiducia contemplada en el artículo 831 CC (CÁMARA LAPUENTE, *Código Civil comentado*, 2015, pp. 906-920; PÉREZ VELÁZQUEZ, *ADC*, 2019, pp. 1133-1202). Ahora bien, la efectividad de la institución como mecanismo de protección sucesoria del supérstite varía dependiendo de los parámetros que establece cada ordenamiento. En el caso vasco, el carácter predominantemente dispositivo de las normas, combinado con la naturaleza colectiva de la legítima de los descendientes y la posibilidad de apartar a los legitimarios sin necesidad de desheredar, permite al causante conceder a su pareja un poder sucesorio prácticamente irrestricto. En su versión originaria, el uso prudente del poder lo garantizaba la propia forma de vida y el hecho incontestable de que la supervivencia de la familia estaba directamente ligada a la transmisión indivisa de la casa a la siguiente generación. Además, el resto del andamiaje jurídico también operaba como mecanismo de control, particularmente la troncalidad y el régimen de comunicación foral. Bajo la legislación actual, esas instituciones están limitadas a una parte de la población vizcaína y, en el caso de la troncalidad, la LDCV ha reducido su impacto notablemente (GALICIA, *AJI*, 2016, pp. 317-318). Por el contrario, la figura del comisario no sólo se ha extendido a todo el País Vasco, sino que ha sido reforzada, al menos en el supuesto del supérstite. En consecuencia, la tensión entre la protección que el sistema sucesorio concede al viudo y a los sucesores forzosos se decanta, en el caso del viudo comisario, en favor de éste, sin que la LDCV introduzca nuevos mecanismos de control para reemplazar aquellos que, históricamente, aportaba la propia lógica del sistema vizcaíno. Por ejemplo, hubiera sido impensable que el viudo del siglo XV (o incluso el de principios del siglo XX) dispusiera de los bienes en su propio beneficio y no en el de la casa o atrasara la elección del sucesor para favorecer su situación económica en la vejez.

16. *Vid.* Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015.

17. El usufructuario poderoso del Valle de Ayala en Álava (arts. 91-95 de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco), el fiduciario-comisario navarro (leyes 282-288 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra), la fiducia sucesoria aragonesa (arts. 439-463 del Código de Derecho Foral de Aragón, DLeg 1/2011), la designación de heredero fiduciario catalana (arts. 424.1 a 10 del Código Civil de Cataluña), el testamento por comisario gallego (arts. 196-202 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia), los herederos distribuidores de Mallorca y Menorca (arts. 18-23 del DLeg 79/1990 de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares) y la fiducia sucesoria de Ibiza y Formentera (art. 71 del DLeg 79/1990).

Ciertamente, las razones que impulsan hoy al causante a designar comisario también se han modernizado. Se mantiene su uso como mecanismo para facilitar la transmisión indivisa del patrimonio familiar, pero con un concepto actualizado del patrimonio, que incluye, por supuesto, la transmisión de la empresa familiar. No me detengo en este aspecto, que no es el que ahora nos interesa, pero es obligado recalcar el potencial de la ordenación por comisario como herramienta de planificación sucesoria en ese ámbito. Dicho esto, es en la esfera de la protección del cónyuge o pareja supérstite donde la figura despliega toda su funcionalidad. En efecto, el nombramiento del cónyuge o pareja como comisario, permite canalizar el deseo que expresan muchos causantes casados o en relaciones estables, de mantener el patrimonio familiar indiviso hasta que fallezca el último de los dos, sin que nadie —particularmente los hijos— pueda interferir (REBOLLEDO, *La familia*, 2010, pp. 31-32 y 40)¹⁸. Dentro de ese marco, designar comisario al supérstite se presenta como la opción idónea en una gran variedad de situaciones familiares:

- (i) Matrimonio o pareja estable, con hijos comunes, cuando los progenitores quieren ordenar su sucesión «del uno para el otro y el remanente para los hijos»¹⁹. Es el esquema que mejor encaja con la versión original de la fiducia. Se ofrece un mecanismo efectivo para otorgar al supérstite el control sobre todo el patrimonio conyugal, sin tener que liquidar el régimen económico ni vender ningún bien para satisfacer las legítimas de los descendientes. Esto es particularmente importante en un contexto social en el que ya no se envejece en la casa familiar, bajo el cuidado del grupo²⁰.
- (ii) Segundas o posteriores relaciones con hijos sólo del causante. En ese caso la fiducia sirve para reforzar la posición del supérstite ante las pretensiones patrimoniales de los hijos del causante. Dependiendo de las circunstancias concretas (duración de la relación, conflictos entre la pareja y los hijos, etc.), el causante puede estructurar el poder sucesorio de forma que las facultades del cónyuge o pareja comisario sean más o menos amplias,

18. En el mismo sentido FREIRE BARRAL, *La familia...*, 2010, p.88: «normalmente se nos dirá que lo que los cónyuges quieren es dejarse «el uno al otro y después a los hijos» (Castilla), hacer «*testament d'un per a l'altre*» (Cataluña), «*deixarse un ao outro e reconecelos fillos*» (Galicia), o expresiones similares».

19. Otra posibilidad para canalizar este tipo de sucesión es el testamento mancomunado, pero en ese caso la posición del supérstite ante los hijos no es tan sólida, ya que la irrevocabilidad de las disposiciones correspondientes congela su facultad dispositiva *mortis causa*.

20. La imposibilidad de cubrir con fondos públicos los costos asociados con el envejecimiento de la sociedad requiere que cada uno financie, al menos en parte, su propia vejez. En ese sentido, la posición económica del supérstite se ve favorecida al nombrarle comisario, ya que adquiere el control sobre todo el patrimonio conyugal y, generalmente, como veremos, también lo usufructúa. Además, el refuerzo de su posición a la cabeza del patrimonio familiar incentiva la implicación de sus familiares en su cuidado, motivados por la promesa (o la esperanza) de ser elegidos herederos.

o limitar los bienes sobre los que recae el poder e incluso distribuir parte de los bienes directamente.

- (iii) Matrimonio o pareja con hijo(s) en situación de discapacidad. La ordenación por comisario es una herramienta extremadamente útil en este ámbito. Se otorga al progenitor superviviente acceso a los fondos familiares para atender a las necesidades de la persona con discapacidad y, además, se aplaza la distribución del patrimonio a un momento futuro en el que se pueda determinar las necesidades reales de cada uno de los hijos y adaptar el reparto en consecuencia. También es posible configurar el poder sucesorio en previsión de que el comisario se haga cargo de la persona con discapacidad²¹. Cuando no sea así, el comisario tiene la obligación de «*pedir la constitución de la ...curatela de los hijos y demás descendientes del causante ...incapacitados*» (art. 39 LDCV²²).

3. La experiencia del trust

La flexibilidad que ofrece la sucesión por comisario para ajustar la ordenación a las necesidades y circunstancias familiares del causante evoca poderosamente otra figura paradigmática de confianza sucesoria: el *trust* testamentario²³. Como veremos, el *trust* es una figura enormemente versátil, mediante la que se canalizan diversos fines e intereses a través de la gestión que realiza una persona de confianza del constituyente (el *trustee*) en favor de otras (los beneficiarios). Una de las claves de su éxito radica en el equilibrio entre la discrecionalidad del *trustee* (fundamental para poder realizar una gestión dinámica y efectiva del fondo fiduciario) y la protección de los beneficiarios. Ese equilibrio está ausente en la ordenación por comisario vasca, que se decanta en favor del comisario sin incorporar mecanismos de control que permitan supervisar el uso adecuado de las facultades de gestión dinámica del comisario. Una recalibración en este aspecto podría aumentar la utilidad de la figura y fomentar su uso.

Se propone, por tanto, analizar los principales rasgos de la ordenación por comisario, así como algunos de los aspectos del *trust* que permiten conciliar la protección del supérstite fiduciario con la salvaguarda de los intereses de los beneficiarios, para finalmente considerar si sería conveniente introducir medidas o prácticas similares en la fiducia vasca.

21. Como apunta FERNÁNDEZ DE BILBAO, *Jado*, 2022, p. 180, el comisario ofrece una ventajosa alternativa a los regímenes de guarda del sucesor discapaz y «libra al causante y al comisario de recurrir a los expedientes del Código civil para beneficiar a los hijos discapaces en perjuicio de los otros».

22. La referencia a los «incapacitados» necesita actualización y debe ser interpretada a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

23. Con relación al *trust* como figura asimilable a la categoría general de «confianza sucesoria», ver CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia*, cit., pp. 1391-1400.

II. LA SUCESIÓN POR COMISARIO EN EL DERECHO VASCO

La Ley 5/2015, de Derecho civil vasco, recoge la figura del comisario y la regula en sus artículos 30 a 46. Como ya se ha apuntado, la LDCV extendió la institución a toda la Comunidad Autónoma (art. 8 LDCV) y concedió a las parejas de hecho inscritas el mismo trato que hasta entonces se reservaba para el cónyuge (DA 2ª LDCV)²⁴. Por lo demás, la configuración de la figura se mantiene igual. El causante (mal denominado testador) «*puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos*» (art. 30 LDCV). Es decir, el causante puede designar como comisario a cualquier persona, dentro o fuera del grupo familiar, y puede otorgarle tantas facultades como él mismo posee, sujetas, claro está, a las limitaciones impuestas por la legítima y la troncalidad. A su vez, salvo que el causante haya dispuesto otra cosa y siempre que no haya sucesores forzosos, el comisario puede designar sucesor libremente (art. 33.2 y 3 LDCV). El amplísimo marco en el que se puede configurar la fiducia hace que sea una herramienta de planificación sucesoria muy polivalente, que sirve para canalizar situaciones e intereses que pueden ir mucho más allá del esquema familiar que la inspiró (ASUA, *Estudios*, 1993, pp. 899-901). Dicho esto, lo cierto es que lo más común sigue siendo que el causante designe comisario a su cónyuge o pareja. Ese es el supuesto en el que el principio de confianza sobre el que se funda la institución muestra su vertiente más sólida, y la LDCV lo confirma reservando para el supérstite un tratamiento notablemente más generoso que el que se contempla para el caso de que el designado sea otra persona.

1. Una sucesión y dos voluntades ordenadoras

Cuando la sucesión del causante se ordena a través del comisario, confluyen dos negocios jurídicos distintos, pero necesariamente interconectados. El primero tiene lugar en vida del causante y es el acto mediante el que éste nombra a uno o varios comisarios y les concede facultades, más o menos amplias, para que elijan sucesor y distribuyan sus bienes después de su muerte (art. 30 LDCV). En ese acto, el causante fija el contenido del poder que delega en el comisario y que regirá su actuación junto con las (pocas) normas imperativas aplicables (arts. 33.1 y 46 LDCV)²⁵. El segundo negocio jurídico ocurre, necesariamente, después del

24. Es mención obligada, aunque no se aborde de forma directa en este trabajo, la otra fiducia sucesoria que regula la LDCV en sus artículos 91 a 95: el usufructo poderoso del Valle de Ayala en Álava. Bajo su modelo de fiducia, el causante ayalés puede conceder «al usufructuario la facultad de disponer a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, de la totalidad o parte de los bienes a favor de los hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo» (art. 91.2 LDCV). Sobre esta figura, ATXUTEGI/GIL, *Manual*, cit., pp. 407-433; Angoitia *El usufructo poderoso*, 1999.

25. Las normas contenidas en la LDCV son predominantemente dispositivas (art. 4 LDCV), por lo que el causante cuenta con amplia libertad para diseñar el poder sucesorio que mejor se ajuste

fallecimiento del causante, cuando el comisario ejerce el poder para designar sucesor y distribuir todo o parte de la herencia (SAP BI 1.12.2015, ROJ 2388).

Por tanto, para que la sucesión por comisario sea efectiva es necesario que concurren dos voluntades: primero la del causante, que define los parámetros en los que se debe ejercer la segunda voluntad, la del comisario, que completa o integra la voluntad del causante²⁶. En coherencia con esa configuración, el comisario está limitado por lo que el comitente haya establecido expresamente en la delegación. Eso sí, en lo que no está expresamente previsto, el comisario puede actuar libremente, con las mismas facultades que corresponderían al testador (art. 33.1 LDCV). Tal vez para evitar un uso abusivo de tan amplias facultades, y salvo que el causante lo haya permitido expresamente, el legislador ha prohibido que el comisario establezca fideicomisos, sujete a condición el nombramiento de sucesor o tome «*decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores o la adjudicación de los bienes*»²⁷ (art. 32.3 LDCV).

2. Aspectos subjetivos y formales

Todo causante con vecindad civil vasca (art. 10 LDCV) puede designar comisario en testamento ante notario, siempre que tenga suficiente capacidad para ello (art. 31.1 LDCV)²⁸. Por tanto, la designación puede hacerse tanto en testamento notarial abierto, como en testamento mancomunado (arts. 24-29 LDCV). En el caso del cónyuge o pareja, las posibilidades se amplían: si los cónyuges se designan recíprocamente, pueden hacerlo en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio (art. 31.2 LDCV) y las parejas de hecho pueden utilizar el pacto regulador de su régimen económico o el pacto sucesorio, siempre que lo hagan en documento público notarial (art. 31.3 LDCV)²⁹. Aunque haya otorgado poder sucesorio, el causante puede ordenar parte de su sucesión por sí mismo o esta-

a sus fines. OÑATE CUADROS, *Análisis*, pp. 448-449, identifica las pocas normas imperativas ante las que debe ceder esa libertad, afirmando que «la voluntad del comisario solo cede ante la del testador o ante ley imperativa, que no se presume». En el mismo sentido, la RDGSJFP de 2.7.2020 (BOE nº 211, de 5 de agosto) o la SAP BI 4.5.2023 (ROJ 406).

26. ASUA, *Estudios*, 1993, pp. 889-899, entiende que el comisario dispone en nombre propio y no en una especie de representación *post mortem* del fallecido (en el mismo sentido para la fiducia aragonesa, PARRA LUCÁN, *Manual*, 2006, p. 530). Por el contrario, la teoría tradicional vizcaína entiende que el comisario otorga el testamento del causante (entre otros, FERNÁNDEZ DE BILBAO, *La sucesión*, cit., pp. 81-91).

27. Sin embargo, la SAP BI 1.12.2015, ROJ 2338, aceptó la designación del hermano del causante por un plazo de 30 años sin más justificación que la voluntad del comitente, lo que le autorizaba a retrasar el ejercicio del poder durante ese largo plazo.

28. También los extranjeros que tengan su residencia habitual en la CAV. *Vid.* ÁLVAREZ RUBIO, *DPC*, 2021, pp.11-48. Sobre la capacidad del causante, comisario y sucesores, ASUA, *Manual*, cit., pp. 359-360; FERNÁNDEZ DE BILBAO, *Poderes*, cit. pp. 147-196.

29. Lo cierto es que, hoy en día, es inusual que los cónyuges utilicen las capitulaciones matrimoniales como soporte documental de la ordenación sucesoria que se realiza a través de pacto. IMAZ, cit., 346.

blecer cláusulas preventivas para el caso de que, por cualquier razón, no se ejercite el poder.

Por lo que respecta al comisario, ya hemos visto que cualquier persona puede ser nombrada comisario —incluidas las personas jurídicas³⁰— y que el nombramiento puede ser individual o plural (art. 30 LDCV). En efecto, el causante puede designar uno o varios comisarios para que actúen individual, conjunta o sucesivamente. Si se nombran varios comisarios sin especificar cómo deben actuar, deberán de desempeñar sus funciones de forma mancomunada y los acuerdos se adoptarán por mayoría, decidiendo el nombrado en primer lugar en caso de empate (art. 40 LDCV). El comisario debe tener la capacidad suficiente para el negocio que utilice en la ejecución del encargo (art. 32.1 LDCV) y, en cualquier caso, el suficiente discernimiento para formar su propia voluntad ordenadora, sin que quepan medidas de apoyo en este ámbito (independientemente del negocio ordenador que se utilice). Este es un aspecto que puede generar complicaciones cuando el cónyuge o pareja comisario retrasa el ejercicio del poder hasta alcanzar una edad avanzada. En esos casos, la merma de las facultades que, sin llegar a generar una discapacidad, acompaña a la edad, puede dificultar el ejercicio del poder. Las dificultades se agudizan cuando el patrimonio pendiente del ejercicio del poder requiere una administración dinámica³¹. La LDCV contempla la «imposibilidad» y la «incapacidad» como causas de extinción del poder (conceptos algo confusos a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio), pero no está claro qué sucede cuando lo que afecta al comisario anciano no alcanza esa calificación, sino que es, más bien, cansancio o fragilidad natural.

Finalmente, y en cuanto a los designados, la LDCV ha acotado por primera vez el círculo de posibles sucesores. Lógicamente, el comisario debe elegir, primero, entre el grupo de personas señaladas por el causante. La novedad es que, a falta de tal indicación, la designación deberá hacerse entre el cónyuge o la pareja superviviente y los sucesores forzosos, y, si los bienes son troncales, entre los parientes tronqueros (art. 33.2 LDCV). Sólo en caso de que no haya sucesores forzosos podrá el comisario designar sucesores libremente (art. 33.3 LDCV)³².

30. A favor de esta posibilidad, ASUA/GIL, cit., 975, SERRANO GARCÍA, *Los patrimonios*, 250-251. URRUTIA, cit., p. 368, apunta que este puede ser el camino para figuras como el *trust*.

31. El AAP BI 08.02.2023, ROJ 529, es un buen ejemplo de las dificultades prácticas que pueden surgir. En ese caso la comisaria tenía reconocido un Alzheimer avanzado. Su hija, tras obtener el reconocimiento de la guarda de hecho en juicio verbal especial, solicitó en un proceso de jurisdicción voluntaria la extinción del poder sucesorio otorgado por su padre a su madre. El juzgado de primera instancia rechazó la solicitud alegando que la jurisdicción voluntaria no era la sede adecuada. La Audiencia confirmó la resolución señalando que, a pesar haberse reconocido la guarda de hecho de la hija y de contar con la conformidad de todos los presuntos sucesores para la extinción del poder, dicha petición debía hacerse en un proceso contencioso. En el caso en cuestión, la comisaria no estaba designada heredera en el testamento preventivo del causante y, por lo tanto, la extinción del cargo la dejaría fuera de la sucesión. La Audiencia consideró que esto generaba un conflicto de intereses entre la comisaria y los presuntos herederos, por lo que la pretensión debía plantearse como un proceso contencioso, con intervención del defensor judicial.

32. De acuerdo con URRUTIA, cit., p. 374, el legislador intenta «evitar una utilización de la fiducia que desvíe los bienes de su destino familiar, positivizando lo que ha sido una constante en la

3. Algunas características del cargo

La propia ley establece que «el cargo de comisario es voluntario y gratuito, y sus facultades, mancomunadas o solidarias, son personalísimas e intransferibles» (art. 36 LDCV). El criterio de gratuidad enlaza con la relación de confianza que apuntala la institución, pero si el causante así lo dispone, el cargo puede ser retribuido (ASUA, *Tratado*, cit. p. 951; FERNÁNDEZ DE BILBAO, *La sucesión*, p. 174)³³. Por otro lado, el carácter personalísimo e intransferible de las facultades prohíbe delegar la decisión respecto de la designación de sucesores o su manifestación. Esa indelegabilidad es uno de los pocos elementos que no puede ser derogado por la voluntad del causante (OÑATE CUADROS, *Análisis*, cit., p. 447). Esto no obsta, sin embargo, para que el comisario pueda designar albacea y contador-partidor, si el causante no lo ha hecho ya, tal y como contempla expresamente el artículo 36.2 de la LDCV.

4. La herencia pendiente del ejercicio del poder sucesorio

Como venimos apuntado, cuando la sucesión se ordena a través de comisario se aplaza la designación del sucesor —y, por tanto, la distribución de los bienes— a un momento posterior a la muerte del causante. De este modo, aunque la sucesión se abre en el momento de la muerte del causante (siempre y en todo caso³⁴), la delación no ocurre hasta que el comisario ejerce el poder o éste se extingue por causa prevista en la ley (art. 17 LDCV). Entre tanto, la herencia está en yacencia y constituye un patrimonio autónomo, carente de titular, pero destinado a ser adquirido por quienes eventualmente sean designados sucesores. Cuando eso sucede y los llamados aceptan la herencia, la situación de indeterminación termina y el patrimonio autónomo se transforma en patrimonio hereditario (SERRANO GARCÍA, cit., p. 246). El período de interinidad puede prolongarse durante años, particularmente cuando el comisario es el cónyuge o pareja del causante. En ese supuesto, la LDCV admite la posibilidad de que el causante otorgue el poder «*por tiempo indefinido o por los años que viviere*» (art. 41.1 LDCV). Aunque esa opción no se contempla para el comisario extraño, la jurisprudencia ha entendido que, siempre y cuando se señale un plazo determinado, su duración puede ser tan larga como desee el causante, sin que por ello se considere que se defraudan los intereses de los legitimarios (SAP BI 1.12.2015, ROJ 2338)³⁵.

práctica notarial». Es cierto que, en su versión originaria, la vinculación inescindible entre la figura y su finalidad familiar hacía innecesario especificar el círculo de posibles sucesores.

33. En opinión de ASUA (p. 950), la no aceptación o la renuncia sin una causa justa determinará la pérdida de cuanto, en consideración del cargo, le hubiera sido atribuido por el causante. Para la opinión contraria, FERNÁNDEZ DE BILBAO (p. 176).

34. La afirmación del artículo 17.2 LDCV de que sucesión se abre en el momento en el que el comisario hace uso del poder es, necesariamente, un error del legislador.

35. En este caso el causante designó comisarios a sus dos hermanos (uno en defecto del otro) por un plazo de 30 años, añadidos al plazo legal de uno. El tribunal entendió que no existía

En tanto no se ejercite el poder, los posibles sucesores y futuros titulares no tienen un derecho cierto sobre la herencia, sino una mera expectativa de suceder (SAP BI 6.3.2025, ROJ 548). Por consiguiente, no pueden aceptar una herencia a la que todavía no han sido llamados (SAP BI 3.7.2013, ROJ 1065), ni solicitar la partición judicial (SAP BI 11.5.2016, ROJ 1045), ni exigir ninguna atribución patrimonial (SAP BI 1.12.2015, ROJ 2388), aunque tengan condición de sucesores forzosos (STSJ PV 2.5.2002, ROJ 2291). Hasta el momento en el que su expectativa o esperanza de suceder se transforme en derecho —es decir, hasta que el comisario ejerza la delación en su favor— los presuntos sucesores gozan de muy poca protección. Por supuesto, pueden impugnar el testamento o pacto sucesorio que contiene el poder por falta de capacidad del causante u otros defectos, pero, por lo demás, sus derechos son escasos. Su principal protección proviene del derecho a exigir que el comisario cumpla con su obligación de hacer inventario de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la herencia en el plazo de seis meses desde que tuvo conocimiento de su designación, y de dar cuenta de su contenido a los presuntos sucesores (art. 34.1 LDCV). Consecuentemente, también pueden impugnar el inventario y pedir que se incluyan los bienes omitidos o que se revisen las valoraciones (art. 34.2 LDCV). Sin embargo, este derecho puede estar vacío de contenido si los presuntos sucesores ignoran la existencia de los bienes o derechos que hayan podido omitirse, ya que, como meros posibles sucesores, no tienen forma de acceder a la información financiera o fiscal del causante. Sin duda, esto representa un enorme obstáculo para la defensa efectiva de sus intereses, ya que el inventario fija el contenido de la herencia pendiente de asignación que, antes o después, pasará a ser propiedad de alguno de ellos³⁶.

Si los presuntos sucesores son hijos y descendientes del causante, también pueden solicitar alimentos con cargo a los rendimientos de la herencia (art. 38 LDCV) y, si son menores o «incapacitados», el comisario debe solicitar la constitución de la tutela o curatela (art. 39 LDCV). Por su parte, como veremos más adelante, los legitimarios pueden exigir que se recabe la autorización de uno de ellos para ciertos actos de disposición (art. 43.5 LDCV).

vulneración de derecho alguno, ni gravamen de la legítima, ni fraude de ley buscando la desheredación, «siendo la fijación del plazo de 30 años permitida por el legislador en ... el actual art. 41 LDCV, esto es, no pone límite alguno, supliendo únicamente el legislador la voluntad del testador cuando tal plazo falta». La sentencia ha sido extensamente criticada por la doctrina. Ver, por todos, ASUA, *Manual*, cit., pp. 371-372, que apunta que, aunque para el comisario extraño la única exigencia legal es que se fije un plazo determinado, con independencia de su extensión, cuando los posibles sucesores sean legitimarios o tronqueros el plazo debería de estar justificado por las concretas circunstancias para no vulnerar los derechos de sucesión forzosa (art. 56 LDCV).

36. Los acreedores hereditarios y los legatarios pueden, además, solicitar al comisario —y en su defecto, al juez competente— la separación de los bienes de la herencia, dentro del plazo de seis meses desde la muerte del causante. Esta medida garantiza que los bienes de la herencia pendiente de asignación se utilicen para la satisfacción de sus créditos, excluyendo a los acreedores particulares de los futuros herederos y del propio comisario (arts. 43.3 y 21.3 LDCV).

5. Extinción

Las causas de extinción del poder sucesorio están previstas en el artículo 45 LDCV e incluyen la expiración del plazo, la muerte o renuncia del comisario, la indignidad, revocación u otras causas previstas en el poder (FERNÁNDEZ DE BILBAO, *La sucesión*, cit., pp. 316-338). Ya hemos visto que también la imposibilidad o «incapacidad» sobrevenida dan lugar a la extinción del poder y se han apuntado algunos de los problemas que pueden surgir en ese ámbito. En el caso del cónyuge comisario, y salvo disposición distinta del causante, el poder también se extingue por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad con posterioridad al otorgamiento del poder (aunque, aparentemente, no por la separación de hecho), o cuando el cónyuge comisario contraiga nuevas nupcias, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial³⁷. En el caso de la pareja de hecho, su extinción también provoca la del poder sucesorio, a menos que sea para contraer matrimonio entre sí³⁸.

6. Un régimen fiscal adaptado a la fiducia vasca

La normativa fiscal ha venido a completar la regulación de la ordenación por comisario de la LDCV, adaptando las normas forales de las tres provincias vascas a la naturaleza de la institución³⁹. La extensión de este trabajo no permite analizar estas normas en detalle, pero vamos a apuntar los rasgos más importantes de la regulación fiscal de la ordenación por comisario.

A efectos fiscales, se entiende que mientras la herencia está pendiente del ejercicio del poder constituye un patrimonio separado susceptible de imposición independiente (ATXABAL, cit., p. 57). El comisario es el representante de la herencia a efectos fiscales y debe notificar el fallecimiento del causante. En el plazo de un año desde la fecha de fallecimiento del causante (seis meses en Álava), está obligado a presentar un inventario de los bienes y la justificación documental del poder⁴⁰. Aunque ahora nos vamos a centrar en el impuesto de sucesiones y dona-

37. En relación con la extinción del poder sucesorio por vida marital de hecho, SAP VI 16.11.2016 (ROJ 672), SAP BI 24.10.2019 (ROJ 2866), SAP BI 4.5.2023 (ROJ 406).

38. Las causas de extinción de la pareja de hecho se regulan en el artículo 18 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

39. Las normas fiscales de las tres provincias vascas se reformaron tras la entrada en vigor de la LDCV, para adecuar el régimen tributario a las singularidades de las instituciones sucesorias, con el fin de impulsar su aplicación y de evitar que caigan en desuso por un inadecuado tratamiento fiscal. Aunque cada provincia tiene su propia ley foral, su contenido es muy similar: Norma Foral 1/2017, de 12 de abril, de adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a la Ley 5/2015; Norma Foral 4/2016, de 14 de noviembre de adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Gipuzkoa a la Ley 5/2015, y Norma Foral 18/2017, de 20 de septiembre, de adaptación del sistema tributario de Álava al Derecho civil vasco.

40. Art. 74 de la Norma Foral 4/2015 del ISD de Bizkaia; art.38bis de la NF 11/2005 del ISD de Álava, art. 74 de la NF 2/2022 del ISD de Gipuzkoa

ciones (ISD), la herencia pendiente de asignación puede calificarse como contribuyente a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, así como tributar por el impuesto sobre el patrimonio, sobre bienes inmuebles o sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

El causante puede configurar el poder sucesorio de modo que encargue al comisario la distribución de ciertos bienes, pero distribuya otros directamente. Si hay bienes en la herencia que se han asignado de forma directa por el causante, el ISD se devenga en relación con esos bienes en el momento del fallecimiento del causante. En cambio, los bienes integrados en la herencia pendiente de asignación tributan en el momento en el que el comisario ejercita el poder con carácter irrevocable o se produce la extinción definitiva del mismo. Cuando eso sucede, el presunto sucesor se convierte en heredero o legatario y surge la obligación de satisfacer el tributo sucesorio con respecto a los bienes sobre los que se haya ejercitado el poder (o, si el poder se ha extinguido, sobre todos los bienes que integren en ese momento la masa patrimonial)⁴¹. Para garantizar el pago del impuesto, los notarios están obligados a remitir a la Hacienda Foral correspondiente, dentro de la primera quincena de cada mes, una relación de los testamentos que hayan autorizado durante el mes anterior, en los que se haya producido el ejercicio con carácter irrevocable del poder por parte del comisario de una herencia. La notificación debe incluir todos los documentos autorizados por el notario en los que se produzca el ejercicio del poder, incluso cuando ejecute en el propio testamento del comisario⁴².

Si el causante ha asignado un derecho de usufructo vinculado al poder sucesorio (supuesto común en el caso del cónyuge o pareja comisario), éste da lugar a gravamen en el momento del fallecimiento del comitente⁴³. En la mayoría de los casos, sin embargo, el viudo no deberá pagar nada, ya que las transmisiones *mortis causa* entre cónyuges o miembros de la pareja de hecho inscrita se benefician de una exención de 400.000 euros⁴⁴. En caso de que el valor del usufructo sea superior a esa cuantía, el exceso tributará al 1,5%⁴⁵. Como veremos en el siguiente epígrafe, en el caso del cónyuge o pareja es común que se le otorgue el usufructo de forma indefinida y que lo retenga hasta su muerte, aunque ejerza el poder (art. 41.1 y 3 LDCV). En ese caso, el ISD se liquida aplicando las reglas del usufructo vitalicio, en una única liquidación. En el resto de los casos, cuando el derecho de usufructo se extinga con el ejercicio del poder, se practican dos liquidaciones: una en el momento del fallecimiento del causante, aplicando las reglas del usufructo vitalicio, y otra (la definitiva) en el momento de hacerse uso del poder o a su extinción, aplicando las reglas del usufructo temporal. En este último supuesto, se descuenta lo pagado en la primera liquidación y se devuelve

41. Art. 17 NF del ISD de Bizkaia; art.26 NF del ISD de Álava, art. 49 NF del ISD de Gipuzkoa.

42. Art. 73.3 NF del ISD de Bizkaia, art.73.3 NF del ISD de Gipuzkoa, art. 39.3 NF del ISD de Álava

43. Ibid.

44. Art. 43 NF del ISD de Bizkaia; art.22 NF del ISD de Álava, art. 44 NF del ISD de Gipuzkoa.

45. Art. 47 NF del ISD de Bizkaia; art.24 NF del ISD de Álava, art. 47 NF del ISD de Gipuzkoa.

el exceso⁴⁶. En cualquier caso, el usufructuario también tributa por el IRPF sobre los rendimientos obtenidos mientras la herencia está pendiente (por ejemplo, por las rentas obtenidas por el alquiler de un inmueble o por el cobro de dividendos). En caso de que no haya usufructuario, el impuesto se liquida a la herencia pendiente de asignación⁴⁷.

III. LA SINGULAR POSICIÓN DEL CÓNYUGE O PAREJA COMISARIO

1. Una formulación más favorable

Como se ha visto, el causante puede nombrar comisario a cualquier persona, sin que sea requisito necesario que exista una relación de pareja o siquiera de parentesco. La institución es la misma independientemente de la identidad del fiduciario y, sin embargo, cuando el comisario es el cónyuge o la pareja, es innegable que el cargo adquiere otra dimensión⁴⁸. Si el causante no ha dispuesto otra cosa —algo que siempre puede hacer—, el estatus sucesorio que la ley atribuye al viudo (entendido como cónyuge o pareja superviviente) es difícilmente igualable. Para empezar, ya hemos visto que el viudo puede ostentar el cargo de forma indefinida o «*por los años que viviere*» (art. 41.1 LDCV), por lo que no tiene que tomar decisiones apresuradas tras la muerte de su pareja. Es más, si el poder se otorgó de forma recíproca mediante pacto sucesorio o testamento mancomunado (art. 31.2 LDCV), la certeza de una designación irrevocable permite que el viudo planifique la gestión del patrimonio, evitando tener que tomar decisiones complejas inmediatamente después de la muerte de su pareja.

En cuanto al ejercicio del poder, el comisario puede ejecutar el cargo mediante actos *mortis causa* en testamento ante notario o por pacto sucesorio, o mediante actos *inter vivos*⁴⁹ (art. 43.1 LDCV). Sea cual fuere el canal utilizado, los sucesores designados por el comisario son herederos o legatarios de causante y, por tanto, su designación surge efectos inmediatos y es, necesariamente, irrevocable (ASUA, *RJN*, 1996, pp. 217-221). Sin embargo, cuando el comisario es el viudo, la ley le confiere la posibilidad de hacer uso del poder en su propio testamento, siempre que sea para disponer entre hijos o descendientes comunes. En ese

46. Art. 53 de la NF del ISD de Bizkaia; art.33 Primera de la NF del ISD de Álava, art. 55 de la NF del ISD de Gipuzkoa.

47. Art. 12.6 de las respectivas Normas Forales sobre el IRPF de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava.

48. En opinión de URRUTIA, cit., p. 343, en el caso del superviviente comisario «dejando a salvo las limitaciones que le imponga el causante/comitente, se está ante una figura mixta que combina facultades de delegación para instituir y disponer patrimonialmente y facultades de carácter legal de las que la propia ley le inviste (tutela, alimentos...) desde el momento que es nombrado comisario. Todo ello de acuerdo con el tercer elemento que supone su recta actuación».

49. La referencia a actos *inter vivos* hay que entenderla como aquellos actos de ordenación que no se puedan caracterizar como testamento o pacto sucesorio, ya que el comisario ordena la sucesión de un causante ya ha fallecido. *Vid.* ASUA, *Manual*, cit., p.373.

supuesto —de modo excepcional y siempre que se prevea de forma expresa— el comisario viudo puede dar carácter revocable a las disposiciones que haga en ejercicio del poder (arts. 43.2 y 44 LDCV) ⁵⁰. La ventaja es enorme, ya que el viudo comisario puede disponer conjuntamente de los bienes de su pareja premuerta y de los suyos propios.

2. Administrador, representante y usufructuario

Salvo que el causante haya nombrado a otra persona, la administración y representación de la herencia pendiente de asignar le corresponde al cónyuge o pareja del causante (art. 37 LDCV). El precepto añade que sólo en su defecto recaerá esa responsabilidad en el comisario, por lo que el viudo administra y representa la herencia, independientemente de si ha sido nombrado comisario⁵¹. Es más, aunque esas mismas facultades se le reconocen en sede de comunicación foral de bienes (art. 141 LDCV), la ubicación del precepto en la sección relativa a la sucesión por comisario deja claro que el viudo es el administrador y representante natural de la herencia, sea cual fuere el régimen económico de la pareja⁵².

Siendo eso así, lo cierto es que la institución despliega su máxima utilidad cuando el régimen fue de comunidad, ya fuera comunicación foral o gananciales, ambos previstos como regímenes legales supletorios (art. 127 LDCV⁵³). En esos casos, en circunstancias ordinarias, la muerte de uno de los cónyuges causa la extinción del régimen económico y da paso a una comunidad postganancial o postcomunicación⁵⁴ entre el viudo y los sucesores del causante. Por tanto, para determinar el haber de la herencia primero hay que liquidar la comunidad postmatrimonial. Entre tanto, cualquier acto de disposición requiere la participación tanto del viudo como de los sucesores (por todas, STS 14.02.2000, ROJ 55; SAP BI 07.04.2004, ROJ 758). Sin embargo, cuando la sucesión se ordena a través de un tercero, el esquema ordinario se altera. Hasta que el comisario ejercita el

50. Cuando el comisario extraño (o el viudo, si la excepción no resulta aplicable) dispone en testamento, el ejercicio del poder es irrevocable, porque la sucesión que se ordena es la del causante y, por lo tanto, se abrió en el momento de su muerte. Sin embargo, en la práctica esta vía es problemática porque puede suceder que los designados no conozcan su designación hasta la muerte del comisario. Para mitigar esa situación en el ámbito fiscal, como ya se ha visto, la normativa requiere que los notarios comuniquen a la Hacienda Foral, todos los documentos en los que se ejercite el poder sucesorio.

51. Por tanto, el comisario extraño sólo está llamado a administrar y representar la herencia en ausencia de cónyuge o pareja.

52. Incluso cuando el régimen económico es el de separación de bienes. Ver, por ejemplo, SAP BI 11.05.2016 (ROJ 1045).

53. El régimen económico matrimonial de comunicación foral es el supletorio para las personas con vecindad civil local de ciertas partes de Bizkaia (la denominada «tierra llana»), así como para los vecinos de las poblaciones alavesas de Aramaio y Llodio. En el resto de la CAV, el régimen supletorio es el de gananciales.

54. En el régimen de comunicación foral, la comunicación se consolida si existen descendientes comunes en el momento de la muerte del causante (arts. 132 y 140 LDCV).

poder y designa a los sucesores, únicamente está determinado uno de los partícipes de la comunidad (el cónyuge), mientras que el resto (los eventuales herederos o legatarios de parte alícuota) está sin precisar. En ese escenario, el supérstite no sólo es titular de la parte que le corresponde en el patrimonio indiviso postmatrimonial, sino que, además, es representante y administrador de la parte del premuerto. Si también es comisario, el viudo no sólo puede asignar bienes privativos del causante, sino también bienes pertenecientes a la comunidad postmatrimonial sin necesidad de liquidarla primero. Esa prerrogativa, expresamente permitida en el artículo 831 CC⁵⁵, no se menciona como tal en la LDCV⁵⁶. Sin embargo, la jurisprudencia la acepta, entendiendo que cuando el viudo comisario distribuye un bien común antes de liquidar la comunidad, está ejerciendo su derecho a disponer en vida de la parte del bien que es suya y ejecutando el poder que le concedió el causante sobre la otra parte (SAP BI 07.04.2004, ROJ 758⁵⁷). Por su parte, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública aceptó que la viuda comisaria liquidara la sociedad de gananciales por sí sola, en un supuesto en el que el causante le había autorizado a designarse heredera y autoadjudicarse bienes hereditarios, de acuerdo con el artículo 35 LDCV⁵⁸.

Además de ser el administrador y representante natural de la herencia pendiente de asignación, la LDCV concede al cónyuge o pareja comisario la cualidad de usufructuario universal, y añade —disipando toda duda— que esa cualidad se mantendrá *«incluso después de haber hecho uso del poder»* (art. 41.3 LDCV). Por tanto, a menos que el causante disponga otra cosa, el viudo comisario disfruta *ex lege* del usufructo universal, aunque ya haya ejercido el poder, en todo o en parte⁵⁹. De este modo, se asegura la situación del supérstite sin que éste necesi-

55. También en la normativa aragonesa (art. 457.3 CDFa) y en la gallega (cfr. art. 200 LDCG).

56. En sede de comunicación foral de bienes se admite la autoadjudicación de la mitad de cada bien de la comunidad consolidada (art. 142 LDCV). La normativa fiscal extiende esa posibilidad a la comunidad postganancial siempre que la asignación se haga a un descendiente común (art. 33.bis NF ISD de Álava, art. 54 NF ISD de Bizkaia y art. 56 NF ISD de Gipuzkoa). El impuesto se liquida como donación por la mitad correspondiente al supérstite y como sucesión por la mitad correspondiente al causante.

57. De acuerdo con la Audiencia Provincial, de no permitir la asignación de bienes previa liquidación de la comunidad postganancial «llegaríamos al absurdo de que para liquidar y adjudicar sería preciso el concurso del cónyuge viudo y de unos herederos en expectativa, que no se sabe quiénes van a ser al estar pendiente el uso del poder testatorio». En la misma línea, SAP BI 26.09.2007, ROJ 1967.

58. DGSJFP 2.7.2020 (RJ 3418). En ese caso, la comisaria se designó heredera y liquidó por sí sola la sociedad de gananciales, atribuyéndose todo el caudal relicto. La comisaria justificó su acción afirmando que los legitimarios ya habían recibido su parte mediante atribuciones en vida. Aunque la DGSJFP dio por buena la autoliquidación en base a los arts. 35 y 142 LDCV, es dudoso que el viudo comisario pueda valorar los bienes para fijar la legítima sin la participación de los sucesores presuntos, contador-partidor o intervención judicial, como requiere el art. 60 LDCV para los casos en los que el comisario tiene un interés en la sucesión. Otra cosa es que, una vez calculada la legítima, el comisario pueda adjudicarse los bienes de la herencia y satisfacer la legítima con bienes extrahereditarios (al calificarse la legítima vasca como *pars valoris*, no es necesaria la intervención de los legitimarios en la partición; *vid.* STSJ PV 10.6.2024, ROJ 1186).

59. En sede de comunicación de bienes, el artículo 141.3 LDCV concede al cónyuge comisario el usufructo «del caudal de que no haya dispuesto». Aunque esa disposición es más restrictiva, debe

te atrasar artificialmente el ejercicio del poder para mantener su posición como usufructuario. A diferencia de lo que ocurre con el usufructo legal que le corresponde como legitimario, el derecho de goce asociado al cargo de comisario no es conmutable (arts. 52-53 LDCV). Sin embargo, la vinculación entre el poder y el usufructo significa que, si el poder sucesorio se extingue, el usufructo desaparece con él. Esto puede dar lugar a situaciones desafortunadas si, por ejemplo, el cargo se extingue por una imposibilidad o discapacidad sobrevenida del cónyuge (AAPBI 8.2.2023, ROJ 529). Para evitar que el viudo quede desprotegido y se frustre la voluntad del causante, es recomendable concederle también el usufructo universal voluntario (art. 57 LDCV) e incluir disposiciones preventivas.

3. Facultades de gestión dinámica

Una de las principales novedades que introdujo la LDCV como parte del objetivo de modernizar la institución del comisario, es el catálogo de facultades de gestión y disposición que otorga al viudo comisario que actúa como representante, administrador y usufructuario de la herencia. Estas nuevas facultades son un reconocimiento de que la composición del patrimonio pendiente de asignación es más compleja que antaño y, por tanto, también lo es su gestión. Aunque carece de titular, la herencia pendiente de asignación puede adquirir y perder derechos, asumir obligaciones, demandar y ser demandada (art. 6.1.4 LEC). En consecuencia, el comisario necesita facultades que le capaciten para llevar a cabo una administración dinámica del patrimonio, que fomente no sólo la conservación de los bienes, sino su participación en el mercado. Es importante recordar que, aunque una de las funciones de la ordenación por comisario es reforzar la posición sucesoria del supérstite, éste tiene la obligación de gestionar la herencia de forma responsable, en beneficio de quienes eventualmente serán sus titulares. Como titular del usufructo, el viudo comisario está perfectamente posicionado para administrar el patrimonio y evitar que la situación de pendencia paralice o entorpezca su participación en el mercado⁶⁰.

A salvo disposición contraria del causante, el artículo 43.3 LDCV atribuye una serie de facultades al cónyuge o pareja comisario que actúe como representante y administrador del patrimonio hereditario. La literalidad de la norma excluye, por tanto, la atribución automática de esas facultades al comisario extraño o al viudo comisario que no sea también administrador y representante de la herencia (aunque no hay razón para que el causante no pueda concedérselas de forma

ceder ante la más generosa norma general del artículo 41(3) LDCV.

60. Con relación al usufructo poderoso ayalés, pero igualmente aplicable al viudo comisario vasco, Angoitia, cit., 215: «el usufructo poderoso no puede concebirse como una titularidad de disfrute estática, otorgada para procurar al usufructuario el uso y disfrute de los bienes con independencia de su posterior suerte, sino que se articula como el instrumento más adecuado...a fin de allegar dichos bienes a sus destinatarios, desde la perspectiva de la mejor conservación, mantenimiento, uso, actualización y fortalecimiento del patrimonio en tránsito».

voluntaria). Las facultades incluyen, además de las que el causante haya especificado, las siguientes: (i) satisfacer las obligaciones, cargas y deudas de la herencia (*cfr.* el derecho de separación de los acreedores del art. 21.2 LDCV), (ii) gestionar los negocios que formen parte del caudal, (iii) cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen, (iv) realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador y, (v) representar a la herencia en cualquier acción procesal o extraprocésal (art. 43.3 LDCV).

A esas facultades de administración añade la LDCV, por primera vez, facultades para disponer de forma onerosa de los bienes de la herencia pendiente de asignación⁶¹. En efecto, además de aquellos casos en los que el causante le haya autorizado de forma expresa, el viudo designado comisario, representante y administrador, puede disponer de los bienes y derechos hereditarios para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia o «*cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros*» (art. 43.4 LDCV). Como gestor de un patrimonio ajeno, entiendo que el comisario debe ejercer su arbitrio cuando lo «juzgue oportuno» para la herencia pendiente de asignación. Es decir, debe vender si es necesario para evitar la pérdida o deterioro del bien, invertir en los bienes que sean más productivos y, en fin, realizar una administración económicamente diligente, no en su propio beneficio (aunque redunde en su favor como usufructuario), sino en el de los eventuales titulares. A menos que los bienes se destinen al pago de deudas y cargas, la contraprestación obtenida se subroga en lugar de los bienes enajenados. Los bienes pueden entrar y salir, reemplazarse por otros o sufrir modificaciones, pero se mantienen afectos a la herencia pendiente del ejercicio del poder.

En caso de que existan legitimarios, si el viudo comisario quiere disponer de bienes de cierto valor (bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos), necesita la autorización de al menos un legitimario con plena capacidad de obrar y, si son menores, autorización judicial (art. 43.5 LDCV). Esta es una de las pocas medidas que contempla la LDCV para que los legitimarios (no los presuntos sucesores que no lo sean) puedan ejercer cierto control sobre los poderes dispositivos del viudo comisario.

Por lo que se refiere al ámbito fiscal, los notarios están obligados a informar a las Haciendas Forales dentro de la primera quincena de cada mes, de cualquier acto dispositivo que el comisario realice en uso de las facultades de gestión dinámica que se le reconocen bajo el artículo 43 LDCV⁶².

4. Protección y desprotección

El estatuto sucesorio que la LDCV otorga al viudo comisario es, como hemos visto, enormemente sólido. En el supuesto más común —carga vitalicio con posibilidad de ejercer el poder en su propio testamento, cualidad de usufructuario

61. Los actos de disposición a los que se refiere la norma son, necesariamente, onerosos, porque si no estaríamos ante un acto de ejecución del poder sucesorio. BELLOD, cit., 902.

62. Art. 73.3 NF ISD de Bizkaia; art.39.3 NF ISD de Álava, art. 73.3 NF ISD de Gipuzkoa.

universal y facultades de administración, representación y disposición— la posición del cónyuge o pareja a la cabeza del patrimonio familiar está garantizada. Si a esto le añadimos los limitados mecanismos de control que prevé la LDCV para supervisar la gestión de la herencia pendiente de asignación, el blindaje es prácticamente total. En el otro extremo, los derechos que se reconocen a los presuntos sucesores les legitiman para poco más que para pedir la realización del inventario y para esperar.

El blindaje del supérstite, adecuado y loable en algunos casos, puede resultar excesivo en otros, y sus facultades para la gestión dispositiva del patrimonio, son susceptibles de abuso. El fortalecimiento de los sistemas de control no sólo mejoraría la posición de los presuntos sucesores, sino que podría redundar en favor del supérstite. Pienso, en particular, en la situación del viudo comisario anciano —supuesto cada vez más común— para quien ciertos aspectos del cargo (particularmente la administración dinámica del patrimonio), pueden constituir una verdadera carga e incluso derivar en una actuación negligente cuando la composición de la herencia sea particularmente compleja y requiera una gestión activa. Para este y otros supuestos, la experiencia del *trust* nos ofrece algunas ideas que pueden resultar interesantes.

IV. LA EXPERIENCIA DEL TRUST

1. Acercamiento a la figura

Todo el que ha estudiado esta institución sabe que no existe un sólo *trust*, sino una enorme variedad de modalidades de la figura, con configuraciones, fines y peculiaridades diversas, que hace casi imposible articular de forma simple su definición⁶³. El jurista e historiador inglés, Frederic Maitland, propuso la siguiente: «cuando una persona goza de derechos que debe ejercer en beneficio de otra o para la consecución de un fin concreto, se considera que tiene esos derechos en *trust* para esa otra persona o para ese fin, y se le denomina *trustee*». Consciente de todos los matices que se dejaba fuera, inmediatamente añadió, «es una definición amplia y vaga, pero es la mejor que puedo ofrecer»⁶⁴. Si completamos

63. Aunque principalmente nos referiremos al *trust* anglosajón, modelo exportado a los ordenamientos del *Common Law*, es de obligada referencia el *trust* regulado en el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 (el «*trust* internacional») ya que, aunque España no se ha adherido al Convenio, el modelo de *trust* que regula y que define en su artículo segundo, es cercano al patrimonio autónomo de la sucesión por comisario. Para una visión general de las diferentes modalidades de *trusts*, CÁMARA LAPUENTE, *Los patrimonios fiduciarios*, cit., pp. 25-52.

64. Cita recogida de MCBRIDE, *Key ideas in trust law*, 2023, p. 1. GARTON/PROBERT/BEAN, *Moffat's*, 2020, p. 1, también citan a Maitland refiriéndose al *trust* como «*the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence*». MOWBRAY, TUCKER, LE POIDEVIN Y SIMPSON, *Lewin on Trusts*. 2000, p.3, ofrecen una definición más completa: «El término *trust* se refiere al deber o al conjunto de obligaciones que recaen sobre una persona denominada *trustee*. Dichas obligaciones están vinculadas a los bienes que el *trustee* tiene bajo su titularidad o control.

este primer esbozo con algún dato más, podemos identificar, al menos, los componentes básicos de un *trust*: (i) se constituye un patrimonio separado (con o sin titular) al que se transfieren los bienes del *trust*, (ii) los derechos de gestión y disposición sobre esos bienes están separados de los derechos de goce, y su titularidad radica en personas distintas, y (iii) el patrimonio se administra por una persona de confianza (el *trustee*) en favor de otras (los beneficiarios) o para la consecución de unos fines (CÁMARA LAPUENTE, *Los patrimonios fiduciarios*, 2006, p. 31; HO, *The Worlds of the Trust*, 2013, pp. 1-20).

Si atendemos a los elementos que caracterizan la ordenación por comisario vasca, las similitudes son claras. La herencia pendiente de asignación constituye un patrimonio diferenciado (en este caso un patrimonio autónomo, sin titular), cuyo destino el causante confía al comisario para que lo distribuya entre sus presuntos sucesores y, entre tanto, lo administre diligentemente en beneficio de los futuros titulares y del propio patrimonio. Mientras perdura la situación de pendencia, el patrimonio no se confunde con los bienes del comisario, ni con los de los futuros sucesores/beneficiarios y, por tanto, no puede ser agredido por sus acreedores, respondiendo sólo de las deudas y cargas propias.

Ciertamente, las diferencias también son notorias, particularmente si la comparativa se hace con la versión original de la institución, el *trust* anglosajón⁶⁵. El Derecho inglés configura el *trust* en torno a la doctrina de la doble titularidad de la propiedad, fruto de su peculiar historia jurídica y de una manera esencialmente pragmática de entender el Derecho (GARTON/PROBERT/BEAN, *Moffat's*, 2020, pp. 34-72). Partiendo de la tradicional diferenciación entre las jurisdicciones del *common law* y la *equity*, bajo la primera se reconoce el derecho del *trustee* como propietario legal de los bienes del *trust* (el *legal title/interest*), mientras que la segunda tutela el derecho del beneficiario como «propietario en equidad» de los mismos bienes (el *equitable title/interest*)⁶⁶. El *trustee*, en su capacidad de propietario legal, ostenta las facultades de administración y disposición, pero no las ejerce libremente, sino limitado por la obligación

El *trustee* tiene la obligación, bajo la jurisdicción de equidad que ejercen los tribunales, de administrar los bienes de la manera prescrita en el documento constitutivo [*trust instrument*], siempre que sea legal, o, a falta de instrucciones específicas...de conformidad con los principios de la equidad. En consecuencia, los bienes se administran de tal manera que los beneficios y ventajas resultantes no revierten en el *trustee*, sino en las personas denominadas *cestuis que trust* o beneficiarios, si los hubiera; si no los hubiera, los beneficios se destinan a algún fin reconocido por la ley. El *trustee* puede ser un beneficiario, en cuyo caso puede recibir beneficios, pero en proporción a su derecho [*beneficial interest*].»

65. Sobre el *trust* inglés, CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, 2003, pp. 1111 y ss.; GARTON ET AL, cit. *in totum*; LUPOI, *Trusts*, 2000, pp. 95-200; MCBRIDE, cit., *in totum*; MOWBRAY ET AL., cit., *in totum*.

66. Con respecto a la falacia de la «doble titularidad» y la «trampa» de intentar explicar el *trust* anglosajón en términos de *Civil Law*, MATHEWS, *The Worlds of the trust*, 2013, pp. 313-339: «there is no 'double property' where the trustee is legal owner, and the beneficiary is equitable owner. This means that vis-à-vis the outside world, the trustee has all the powers which ownership confers. Only inside the trust are the powers limited to what is authorised (by the trust terms, the court or the beneficiaries)» (p. 316).

de gestionar los bienes en beneficio de las personas que hayan sido designadas beneficiarias (o del fin para el que se haya constituido el *trust*). Una manera de entender la peculiar forma en la que el *trustee* ejerce el derecho de propiedad es vinculándola a la titularidad del cargo (*office*). El *trustee* es titular de los bienes siempre y cuando ejerza el cargo. Si renuncia, muere o abandona el cargo por cualquier razón, el *trust* no se extingue (a menos que así se haya previsto en el documento constitutivo), sino que continúa bajo la titularidad de otro *trustee*. Es decir, aunque el *trust* no tiene personalidad jurídica propia, los bienes están vinculados a él y no al *trustee*. La titularidad del *trustee* está plenamente reconocida, pero sólo mientras permanezca en el cargo como *office-holder* (PENNER, *UTLJ*, 2020, p. 579; MCBRIDE, cit., p. 4). Por esa razón, aunque los bienes del *trust* se integran en el patrimonio del *trustee* (cosa que no sucede en el caso del comisario vasco), es requisito imprescindible que estén perfectamente identificados, de modo que constituyan un patrimonio diferenciado que no puede ser agredido por los acreedores personales del *trustee* (en lo que sí coincide con la herencia pendiente de asignación).

El beneficiario, por su parte, también es propietario de los bienes. Su *equitable interest* le legitima para recibir los beneficios de los bienes integrados en el *trust*. El contenido o la extensión del derecho del beneficiario se define por contraposición a la obligación del *trustee* de gestionar el patrimonio en su beneficio (MATHEWS, cit., pp. 136-317; GARTON ET AL., cit., pp. 13-15). En efecto, los mecanismos de control que introduce el Derecho inglés para proteger la posición jurídica del beneficiario se derivan directamente de las obligaciones que, como titular legal, se imponen al *trustee*. Sin embargo, no es la titularidad de los bienes, sino el régimen de obligaciones fiduciarias, lo que sustenta el sistema. En particular, la obligación del *trustee* de identificar y separar los bienes del *trust* del resto de su patrimonio, para poder vincularlos al deber de gestionarlos en interés de los beneficiarios. Lo que aporta la titularidad de los bienes (y, por ende, el principio de la doble titularidad) es una percha en la que colgar la obligación del *trustee* y los correspondientes derechos de los beneficiarios (HONORÉ, *LRPS*, pp. 1-18; LUPOI, cit., pp. 1-4; LEE, *The Worlds*, 2013, p. 411⁶⁷). Si aceptamos este argumento, la misma fórmula puede recrearse en un ordenamiento jurídico —como el vasco— que no contempla el desdoblamiento de la propiedad, siempre y cuando se delimite el patrimonio fiduciario y se recree la tensión entre los deberes del *trustee* y los derechos de los beneficiarios⁶⁸. Es precisamente esa tensión, a

67. En el mismo sentido, LUPOI, *Trusts*, 2000, p. 82: «The term 'proprietary' does not describe a subjective position, but the effects (and not the purpose) of the protection, and in particular the segregating effect of the trust and the ensuing priority of the rights of the beneficiary with regard to certain property over the rights of the other creditors of the trustee».

68. LEE, cit., p. 411: «Hence, it is the transfer of ownership which enables the imposition of additional rights and duties on the trustee and beneficiary that is essential to the trust. At common law, control mechanisms are then imposed to prevent abuse of the trustee's (legal) ownership and, in turn, protection of the beneficiaries' (equitable) ownership. Viewed this way, civil law jurisdictions can introduce a trust without violating the indigenous principle of indivisibility of ownership so long

la que volveremos más adelante, lo que nos interesa para la comparación con la posición de los presuntos sucesores de la ordenación por comisario⁶⁹.

2. Delimitación a efectos comparativos

Para que la comparativa entre el *trust* y la ordenación por comisario resulte útil, es necesario delimitar primero el modelo de *trust* que vamos a tomar como referencia. No nos detenemos a analizar los múltiples tipos de *trust*, con sus variadas configuraciones y finalidades. A los efectos que nos ocupan es suficiente con señalar que, de acuerdo con su forma de constitución, el *trust* puede clasificarse como *express*, *implied*, *resulting*, *constructive* y *statutory* (GARTON ET AL., cit., p. 3; CÁMARA LAPUENTE, *Los patrimonios*, cit., p. 36). Los que más se aproximan a la fiducia vasca son los *express trusts*, es decir, los que se constituyen de forma expresa y unilateral por el disponente y, en concreto, los que tienen como finalidad la ordenación de la sucesión *mortis causa* del constituyente. Aunque hoy en día es común que el *trust* se utilice para fines comerciales, la figura nació como mecanismo para conservar y transmitir el patrimonio familiar (EMMETT, *ABR*, 2021, pp. 223-250; GARTON ET AL., cit., pp. 34-71). Esa función se mantiene en la actualidad y, de hecho, el *trust* es un instrumento clave en la planificación sucesoria conocida como *estate planning* (una práctica dirigida a optimizar el valor del patrimonio durante la vida del causante para después transmitirlo a sus sucesores, mediante la creación de un *trust* (o varios), en la forma que resulte fiscalmente más eficiente)⁷⁰.

El causante/constituyente puede crear el *trust* mediante un acto *mortis causa* —el llamado *trust* testamentario— o mediante un acto *inter vivos* con disposiciones sucesorias (modalidad utilizada en el *estate planning*)⁷¹. La mayor similitud con la ordenación por comisario la encontramos en el *trust* testamentario (*will trust*). En ese caso, el causante dispone la constitución del *trust* en su testamento y designa a uno o más *trustees* para que administren la herencia (o parte de ella) en favor de los sucesores o beneficiarios nombrados por el testador, y entre los cuales el *trustee* deberá distribuir los bienes o sus rendimientos⁷². Si los benefi-

as this tension is sustained by, inter alia, imposing sufficient control mechanisms on the powers and discretions of the trustee (and, correspondingly, granting sufficient rights to beneficiaries).

69. HO, cit., p. 19: «For each essential duty of the trustee, there is a correlative right. They are the correlative rights that the trustee act in what he considers, in good faith, to be the best interest of the beneficiaries, keep accurate account of the trust property, and provide a minimum level of information. In allocating these rights to the beneficiary and powers of control over the trust assets to the trustee, a check and balance mechanism is created».

70. Sobre el *estate planning*, COUSAL/KING, *CLP*, 2016. Entre las ventajas del *trust* está su favorable tratamiento fiscal en los impuestos que gravan la renta (*income tax*), las ganancias sobre el capital (*capital gains tax*) o las sucesiones (*inheritance tax*).

71. Sobre la distinción entre el *trust* testamentario, el *trust inter vivos* con disposiciones testamentarias y el «*trust for sale*» específico de las sucesiones legales, CASTELLANOS RUIZ, RCDI, 2007, pp. 2433-2438.

72. En realidad, el *trust* se constituye por el *executor* o *personal representative*, que es quien adquiere la titularidad de los bienes tras la muerte del causante, liquida la herencia y entrega el

ciarios y el modo de distribuir el patrimonio entre ellos están fijados en el testamento, el *trust* es fijo (*fixed trust*). Otra posibilidad —la más cercana a la ordenación por comisario— es el *trust* discrecional (*discretionary trust*)⁷³. En esa modalidad, el testador no fija cómo debe repartirse el patrimonio, sino que delega esa decisión en el *trustee*. La amplitud del margen de decisión del *trustee* dependerá de la voluntad del causante, pero generalmente incluye a quién beneficiar, en qué momento y de qué forma (capital o rendimientos). Los beneficiarios se seleccionan entre los nominados por el testador/constituyente, que puede identificarlos personalmente o mediante referencia a una categoría o grupo de personas⁷⁴. A partir de ahí, el *trust* discrecional permite multitud de variables: el testador puede establecer la obligación de repartir rendimientos periódicamente (*interest in possession trust*) o delegar en el *trustee* la facultad de decidir cuándo repartir los rendimientos y cuándo acumularlos (*power of accumulation*) o si repartir sólo rentas, sólo capital o una combinación de ambos⁷⁵.

La ausencia de legitimarios en el sistema sucesorio inglés concede el máximo grado de libertad al testador para designar los posibles beneficiarios del *trust* y, a su vez, para delegar en el *trustee* la facultad de distribuir la herencia entre ellos con la misma libertad. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el *trust* puede ser atacado bajo la normativa de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* si se considera que la distribución dispuesta por el constituyente (en un *fixed trust*) o por el *trustee* (en un *discretionary trust*) constituye una prestación insuficiente para un reclamante legitimado (por ejemplo, si bajo los términos del *trust* se ha previsto que el cónyuge o pareja superviviente sólo reciba los rendimientos del capital, y se entiende que esa cantidad no constituye una prestación razonable para la pareja del causante)⁷⁶.

remanente a los herederos o, en su caso, constituye el *trust* y transfiere los bienes al *trustee*. A menudo, ambos cargos coinciden en la misma persona que, primero, liquida la herencia como *executor* y después administra el remanente como *trustee* (GARTON ET AL., cit., pp. 18-19)

73. Sobre el *discretionary trust*, GARTON ET AL., cit., pp. 195-219; LUPOI, cit., pp. 130-133;

74. Para que un *trust* sea válido debe cumplir con «tres certezas»: de intención de crear el *trust* (expresa o presunta), de objeto (los bienes que integran el fondo tienen que estar identificados y quedar separados), y de beneficiarios (tienen que estar determinados, o ser posible su determinación). En el *trust* discrecional este último aspecto puede generar problemas cuando los beneficiarios se identifican por referencia a una categoría de personas (p.ej., «mis descendientes», «los trabajadores de mi empresa» o, incluso, «las personas que el *trustee* estime merecedoras»). Vid. GARTON ET AL., cit., pp. 179-211.

75. Otras facultades pueden incluir el uso de los fondos para atender a las necesidades alimenticias de los beneficiarios (*power of maintenance*), anticipar dividendos (*power of advancement*), vender bienes (*power of sale*) o hipotecarlos (*power to mortgage*). GÓMEZ BLANES, *El gestor fiduciario*, 2023, pp. 41-50; GARTON ET AL., cit., pp. 326-342.

76. *Berger v Berger* [2013] EWCA Civ 1395. Sobre la posibilidad de reclamar una prestación alimenticia bajo la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, ARAKISTAIN, cit., pp. 88-174.

3. El trust discrecional y la protección de los presuntos beneficiarios

Cuando el *trust* testamentario es discrecional, se logran dos objetivos principales: (i) se delega en un tercero la facultad de elegir beneficiario y distribuir los bienes en un momento posterior a la muerte del causante, de modo que el reparto se pueda ajustar a las necesidades y a los cambios en circunstancias del grupo de posibles beneficiarios, y (ii) se protege el patrimonio de las imprudencias de los presuntos beneficiarios, manteniendo los bienes en un fondo separado y, por tanto, fuera del alcance de sus acreedores personales (GARTON ET AL., cit., pp. 9-10 y 179 y ss⁷⁷). En un *trust* testamentario es habitual que los posibles beneficiarios sean el cónyuge y los hijos y descendientes del causante y que el *trust* se estructure de manera que el patrimonio fiduciario beneficie a sucesivas generaciones⁷⁸. Como ya hemos visto, cuando el *trust* es discrecional el grado de arbitrio depende de la amplitud de las facultades concedidas, pero el ejercicio del poder fiduciario responde a la voluntad del *trustee*, no a la del constituyente, ni a la de los beneficiarios (*Butt v Kelson* [1952] 1 All ER 167). Dicho esto, por amplias que sean las facultades del *trustee*, su arbitrio siempre está limitado por el deber de gestionar el patrimonio en beneficio ajeno y de acuerdo con la finalidad del *trust* (MCBRIDE, cit., pp. 33-34).

Obviamente, cuanto más amplia es la potestad discrecional del *trustee*, mayor riesgo de que se ejerza de forma abusiva o fraudulenta. El antídoto a este peligro son los extensos deberes y obligaciones a los que está sometido el *trustee* y cuyo cumplimiento supervisan y garantizan los tribunales (GOODWIN, *The Worlds*, cit., p. 361)⁷⁹. Cada uno de los deberes del *trustee* genera un derecho correlativo para el beneficiario (HO, cit., p. 19). Esta regla es fácilmente aplicable en un *fixed trust*, en el que los deberes de los *trustees* y los derechos de los beneficiarios están perfectamente fijados y, por tanto, la tutela de estos últimos está garantizada por la *Equity*⁸⁰. En el *trust* discrecional, sin embargo, la posición es distinta.

77. Como explican estos autores, en el *trust* discrecional los presuntos beneficiarios no tienen ningún derecho sobre los bienes hasta que el *trustee* les nombra beneficiarios, por lo que sus acreedores no pueden atacar un derecho que todavía no existe («*A bankrupt beneficiary's creditors could establish no better right to the income than the beneficiary himself*», p. 179). Esto contrasta con los derechos de los beneficiarios en un *fixed trust* en el que su derecho a recibir los rendimientos del capital, como derecho cierto, tiene un valor económico y, como tal, puede ser enajenado.

78. El *trust* no puede ser perpetuo. De acuerdo con la *Perpetuities and Accumulations Act 2009* los *trusts* creados a partir del 6 de abril de 2010 puede tener una duración máxima de 125 años (a menos que sea un *trust* con fines caritativos (*charity trusts*), en cuyo caso no se aplica el límite temporal). Con respecto a la evolución y aplicación de esta norma, BRIDGE ET AL., *The law of real property*, pp. 315-386.

79. Si el *trustee* no cumple con los términos del *trust* los tribunales se encargan de reestablecer su cumplimiento, pudiendo designar a un nuevo *trustee* u ordenar la intervención del *Public Trustee* si fuera necesario. Vid. IOANNOU/HII, *TIA*, pp. 322-327. Sobre la figura del *Public Trustee*, GARTON ET AL., cit., p. 351.

80. Ya hemos visto que el Derecho inglés reconoce a los beneficiarios un derecho en equidad sobre los bienes del *trust*. La protección que reciben bajo ese título podría equipararse (salvando

Los beneficiarios no están determinados hasta que el *trustee* los designa y, por tanto, no ostentan ningún derecho hasta ese momento. En efecto, en un *trust* discrecional los posibles beneficiarios no son «propietarios en equidad». Al igual que los presuntos sucesores en la ordenación por comisario, estos no poseen más que una mera expectativa que, a lo sumo, les otorga un interés en que los bienes del *trust* se gestionen de forma adecuada. Por consiguiente, los posibles beneficiarios de un *trust* discrecional no pueden exigir que el *trustee* ejerza sus facultades de designación y distribución, ni cuestionar el modo en el que se ejerce el poder discrecional (GARTON ET AL., cit. pp. 215-216). Sin embargo, se reconoce su interés como posibles futuros titulares de los bienes, lo que les legitima para interponer acciones dirigidas a impedir que el *trustee* actúe de forma perjudicial para el *trust* (es decir, de forma contraria a los intereses de los futuros beneficiarios o a la finalidad del *trust*). De este modo, los presuntos beneficiarios tienen una especie de derecho «negativo», ya que no pueden exigir que el *trustee* actúe de un modo determinado, pero pueden intervenir para evitar que incumpla con sus obligaciones (*Vestey v IRC (no 2)* (2006) 122 LQR 232). Por consiguiente, la protección que recibe el interés de los posibles beneficiarios está directamente relacionada con los deberes y obligaciones del *trustee* (GARTON ET AL., cit., pp. 216-218; LEE, cit., p. 411).

La principal obligación del *trustee* es actuar de acuerdo con los términos del *trust*⁸¹. En un *trust* discrecional, eso incluye la obligación de ejercer las facultades de elección y distribución que se hayan establecido. Por lo tanto, no ejercer el poder discrecional puede dar lugar a un incumplimiento de los deberes del *trustee* (*Re Wills Trusts Deeds* [1964] Ch 219), lo que legitima a los presuntos beneficiarios para solicitar la intervención de los tribunales. Aunque como titulares de una mera expectativa los presuntos beneficiarios no tienen un derecho cierto sobre los bienes —y, por tanto, no pueden exigir al *trustee* que ejerza sus facultades—, pueden solicitar a la autoridad judicial que exija al *trustee* que «considere si debe ejercerlas» o, mejor dicho, si el no ejercerlas es contrario a la finalidad del *trust* o al interés de los futuros beneficiarios. En ese caso, el *trustee* está

las distancias entre las diferentes tradiciones jurídicas) con la que recibe el titular de un derecho real (VALSAN, *The Worlds*, cit., pp. 481-511). Como consecuencia directa de ese derecho el beneficiario tiene extensos remedios contra el *trustee* y, en ciertas circunstancias, también contra terceros. De hecho, una de las herramientas más poderosas es el *tracing*, que permite que el beneficiario «persiga» y recupere para el fondo fiduciario cualquier bien o derecho que haya sido indebidamente transferido. De acuerdo con el Tribunal Supremo en *Akers v Samba Financial Group* [2017] UKSC 6: «Where a trust exists, the legal and beneficial interests are distinct, and what affects the former does not necessarily affect the latter. Where an asset is held on trust, the legal title remains capable of transfer to a third party, although the undoubted disposition may be in breach of trust. But the trust rights, including the right to have the legal title held,... remain. They are not disposed of. They continue to be capable of enforcement...». Sobre la posición jurídica de los beneficiarios del *trust*, GARTON ET AL., cit., pp. 459 y ss; BARRADA, *Los patrimonios*, 2006, pp. 85-92.

81. Los deberes de los *trustees* se fijan en el documento constitutivo del *trust* y, en lo que no se haya previsto, se aplican los deberes establecidos en la ley (principalmente en la *Trustees Act 2000*) y por la jurisprudencia (p. ej., el deber de actuar de forma diligente y leal, de rendir cuentas, de invertir de forma prudente, etc.). *Vid.* GARTON ET AL., cit., pp. 355-360.

obligado a evaluar la necesidad de ejercer el poder, pero no porque se lo pidan los presuntos beneficiarios (que no tienen ningún derecho), sino porque es su deber como *trustee* actuar de conformidad con los términos del *trust*. Esto permite comprobar si su actuación redunda en beneficio del fondo fiduciario o si, por el contrario, responde a un interés personal del *trustee*. De ser así, el *trustee* habría infringido los términos del *trust* y los tribunales podrían intervenir y reestablecer el orden fiduciario (GARTON ET AL., cit., p. 460).

Otro deber esencial del *trustee* es la obligación de informar y rendir cuentas a los beneficiarios (*duty to account*). Esta obligación no requiere que el *trustee* justifique cómo ejerce su discrecionalidad (*Re Londonderry's Settlement* [1965] Ch 918), pero le obliga a mantener cuentas claras y precisas de su gestión y a permitir que los beneficiarios las inspeccionen (HO, cit., pp. 14-19; LEE, cit., pp. 413-418). Cuando el *trust* es discrecional la situación es más compleja. Al no tener ningún derecho sobre el fondo fiduciario, los presuntos beneficiarios no pueden inspeccionar la gestión del *trustee* o acceder a sus cuentas. Sin embargo, en determinadas circunstancias los tribunales permiten el acceso. En concreto, cuando el presunto beneficiario consigue probar que tiene una alta probabilidad de que su expectativa se convierta en derecho. Ciertamente, no es fácil aportar pruebas a ese respecto, pero los tribunales han aceptado cartas, notas u otros documentos privados del constituyente que apoyaban esa interpretación (*Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] 2 UKPC 26⁸²).

3.1. El cónyuge o pareja comisario vasco

Obviamente, ni el viudo comisario del Derecho vasco es un *trustee*, ni los presuntos sucesores son los posibles beneficiarios del *trust*. El viudo, aunque usufructuario de los bienes, no es su titular, y los presuntos beneficiarios, aunque futuros titulares, tampoco son «propietarios en equidad». Hemos visto que, cuando el cónyuge o pareja comisario es representante, administrador y usufructuario de la herencia pendiente de asignación, la LDCV le asigna extensas facultades de administración dispositiva. Sin embargo, esas facultades no han venido acompañadas de un régimen reforzado de deberes fiduciarios. Es más, los mecanismos de control que prevé la LDCV son limitados: realizar inventario (art. 34 LDCV), mantener los bienes hereditarios identificados y separados de los propios (*ex art.* 43.3 LDCV) y obtener la autorización de uno de los legitimarios para realizar ciertos actos dispositivos (art. 43.5 LDCV). Los escasos derechos que se derivan de esas obligaciones no son suficientes para supervisar de forma efectiva la gestión del comisario. Esto puede ser intrascendente cuando los presuntos sucesores son hijos comunes del causante y del comisario, pero determinante cuando no lo son. No hay duda de que cuando el comisario es el cónyuge o pareja, su relación con el causante y su posición como usufructuario le revisten de una cualidad especial. También es cierto que la confianza en la que se basa la fiducia no casa

82. El argumento se rechazó, en cambio, en *Murphy v Murphy* [1999] 1 WLR 282.

bien con la exigencia de garantías o deberes reforzados de gestión. Sin embargo, no hay que perder de vista que el encargo incluye la gestión de un patrimonio ajeno, que, finalmente, deberá transmitirse a los sucesores del causante⁸³. Los parámetros socioeconómicos que, en origen, garantizaban el uso prudente del poder ya no existen y, por lo tanto, convendría clarificar la extensión de la responsabilidad del comisario, particularmente cuando sus intereses y los de los presuntos sucesores están en conflicto.

Cosa distinta es si esos deberes generan algún derecho para los presuntos sucesores mientras el poder sucesorio está pendiente de ejecución. Como administrador, el comisario responde «por un deficiente actuar» (SAP BI 1.12.2015, ROJ 2388), pero no parece que los presuntos sucesores puedan exigirlo, ya que no se les reconoce legitimidad procesal. PARRA LUCAN plantea, para la fiducia aragonesa, que sería razonable que los parientes con expectativa de ser llamados a la herencia pudieran impugnar los actos dispositivos del fiduciario que defrauden la finalidad de la fiducia (PARRA LUCAN, cit., p. 548). Esta sugerencia está en línea con la idea del *trust* de vincular la responsabilidad del *trustee* a la obligación de actuar en favor de los beneficiarios y de acuerdo con la finalidad del *trust*. Sin embargo, para exigir el cumplimiento de esos deberes los presuntos sucesores necesitarían, primero, que se reconociera su interés, como (posibles) futuros titulares, en que el patrimonio se gestione diligentemente, y que, en base a ese interés, se les reconociera un «derecho negativo» como el del modelo inglés; es decir, el derecho a solicitar la intervención de la autoridad judicial para comprobar que el fiduciario está ejerciendo sus facultades gestoras de forma adecuada⁸⁴. Si se aceptara una medida de este tipo, se debería de configurar de modo que la solicitud sólo se admitiera en caso de que existieran suficientes indicios de mala *praxis*. En la actualidad, el comisario no está obligado a rendir cuentas de su gestión, al menos, hasta finalizada ésta (ASUA, *Tratado*, cit., p. 957)⁸⁵. Por tanto, es común que la actuación del viudo comisario no se pueda fiscalizar hasta después de su muerte, si ejerce el poder en su propio testamento⁸⁶.

83. A menos, claro está, que el causante haya autorizado al viudo comisario para autodesignarse heredero. En ese caso, el comisario podría asignarse todos los bienes de la herencia y satisfacer la legítima con bienes extrahereditarios.

84. MARTÍNEZ-CORTÉS sugiere para la fiducia aragonesa, que los presuntos sucesores podrían dirigirse al Ministerio Fiscal para que sea éste quien reclame al fiduciario en caso de responsabilidad por administración deficiente (MARTÍNEZ-CORTÉS, *La fiducia aragonesa*, 2008, 139), aunque no está claro cuál sería la base normativa de dicha intervención.

85. Esta obligación se prevé de forma expresa, por ejemplo, para el testamento por comisario gallego, de modo que «el comisario estará obligado a rendir cuentas de su gestión una vez concluida» (art. 201.2 *in fine* de la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia).

86. Podría pensarse que, si los presuntos sucesores actúan de forma unánime, se les podría reconocer legitimidad procesal, puesto que entre ellos se encuentra, necesariamente, el futuro titular (o titulares) de los bienes (excepción hecha de los aún no concebidos, *vid.* STSJ AR 26.1.2005, ROJ 3062 y SAP Z 01.07/2004, ROJ 1741). Sin embargo, los tribunales entienden que no se puede ejercitar un derecho que aún no se ha adquirido (entre otras, SAP BI 1.12.2015, ROJ 2388).

4. El cónyuge o pareja trustee y beneficiario

En un *trust* testamentario, cuando el causante nombra *trustee* a su cónyuge o pareja, es común que también le incluya en el grupo de beneficiarios. En esos casos, lo habitual es designar a más de un *trustee* para evitar que el supérstite actúe solo y para comprobar que cumple adecuadamente con sus deberes fiduciarios⁸⁷. De este modo, no sólo se protege a los demás beneficiarios, sino también al propio supérstite, evitando que incurra involuntariamente en responsabilidad por una mala gestión o por incumplimiento de los deberes que asume como gestor fiduciario⁸⁸. En efecto, el cónyuge no es un gestor profesional y, por lo general, su actuación no se ajusta al estricto régimen que establece la ley (particularmente si, además de *trustee*, es también beneficiario). Por tanto, la designación de otro comisario con capacidades y conocimientos relevantes garantiza una adecuada gestión de los bienes y protege tanto la posición del cónyuge *trustee* como la del fondo fiduciario. Otra figura que, en ocasiones, se incorpora a la estructura del *trust* es una especie de defensor o supervisor (*enforcer*) (GARTON ET AL., cit., pp. 218 y 461). El supervisor no es un *trustee* ni un beneficiario, sino una tercera persona, independiente e imparcial, cuya función es controlar que la gestión del *trustee* se ajusta al propósito del *trust*. El *trust* puede estructurarse de modo que determinadas actuaciones requieran el consentimiento del supervisor o facultarle para que represente los intereses de los beneficiarios en vía judicial.

4.1. El cónyuge o pareja comisario vasco

El conflicto de intereses y el peligro de una administración inadecuada o negligente, también está presente en el caso del viudo comisario vasco. Hemos visto que el legislador le ha otorgado una serie de facultades para que pueda realizar una gestión dinámica, dispositiva y amplia de la herencia pendiente de asignación. Es de suponer, a pesar del silencio de la LDCV, que esas nuevas facultades conllevan responsabilidades inherentes a la administración dinámica de un patrimonio ajeno. Siendo eso así, la práctica de designar un comisario adicional que actúe como cogestor podría ser recomendable. Pensemos en el supuesto del supérstite comisario con poder vitalicio y amplias facultades de gestión. Teniendo en cuenta que la edad del supérstite medio continúa avanzando, cada vez será más habitual que en los últimos años del cargo las facultades del viudo comisario se vean mermadas, pero sin generarle una imposibilidad o discapacidad que pro-

87. COUSAL/KING, cit., p. 217. En cualquier caso, la *Trustee Act* de 1925 y la *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* de 1996 establecen normas sobre el número mínimo y máximo de *trustees* en determinadas circunstancias y, en particular, cuando el fondo incluye ciertos inmuebles. BRIDGE ET AL., cit., p. 441.

88. Por ejemplo, el deber de invertir los fondos como lo haría «una persona prudente» (*Re Whiteley* (1886) 33 Ch D 347), diversificar activos cuando sea necesario, minimizar costos o actuar siempre teniendo en cuenta la finalidad del *trust* o el interés de los beneficiarios (el *trustee* no puede actuar en su propio beneficio, aunque sea *trustee* y beneficiario). GARTON ET AL., cit., pp. 355-358.

voque la extinción del poder. La designación de otro comisario que actúe como cogestor ofrece una solución sencilla y viable. El nombramiento de más de un comisario está previsto en la ley (art. 30 LDCV) y nada impide al causante atribuir facultades especiales al viudo o ajustar el régimen de acuerdos previsto en la ley (art. 40 LDCV) para otorgarle el derecho a decidir sobre determinadas cuestiones (típicamente, la elección de sucesor y la distribución de los bienes). La intervención de este segundo comisario también podría servir para disuadir los posibles intentos de los presuntos sucesores de manipular la voluntad, tal vez más vulnerable, del comisario anciano. También se le podrían atribuir facultades de supervisión similares a las del *enforcer* del *trust* inglés, asignándole la labor de supervisar o velar por la buena gestión del patrimonio. Si, como es requisito para el *enforcer*, este comisario no tuviera ningún interés en la herencia, su intervención también actuaría, de forma indirecta, como medida protectora de los intereses de los presuntos sucesores, ya que la protección de la herencia pendiente de asignación redunda necesariamente en su favor.

V. REFLEXIÓN FINAL

No es el propósito de este trabajo poner trabas a la figura del comisario como mecanismo de protección del supérstite. Al contrario, estas líneas se escriben desde la convicción de que es una de las figuras más versátiles y con mayor potencial del Derecho vasco. Su capacidad de adaptarse y responder de forma pragmática a los problemas sucesorios contemporáneos ha llevado al legislador a calificarla de «pieza básica» del dispositivo sucesorio, reforzándola con facultades de administración dinámica que, sin duda, la actualizan e incrementan su utilidad. No obstante, su regulación se sigue planteando en el marco de un modelo de familia tradicional que no representa la diversidad y complejidad de las relaciones familiares actuales. La ordenación por comisario nació como una herramienta de protección de la casa familiar y, a través de ella, del grupo que la habitaba. Aunque una versión de esa función aún se conserva en ciertas situaciones (empresa familiar), la designación de comisario hoy en día es, principalmente, un recurso para blindar la posición sucesoria de uno de los miembros de la familia —el supérstite— ante las posibles pretensiones del resto. Este cambio de función refleja la transformación de la sociedad y de la forma de entender la familia y el patrimonio familiar, cosa que también debería de reflejarse en la regulación de la fiducia. Ya se han mencionado algunas medidas que podrían reforzar la posición del viudo comisario anciano y, de forma indirecta, también la de los presuntos sucesores. Sin embargo, tal vez el cambio debería de ser más drástico y plantear esquemas diferentes que reconozcan las diversas realidades familiares. Se podría plantear un régimen distinto dependiendo de si los presuntos sucesores son hijos comunes o no y, en ese último caso, reforzar su posición reconociendo su interés en la gestión diligente del patrimonio en los términos que antes mencionábamos (derecho a solicitar intervención judicial) o, permitir que se solicite la reducción del plazo del encargo si puede probarse que existe

justa causa (debiendo ponderar el tribunal los intereses del viudo no progenitor y de los hijos del causante, así como la finalidad de la fiducia).

Decía Lupoi que el secreto del éxito del *trust* radica en su capacidad camaleónica de adecuarse a la realidad cambiante. La fiducia vasca puede, y debe, seguir actualizándose y adecuándose a los cambios sociales. Tal vez la incorporación, adaptada, de algunos de los elementos del *trust* podrían asistir en ese camino.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RUBIO, Juanjo, «La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español. Balance y perspectivas de futuro», *Derecho Privado y Constitución*, nº 38, 2021, pp. 11-48.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, Victor, *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1999.
- ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena, *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco*, Reus, Madrid, 2023.
- ASUA GONZÁLEZ. Clara, «Dos temas de reflexión en torno al testamento por comisario de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. José Luis Lacruz Berdejo*, II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 209-222.
- «Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco», *Revista jurídica de Navarra*, nº 22, 1996, pp. 209-222.
- «La ordenación por comisario», en *Manual de Derecho civil vasco*, J. Gil Rodríguez y G. Galicia Aizpurua (Dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 357-379.
- ASUA GONZÁLEZ. Clara. y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Fiducia sucesoria en el País Vasco», en M.C. [Gete-Alonso y Calera](#), J. [Solé Resina](#), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, I, Civitas (2ª ed.), Navarra, 2016, pp. 939-1000.
- ATXUTEGI GUTIERREZ, Jon/GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Libertad y fiducia en el Valle de Ayala», en *Manual de Derecho civil vasco*, J. Gil Rodríguez y G. Galicia Aizpurua (Dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 407-433.
- BARRADA ORELLANA, Reyes, «La responsabilidad del trustee en el *trust* inglés. En particular, las llamadas *tracing rules*», en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, 2006, pp. 85-92.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, «La fiducia sucesoria aragonesa», en *Tratado de Derecho de sucesiones*, en M.C. [Gete-Alonso y Calera](#), J. [Solé Resina](#), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, I, Civitas (2ª ed.), Navarra, 2016, pp. 887-912.
- BRIDGE, Stuart/COOKE, Elizabeth/DIXON, Martin, *Megarry & Wade. The law of real property*, Sweet and Maxwell (9ª ed.), Londres, 2019.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996.

- «El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en S. Cámara (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, 2003, pp. 1099-1172.
- «Breve compendio geo-conceptual sobre trusts», en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, 2006, pp. 25-52.
- «Comentario al artículo 831», en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (Dirs.), *Código Civil comentado*, vol. 2, Civitas-Thomson Reuters (2ª ed.), 2015, pp. 906-920.
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, «El trust en el Derecho sucesorio español», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n.º 704, pp. 2429-2479.
- EMMETT, Arthur, «Succession in Roman Law and the Common Law. Similarities and Contrasts», *Australian Bar Review*, n.º 50, 2021, pp. 223-250.
- FREIRE BARRAL, Gonzalo, «La incidencia de la situación familiar en el otorgamiento del testamento notarial. Una aproximación práctica», en A.L. Rebolledo Varela (Coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, «Poderes testatorios y discapacidad en Derecho civil vasco», *Jado Boletín de la Academia Vasca de Derecho=Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, núm. 30, 2022, pp. 147-196.
- La sucesión por comisario en la Ley de Derecho civil vasco*, Dykinson, 2022.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, «Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 4, 2016, pp. 303-320.
- GARTON, Jonathan/PROBERT, Rebecca/BEAN, Gerry, *Moffat's Trusts Law. Text and Materials*, 7ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Del Derecho foral al Derecho civil vasco», en *Manual de Derecho civil vasco*, J. Gil Rodríguez (Dir.), G. Galicia Aizpurua (Coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 23-43.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, M. Javier., «Especialidades testamentarias: el poder testatorio», en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, Pamplona, 1996, pp. 135-190.
- GÓMEZ BLANES, Pablo, *El gestor fiduciario. Ensayo para la formación de un arquetipo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2023.
- GOODWIN, Iris, «Why civil law countries might forego the individual trustee: provocative insights from the new-to-the-fold», en L. Smith, *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 355-387.
- HO, Lusina., «Trusts: the essentials», en L. Smith, *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 1-20.
- HONORÉ, Tony, «On fitting trusts into Civil Law jurisdictions», *Legal Research Paper Series*, Paper n.º 27, University of Oxford, 2008, pp. 1-18.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire, «La sucesión paccionada» en *Manual de Derecho civil vasco*, J. Gil Rodríguez y G. Galicia Aizpurua (Dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 339-356.
- «La comunicación foral de bienes» en *Manual de Derecho civil vasco*, J. Gil Rodríguez y G. Galicia Aizpurua (Dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 257-272.

- IOANNOU, John/HII, Daius, «Trusts, powers and default appointment clauses», *Taxation in Australia*, vol. 49(6), Diciembre 2014 – Enero 2015, pp. 322-327.
- JUARISTI LARRINAGA, Patxi., «Investigación sociológica sobre las relaciones con los bienes en el Repertorio de locuciones del habla popular vasca de Justo Mokoroa», *Paremia*, n^a 7, 1998, pp. 75-82.
- LEE, Rebecca, «Convergence and divergence in the worlds of the trust: duties and liabilities of trustees under the Chinese trust», en L. Smith, *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 406-427.
- LUPOLI, Maurizio, *Trusts. A comparative study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- MARTIN OSANTE, Luis Carlos., *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Gobierno Vasco–Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- MATHEWS, Paul, «The compatibility of the trust with the Civil Law notion of property», en L. Smith, *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 313-339.
- MCBRIDE, Nicholas, *Key ideas in Trusts Law*, Hart, Oxford, 2023.
- MOWBRAY, John, TUCKER, Lynton, LE POIDEVIN, Nicholas Y SIMPSON Edwin, *Lewin on Trusts*, Sweet & Maxwell (17^a ed.), Londres, 2000.
- NUÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *El testamento por comisario*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991.
- OÑATE CUADROS, Javier, «Artículo 46 LDCV. La voluntad del testador como criterio de interpretación» en A. Urrutia Badiola (Coord.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 443-449.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «La fiducia sucesoria» en J. Delgado Echevarria (Dir.), *Manual de Derecho civil aragonés*, 2006
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel., *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013.
- PÉREZ DE LABORDA, Fernando., *Euskal Herria. La mirada extranjera*, Txalaparta, Navarra, 2023.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo «Sobre la exigua utilización del art. 831 del CC. Aporías de su actual redacción», en *ADC*, tomo LXXII, fasc. III, 2019, pp. 1133-1202.
- RAMS ALBESA, Joaquin, «Libertad civil, libertad de testar (notas para su formulación)», *Jornadas Internacionales sobre instituciones civiles vascas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 108-127.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en A.L. Rebolledo Varela (Coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid 2010.

- URRUTIA BADIOLA, Andrés, «La sucesión por comisario (artículos 30-46)», en A. Urrutia Badiola (Coord.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 333-427.
- VALSAN, Remus, «Rights against rights and real obligations», en L. Smith, *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 481-511.
- VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás., *Derecho Consuetudinario de Vizcaya*, Colección de textos forales, V, Diputación Foral de Bizkaia – Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

EL CONTRATO DE ALIMENTOS PARA PROTEGER AL CÓNYUGE O A LA PAREJA: CONTRATO DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES Y CONTRATO DE ALIMENTOS A FAVOR DEL CÓNYUGE*

Manuel Espejo Lerdo de Tejada

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Sumario. I. ¿Son posibles en Derecho los dos tipos de contratos de alimentos mencionados en el título?

1. Planteamiento. 2. Los cónyuges como partes del contrato de alimentos. 3. Los miembros de una pareja no casada como partes del contrato de alimentos. 4. El contrato de alimentos a favor del cónyuge o del conviviente en pareja. II. La relación de parentesco entre los contratantes como un dato que cierta jurisprudencia alega para tratar con mayor prevención ese preciso contrato de alimentos. III. La absoluta desproporción entre las prestaciones como único factor relevante para la impugnación por fraude del contrato de alimentos. IV. ¿Cómo reducir las impugnaciones judiciales del contrato de alimentos por los futuros legitimarios o al menos su viabilidad? Jurisprudencia citada. Bibliografía citada.

I. ¿SON POSIBLES EN DERECHO LOS DOS TIPOS DE CONTRATOS DE ALIMENTOS MENCIONADOS EN EL TÍTULO?

1. Planteamiento

Como es sabido los arts. 1791-1797 CC regulan el contrato de alimentos, y, llamativamente, no se refieren en ningún momento a la intervención como partes de los miembros de una familia, sean cónyuges, pareja o parientes, pues el tono de todos ellos es asépticamente patrimonial, aunque en el art. 1792 CC se alum-

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033; y del Grupo de Investigación SEJ584: *Sociedad, Mercado y Derecho*.

bren algunos aspectos personales, y en el art. 1794 CC la remisión al art. 152 CC permita establecer alguna relación con los aspectos familiares y sucesorios; pese a ese planteamiento legal, la delimitación de la figura facilita, en teoría (y veremos que también lo confirma la práctica judicial), la intervención de sujetos unidos por esos vínculos. El concepto de contrato de alimentos que se describe en la literalidad del art. 1791 CC lo propicia sin duda alguna: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos». Ante esta configuración legal de las prestaciones, cabe preguntarse que quién mejor que una persona cercana en los afectos, sea un pariente, el cónyuge o la pareja, podría desempeñar esas obligaciones descritas en la norma. Lo que sucede es que la ausencia de mejores referencias normativas a esa realidad básica dificulta de hecho el uso con seguridad jurídica de esta posibilidad contractual que, pese a todo, presenta importantes interferencias con las normas del derecho de familia y de sucesiones como vamos a examinar en estas páginas¹.

El objetivo de este capítulo sobre la protección del cónyuge, consiste, en primer lugar, en intentar responder si resulta o no posible en nuestro Derecho el contrato de alimentos entre cónyuges, o los miembros de una pareja, que es una figura con una escasa presencia en la jurisprudencia, y cuya admisibilidad resulta negada en alguna doctrina. En segundo lugar, se ocupa de describir el contrato de alimentos a favor del cónyuge o de la pareja, que en la jurisprudencia se descubre que se pacta realmente en bastantes de los casos que acceden a los Tribunales, cuya validez no se cuestiona nadie, y que no presenta una específica problematicidad, pues los litigios en que aparece tratan sobre las cuestiones que resultan comunes al tipo contractual general: resolución por incumplimiento, simulación, nulidad, fraude de legítimas, cancelación registral de la condición resolutoria, etc.².

Quien está familiarizado con el estudio del contrato de alimentos sabe que aparece recurrentemente en la jurisprudencia la exigencia de una cierta proporcionalidad entre las prestaciones derivadas de él, lo que, cuando falta, suele denunciarse ante los Tribunales por las implicaciones que presenta de orden

1. Parafraseando a LACRUZ podríamos censurar la regulación legal del contrato de alimentos por su escasa permeabilidad al derecho de familia y al sucesorio, pues su punto de referencia subjetivo debió ser, y no es, la familia: vid. *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 15: «una importante censura al Derecho familiar del Cc. es su escasa influencia sobre el Derecho sucesorio, cuyo centro debió ser, y no es, la familia».

2. La distinción entre los dos supuestos contractuales expresados en el título se encuentra descrita y analizada, bajo la especial perspectiva del planteamiento que paladinamente explica su propio título, en la monografía de REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Madrid, 2019, pp.150-151; la autora, como en estas páginas va a suceder, se ocupa de desarrollar más especial y extensamente el primer tipo de contrato, que es el que mayores dificultades de admisibilidad puede suscitar. Quitando las excepciones que mencionaré a lo largo del estudio, en la doctrina resulta excepcionalísima la referencia a la presencia del cónyuge en el contrato de alimentos.

fundamentalmente sucesorio³, aunque la cuestión pudiera también tener relevancia en el ámbito del fraude a los acreedores del transmitente de los bienes. Por eso, deberé tratar también en estas páginas de este problema que se puede presentar transversalmente en las dos grandes clases o categorías de contratos de alimentos de los que me ocupo.

En este estudio sobre la admisibilidad del contrato entre los cónyuges, o los miembros de la pareja no casada, nos encontraremos ante un problema relacionado con la mencionada proporcionalidad de las prestaciones, pero más radical todavía, y que también se refiere a la onerosidad del contrato. El planteamiento doctrinal crítico hacia este contrato partiría de que la prestación de alimentos que se contiene en él forma parte de los deberes legales derivados del matrimonio, por lo que se dice que no podría ser el correspondiente de una atribución patrimonial; argumento doctrinal que no aparece en la escasa jurisprudencia que aborda la contratación entre cónyuges, pero que, curiosamente, una reciente SAP Madrid aplica al caso del contrato entre los miembros de una pareja de hecho, aunque el punto de partida legal sea tan diferente en este supuesto al del matrimonio, pues en la pareja no existen deberes de naturaleza legal. Como veremos, la relación de parentesco, no específicamente la de cónyuges, es también un elemento que apoya la sospecha sobre el contrato en varias sentencias que examinaremos. Por el contrario, se podría partir, para valorar este tipo de contratos de alimentos entre cónyuges o miembros de la pareja, de un planteamiento que entiendo preferible y completamente opuesto: que el tipo contractual como tal estaría permitido, aunque se le apliquen los requisitos esenciales de los contratos y los límites generales de la autonomía de la voluntad, como no puede ser menos.

Naturalmente, si entendiéramos posible este tipo de contratos, también se presentaría como controvertida la cuestión de su onerosidad, pero sin que en cuanto a ello aparezca en este caso ninguna particularidad especialmente reseñable; es decir, que esta onerosidad sería una característica cuya relevancia se suscita en los mismos términos en que se plantea en los contratos de alimentos cuyas partes contratantes no son el cónyuge ni la pareja, con lo que es posible que finalmente mi reflexión pueda conectar de alguna manera los problemas generales del contrato de alimentos, con los más específicos de la contratación entre cónyuges, y quizá iluminarlos mutuamente. Alcanzarían así estas páginas una mayor actualidad y virtualidad práctica.

En definitiva, sería preciso plantearse si resultan legalmente posibles todas las figuras contractuales que se examinan a continuación, no tan simples en realidad como el título de este capítulo sugiere, pues dentro de ellas se pueden presentar

3. Me he ocupado de estas implicaciones del contrato con las normas sucesorias desde el año 2009 en diversas publicaciones e intervenciones, y más recientemente en el siguiente estudio: «Repercusiones sucesorias de las atribuciones patrimoniales realizadas por personas mayores que tengan causa alimenticia: en especial, el cálculo de las legítimas», en *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa* (dir. Cañizares Laso/coord. Diéguez Oliva), Valencia, 2023, pp. 328 y ss., donde, entre otras cosas, comento por extenso la importante STS 15 febrero 2022 (ROJ: STS 608/2022) y sus antecedentes jurisprudenciales. En ese lugar pueden encontrarse más referencias bibliográficas, incluidas obras mías anteriores, y jurisprudenciales.

algunas distinciones que solamente se van a aludir en lo sucesivo; por ejemplo, que los contratantes sean cónyuges entre sí en el momento en que se celebró el contrato, o que contraigan matrimonio posteriormente. Así se podría distinguir un contrato de alimentos prenupcial, un contrato prenupcial, pero contraído en consideración a un futuro matrimonio o, finalmente, un contrato celebrado vigente el matrimonio. En los dos últimos casos, se debe sopesar si estamos o no ante un contrato cuyo contenido es el propio de las capitulaciones matrimoniales, y, por tanto, si se deben aplicar las normas de estas. A su vez también pueden existir contratos en que se pretendan transmitir bienes personales o bienes comunes de los cónyuges, en que los cuidados previstos asuman o no carácter recíproco, etc. Por supuesto, la existencia de estas muy variadas posibilidades explica que no siempre en los contratos resultantes se trataría de proteger al cónyuge del disponente de los bienes, pues en otras ocasiones es el disponente quien se protege a sí mismo. Bien se entiende, entonces, que no será necesario tener la pretensión de describir todas las combinaciones contractuales que la práctica pueda imaginar; y que la descripción general que aparece en el título del trabajo relativa a la «protección del cónyuge», en determinados contratos significa exactamente eso, en otros, en cambio, «protección de uno de los cónyuges» o, eventualmente, de ambos. La discreción del lector, deberá tener en cuenta todas esas consideraciones si quiere aplicar a un caso concreto las afirmaciones que en lo sucesivo se realicen.

2. Los cónyuges como partes del contrato de alimentos

La primera posibilidad que nos debemos plantear es que los cónyuges intervengan como «partes» del contrato de alimentos y que estos se deban prestar, a aquel que se compromete a transmitir el capital, que llamamos alimentista, por parte de quien lo recibirá, denominado alimentante u obligado a prestar alimentos; aquí estaría anclada la primera opción mencionada en el título de este estudio, «contrato de alimentos entre cónyuges»: un cónyuge transmite al otro algunos de sus bienes o derechos a cambio de recibir la prestación prevista por la norma. También sería posible plantearse una combinación más compleja desde el punto de vista jurídico, pero que puede tener bastante mayor importancia en el sistema del Código civil: que ambos cónyuges dispongan mutuamente de algunos bienes de naturaleza ganancial y que ambos asumieran respecto al otro las respectivas cargas de alimentos.

No está de más aclarar que, en cualquier caso, el carácter oneroso de este tipo contractual que deriva del art. 1791 CC conllevaría que los bienes recibidos por el obligado a los alimentos tengan naturaleza ganancial⁴, lo que supone que, en

4. Se puede compartir la opinión, acerca de la calificación de estas ganancias como comunes, de LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, cit., p. 491: «no impide la comunicación el que el pago de servicios se haga por un cónyuge al otro». Y alega en apoyo de ello el criterio de la STS 1 enero 1876, según la que «la cantidad entregada por el marido a una mujer casada, no en concepto de

los matrimonios sujetos a este régimen, el contrato no podría servir propiamente para desplazar bienes de la masa ganancial a la privativa del obligado a los alimentos; lo que disminuye la utilidad del contrato para transmitir bienes entre cónyuges. Cabe pensar que el mencionado desplazamiento solamente podría producirse mediante alguna previsión específica en las capitulaciones matrimoniales que modificara en este punto el propio régimen de los gananciales: que previera, por ejemplo, que los bienes convencionalmente transmitidos a cambio de este deber de alimentos fueran privativos del cónyuge que va a prestar los alimentos, y no gananciales como resultaría de la aplicación de los criterios legales.

Con independencia de todo ello, la gran dificultad jurídica que algunos plantean para admitir en nuestro Derecho este tipo de contratos de alimentos entre cónyuges es la duplicidad de fuentes que tendría la obligación asumida por el alimentante, pues nacería tanto de la ley (los deberes de ayuda y socorro de los arts. 67 y 68 CC, concretados patrimonialmente en el art. 1318 CC), como del contrato de alimentos⁵. La objeción tiene aparentemente cierto peso, pues de inicio resulta convincente afirmar la imposibilidad de hacer intervenir ese tipo de deberes legales para que jueguen como prestaciones en un contrato oneroso; no es tanto la reiteración de fuentes generadoras del mismo deber como la diferente función que asumiría la misma conducta del obligado en el régimen del matrimonio, en el que sería un deber legal; y en el contrato, en el que sería una prestación onerosa. ¿No estaríamos ante un mecanismo radicalmente nulo o fraudulento por su misma estructura?

No obstante, la objeción únicamente tiene «cierto peso» o apariencia de verdad, y no es por completo convincente ni a la vista del sistema legal, ni considerando la función que tendría un contrato de este tipo. Pero, pese a ello, requiere ser examinada con atención para deshacer un equívoco que puede poner en cuestión el uso de la figura en el contexto matrimonial o de convivencia *more uxorio* que examinan estas páginas. Lo haré en relación con los dos elementos que acabo de traer a la consideración del lector.

donación sino como salario por servicios prestados, debe considerarse ganancial» (loc. cit. nota 1). Lamentablemente no he podido localizar ninguna STS con esa fecha; y la, cercana en el tiempo, STS 1 febrero 1876 (ROJ: STS 41/1876), que poco más o menos contiene las palabras que reproduce el autor, no se refiere en realidad a bienes entregados por el marido a la mujer, sino por un tercero al marido, en concepto de pago por el trabajo de ella, y no como donación. Pero esto no sería suficiente para desmentir la opinión de LACRUZ.

5. BERENGUER ALBALADEJO, «Pactos de alimentos entre cónyuges: naturaleza jurídica y desistimiento unilateral», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, bis (extraordinario), jul. 2018, p. 87: «cuando uno de los cónyuges se obliga por contrato a lo mismo que ya debe por imperativo legal en virtud del matrimonio, no se estaría obligando a ninguna contraprestación distinta a la que ya pesa sobre él ex arts. 67 y 68 Cc; y si no hay verdadera contraprestación, dos consecuencias podrían derivarse: o bien que el contrato se declarase nulo por falta de causa y/o de objeto; o bien que se mantuviese la validez de la atribución gratuita como donación, si quedase probado el *animus donandi*». En contra, sí admite la validez del contrato, aunque no ignora la posibilidad de fraude que su uso puede encerrar, REPESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, cit., p.150. A mi juicio este segundo es el planteamiento adecuado por las razones que explicaré.

En cuanto a lo primero, es decir, el sistema legal: no se olvide que la libertad de contratación entre cónyuges está proclamada por el art. 1323 CC; que en las capitulaciones matrimoniales no solamente se puede estipular, modificar o sustituir el régimen económico, sino también pactar «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo» (art. 1325 CC). Y no está de más recordar también que, con base en esa norma, la mejor doctrina entiende que en las capitulaciones pueden distinguirse las estipulaciones referidas al régimen económico y las atribuciones patrimoniales a favor de uno o de ambos contrayentes o cónyuges⁶, y que estas atribuciones no necesariamente deben reputarse gratuitas, según una autorizada opinión con la que concuerdo⁷. Y si se dudara o directamente negara que una atribución patrimonial realizada en las capitulaciones, o en general mediante el acuerdo entre los cónyuges, pudiera asumir un carácter oneroso, por entender que solamente se admiten las gratuitas, tampoco se puede olvidar para desmentirlo de algún modo que, en el campo del régimen de separación de bienes, el art. 1438 CC regula el trabajo doméstico diciendo que, pese a que es una contribución a las cargas del matrimonio, su realización puede dar lugar a una específica compensación económica, que por eso motivará una atribución patrimonial de naturaleza onerosa⁸. Y en esta última norma la primera fuente para la cuanti-

6. Cfr. LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, cit., pp. 271-272; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. Albaladejo), XVIII, 1º, Madrid, 1982, p. 179; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de familia*, Madrid, 2024, pp. 248-249.

7. Cfr. LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, cit., pp. 249-250, en especial nota 10. Es significativo el propio título del epígrafe «Las categorías de onerosidad y gratuidad, en el régimen matrimonial». Pero nuestro tema está específicamente desarrollado en la citada nota, en la que explica que para que haya gratuidad de los desplazamientos de bienes entre los cónyuges debe existir intención liberal, una atribución de bienes sin corresponsivo; el autor no excluye que pueda haber atribuciones que no respondan a esa gratuidad, y tengan carácter oneroso. Como un ejemplo concreto de esto, en las pp. 331-333, en un epígrafe titulado «Onerosidad y gratuidad de la constitución de la dote», argumenta el autor convincentemente, aunque de modo aislado en la doctrina, que la dote constituida por la mujer puede tener una causa onerosa que sea precisamente la asunción por el marido del régimen jurídico de obligaciones derivado del matrimonio; es una idea que perfectamente pudiera aplicarse con las debidas adaptaciones a nuestro asunto. Dice el autor que «contra la tesis de la correlación que el marido asume y el goce de los bienes dotales, se opone que la asunción de los *onera matrimonii* no es una consecuencia de la constitución de la dote, pues proceden directamente de la ley»; a lo que responde que precisamente la causa de la dote son los sacrificios patrimoniales que se asumen con el matrimonio, aunque deriven de la ley, y cuyo cumplimiento se quiere facilitar, lo que justifica perfectamente su onerosidad, incluso por la vía de la remisión a las reglas de las donaciones onerosas del art. 622 CC.

8. Obviamente no procede detenerse en esta obra en las controvertidas cuestiones dogmáticas y aplicativas que la norma suscita, y que son sobradamente conocidas y tratadas por la abundante doctrina recaída sobre el fundamento, alcance y consecuencias del precepto, pues ello nos llevaría innecesariamente lejos a los efectos que aquí pretendemos. Cabe remitirse, para dos tratamientos recientes y para obtener otras referencias, a LAMARCA MARQUÈS, «Trabajo para la casa y compensación económica en el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS 1423/2023, de 17 octubre (RJ 2023, 5702)», *CCJC*, nº 125, mayo 2024 y GUTIÉRREZ SANTIAGO, «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del art. 1438 CC», *Actualidad Civil*, nº 1, enero de 2024, Editorial LA LEY.

ficación de esta contribución es el acuerdo entre los cónyuges, y solamente a falta de él, la decisión judicial.

Por tanto, y es lo único que nos interesa poner de manifiesto al invocar estas normas, en el planteamiento del Código están permitidas tanto la contratación general entre cónyuges, como la contratación en capitulaciones sobre el régimen económico del matrimonio, y la realización entre ellos de atribuciones patrimoniales, también las onerosas; porque el cumplimiento de un deber conyugal no impide siempre su compensación patrimonial a cargo del otro, ni tampoco excluye la posibilidad de la determinación de la cuantía de esa compensación mediante un contrato entre los cónyuges. Otra cosa sería que se pudieran considerar algunos de esos contratos a título onerosos como contrarios a las buenas costumbres, lo que me parece claro que no sería una regla general. Es cierto, e incluso se puede compartir, que puede producir cierto rechazo moral y herir algunas sensibilidades la aparente mercantilización del matrimonio que se reflejaría en algunos de los hipotéticos contratos que pudieran concertarse en la realidad; pero habiendo evolucionado decididamente el ordenamiento, en el último medio siglo, a favor de la contratación entre cónyuges quizá esas reticencias no sean suficientes para considerarlos por completo excluidos en razón de su objeto, pues eso iría contra el sentido general de ese desarrollo normativo, que obviamente no habría estimado dignos de consideración estos posibles reproches morales, cuya represión considera que se debería dejar en manos de las normas generales de la contratación, como sería el control de una posible causa ilícita en el concreto contrato que se examinara⁹.

En cuanto a lo segundo, la funcionalidad general que podría tener el contrato de alimentos entre cónyuges, pienso que sería muy variada y perfectamente justificada, como trato de exponer a continuación. Por una parte, se pretendería reforzar los deberes legales derivados del matrimonio, que, en su consideración más habitual, se consideran deberes no coercibles jurídicamente, y cuyo incumplimiento tampoco da lugar a indemnización, añadiéndose así, al contractualizarlos, el elemento jurídico que les faltaba en su actual configuración puramente legal, pues un deber contractual sí tiene razón jurídica de obligar y su incumplimiento es indemnizable; por otro lado, el contrato garantizaría mejor que el matrimonio la

9. Dentro de un ordenamiento dado es más comprensible y coherente la denuncia de mercantilización del matrimonio que la contratación entre cónyuges supondría si en el concreto sistema un determinado contrato o atribución patrimonial está prohibido; en un sistema legal en que se han suprimido las restricciones, en cambio, carece de sentido el reproche específicamente dirigido a esos contratos; habrá que analizar caso por caso cada contrato y emplear las normas generales para ello que el ordenamiento prevea. Un ejemplo del primer caso lo encontramos en la prohibición de las donaciones entre cónyuges, existente en muchos sistemas jurídicos históricos entre otros en la versión original de nuestro propio Código. En esos sistemas, con coherencia, se señalaba ese riesgo de mercantilización: cfr. D. 24.1.2 y D. 24.1.3 pr. Cuando se prescinde de la prohibición no es que se ignore este riesgo, sino que se asume legalmente, quizá en el entendimiento de que el peligro de que exista un interés puramente material en la celebración del matrimonio es algo de algún modo inevitable, y que hay que resolver con las normas generales. Sobre ese peligro se puede recordar aquí el clásico supuesto de «El casamiento engañoso» de Miguel DE CERVANTES en que ambas partes se casan por interés y con engaño.

estabilidad de los deberes de alimentos por no ser disoluble unilateralmente a diferencia de este último; pero, sobre todo, la posición jurídica en la posición de obligado a alimentos sería transmisible *mortis causa* (cfr. art. 1792 CC), lo que constituye una diferencia de no poca monta con los deberes matrimoniales, y muy necesaria de destacar en un volumen que quiere tratar de instrumentos *inter vivos* y *mortis causa* para proteger a los cónyuges. Se puede pensar, como ejemplo, en la transmisión de bienes entre ambos cónyuges, para garantizarse mutuamente los cuidados que cada uno de ellos necesite: los herederos del difunto sucederán en los deberes alimenticios que el causante tuviera respecto al superviviente, cosa que ninguna norma matrimonial ni familiar garantiza, fuera de los deberes legales de alimentos, que tienen otra extensión y función.

Por tanto, establecer como regla general la carencia de causa del contrato de alimentos entre los cónyuges, es una idea que resulta desmentida por los argumentos que se acaban de exponer, pues es evidente y obvia la función que pudiera tener dicho contrato; que a su vez se quiera debatir que esa causa sea lícita o ilícita es cuestión que no puede darse por segura a la vista de un contexto normativo que no resuelve esa duda de forma explícita, pero tampoco las normas permiten afirmar tajantemente la inviabilidad jurídica de un tal contrato, por lo que hay que entender como más adecuada y conforme a la libertad de contratación la respuesta afirmativa; lo que no excluye que afecten a ese caso las normas de control generales que se apliquen en el ámbito de la libertad contractual.

Desde el planteamiento más rígido contra la viabilidad jurídica del contrato de alimentos entre cónyuges, que no es una visión que personalmente comparta, se considera la posibilidad de dar validez a la atribución de bienes como donación¹⁰. Esta opción, aparte de no concordar con la reciprocidad de prestaciones que se contemplan en el contrato, tendría, además, el grave problema de ser cohonestada con la doctrina jurisprudencial acerca de la insuficiencia de la forma empleada en el contrato simulado para cumplir con los requisitos de ese mismo orden que exija la norma para los contratos gratuitos disimulados bajo él, pues la causa, para esta jurisprudencia, debería explicitarse formalmente¹¹.

10. BERENGUER ALBALADEJO, «Pactos de alimentos entre cónyuges: naturaleza jurídica y desistimiento unilateral», p. 87 (ver texto citado en n. 5 *supra*). En todo caso, de ser admitido el planteamiento, estaríamos ante una donación con carga, en los términos que hemos visto que opinaba LACRUZ (cfr. *supra*, nota 7).

11. Es cierto que la STS 29 septiembre 2014 (ROJ: STS 3853/2014) dijo que no existía problema en hacer compatibles ambas doctrinas jurisprudenciales, pero su argumentación resultaba poco convincente, y probablemente la decisión de la SAP se mantuvo en casación solamente por las importantes razones procesales que se indican abajo: «la jurisprudencia de esta Sala, desde la sentencia dictada por el pleno de la misma y seguida por innumerables posteriores, de 11 enero 2007 mantiene que no cabe la simulación relativa de compraventa simulada de inmuebles (no es el caso presente) que disimula una donación, por faltar en ésta los elementos esenciales de forma que exige el artículo 633 del Código civil. Pero no es lo mismo el contrato de compraventa de inmuebles, esencialmente oneroso, con el presente que, como se ha dicho, presenta una transmisión de bienes muebles con un incuestionable *animus donandi*. En todo caso, aunque se aceptara que no es posible esta simulación relativa que encubre una donación, no podría esta Sala estimar que se trata de la simulación absoluta que ha acordado la sentencia de primera instancia porque ello perjudicaría al recurrente —las demandantes no han recurrido—

Lo cierto es que, pese a la importancia del debate teórico acabado de describir sucintamente, la práctica jurisprudencial no muestra muchos supuestos en que se haya utilizado el contrato de alimento entre cónyuges, lo que quizá obedezca, en parte, al cierto rechazo moral que produce convertir en onerosas las cargas del matrimonio; en parte, a la incertidumbre jurídica que sobre su validez puede existir; unido, finalmente, a que, si en el matrimonio rige el régimen de gananciales, los bienes atribuidos se deben considerar comunes, con lo que el contrato no va servir para desplazar bienes a la masa privativa del cónyuge obligado a prestar los alimentos, salvo que se añadan, además, modificaciones del régimen legal de gananciales, lo que sin duda complica un poco más las cosas. Obviamente, también se debe tener presente que el contrato de alimentos en general no es muy utilizado, al menos su formalización notarial no lo es a tenor de los datos estadísticos disponibles, quizá por su tratamiento fiscal.

Solamente conozco un caso, muy peculiar y ya algo antiguo, anterior a la regulación legal del contrato de alimentos, que haya llegado al conocimiento del Tribunal Supremo. Me refiero a la conocida STS 18 enero 2001¹²: el contrato de alimentos vitalicio estaba suscrito como cedentes por dos cónyuges y un tercero como cesionario y obligado a prestarles alimentos a los primeros; un año más tarde murió la cedente y su viudo contrajo matrimonio con la cesionaria obligada a alimentos. Es esta última la que, después del fallecimiento de su marido, será demandada por la hija de los cedentes que consideraba que sus derechos sucesorios forzosos recaían también sobre los bienes objeto de aquel contrato, pues estos debían volver a la herencia como consecuencia de una postulada nulidad

y daría lugar a la *reformatio in peius* que no es admisible en ningún caso. La sentencia recurrida aprecia no sólo la realidad del contrato y rechaza la causa ilícita, por no entender probada la finalidad torticera, pero sí reconoce la donación disimulada, con todas sus consecuencias, como es la inoficiosidad de la misma». Finalmente, es cierto que acepta la STS la idea de que la donación de los bienes muebles «no precisa más elementos de forma que la entrega, conforme al artículo 632 del Código civil». A mi juicio esta última afirmación es insostenible, porque no es coherente afirmar que la escritura de compraventa no cumple el requisito de la forma en la donación de inmuebles, y que la entrega de bienes en concepto de alimentos sí sirve para cumplir la forma de la donación de muebles. En línea parecida a la de esta STS, vid., también, SAP Sevilla 21 junio 2018 (ROJ: SAP SE 976/2018), que califica la donación del caso como remuneratoria (de nuevo nos sale al paso esta categoría de donación onerosa). Una cierta rectificación de esta incoherencia de los propios criterios jurisprudenciales parece advertirse en la STS 15 febrero 2022 (ROJ: STS 608/2022), en la que el debate litigioso se había centrado en «la existencia o inexistencia del contrato oneroso de alimentos y la parte demandada no ha interesado la declaración de validez de la cesión gratuita de los inmuebles, algo que por lo demás se enfrentaría a la doctrina consolidada de la sala que, desde la sentencia del pleno de 11 de enero de 2007 (rc. 5281/1999), exige para la validez de la donación que en la escritura conste de manera específica el *animus donandi* y la aceptación de la donación con el fin de dotar de la necesaria publicidad a los actos gratuitos y evitar el riesgo de fraude». En fin, el riesgo de simular un contrato oneroso es asumir su posible ineficacia, y la del contrato disimulado, lo que obviamente debe retraer a los posibles interesados en el empleo de la simulación, y propiciar negocios que expliciten su causa verdadera: cfr. RIVAS ANDRÉS, «Últimas novedades en la tributación del «Contrato de Alimentos». Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2020 (recurso 5171/18)», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, nº 76, julio de 2021, Editorial Wolters Kluwer, p. 8 (edición electrónica).

12. ROJ: STS 188/2001.

del contrato. La STS no ordenó que esos bienes se restituyeran a la herencia, porque el contrato no fue anulado ni calificado como realizado a título gratuito, aunque la STS diera pie a la confusión al afirmar que «el hecho de contraer matrimonio no extinguió la obligación de cuidados y servicios, sino que ésta existió desde aquél, por dos títulos, el legal y el convencional y este último podría renacer en su aplicación, en todo caso de crisis matrimonial».

Me parece desafortunada, por imprecisa, la afirmada idea de que las obligaciones derivadas del contrato podrían renacer en caso de crisis matrimonial, por varias razones. En primer lugar, porque parece indicar que durante la vigencia del matrimonio no existen o están suspendidas las obligaciones contractuales de alimentos. En segundo lugar, porque precisamente en el caso de crisis matrimonial se hace muy difícil la continuidad de las obligaciones de alimentos tal como fueron asumidas contractualmente¹³. No obstante, estamos ante un error de expresión de la STS, porque lo cierto es que en el caso no hubo crisis matrimonial y la atribución patrimonial realizada por el alimentista a cambio de los alimentos mantuvo su validez, con lo que ni hubo «suspensión de las obligaciones» ni mucho menos nulidad del contrato. Ahora bien, la idea reflejada en esa afirmación de la STS nos permite poner la atención en la posibilidad de que la vida del contrato supere a la propia duración del matrimonio; y que ello suceda no solamente por la crisis que pueda acaecer entre los cónyuges y poner fin a su unión, sino también por la disolución del matrimonio por la muerte del cónyuge obligado.

Analizados los hechos y el fallo, decir que la nulidad del contrato de alimentos, cuando sea celebrados por dos personas ya casadas entre sí, derivaría del criterio de esta STS no es más que una aventurada opinión¹⁴, porque esa conclusión ni corresponde al peculiar supuesto de hecho de esta STS, en que el contrato era previo a la celebración del matrimonio, ni esta anuló el contrato o la atribución patrimonial derivada de él. Qué duda cabe, no obstante, que esa controvertida afirmación incidental de la STS apunta a ciertas dificultades jurídicas que existirían en el tratamiento de este contrato, que es necesario sopesar con atención.

13. En la actualidad, la solución del problema planteado en los casos de crisis matrimoniales entre ambas partes de un contrato de alimentos debe buscarse en el art. 1792 CC, pues no cabe duda de que la crisis matrimonial sería una «causa grave» susceptible de producir la modificación objetiva de la prestación de alimentos prevista en la norma: «De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente».

14. Que, pese a ello, sostiene BERENGUER ALBALADEJO, «Pactos de alimentos entre cónyuges: naturaleza jurídica y desistimiento unilateral», *cit.*, p. 87, quien considera que esas últimas palabras suponen la suspensión de la obligación derivada del contrato de alimentos durante el matrimonio de los contratantes. Pero me parece claro que ello no se pretendió en el litigio, ni por tanto lo pudo decidir la STS. Lo único que se pretendió fue la nulidad del contrato y la propia STS no lo estimó así; por eso, no me parece correcto apoyar la tesis de la nulidad de este tipo de contratos en la doctrina de esta STS, como pretende la autora. Lo único cierto es, con REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legítimos*, *cit.*, p.149, que «la doctrina de esta Sentencia no niega la validez de este contrato».

Mucho más interesante a nuestros efectos resultó la SAP Valencia 10 marzo 2005¹⁵, dictada para un caso parecido al anterior en el sentido de que la necesidad de cuidados se manifestó antes de la celebración del matrimonio, aunque el contrato de alimentos ya fuera posterior a las nupcias. Por tanto, el problema de la validez del contrato se planteaba mucho más directamente en este caso que en el precedente acabado de exponer. En este supuesto, un varón inició las gestiones para encontrar una persona que le prestara los servicios domésticos y asistenciales requeridos en atención a su edad y estado de salud, pero sin llegar a concertarse tal contrato, se celebró el matrimonio entre el interesado en los servicios y la participante en el proceso de selección, y después de casados se suscribió entre ambos un contrato de alimentos en el que el varón transmitió a la mujer los bienes a cambio de alimentos. Tras la muerte del varón, el contrato fue impugnado por su hijo como simulado y carente de causa, y sobre ello dijo la SAP: «Las obligaciones asumidas ciertamente son análogas a las derivadas del art. 68 del CC pero claramente se estipula en el contrato que lo son independientemente de aquellas y se refieren a la habitación, sustento, vestido y asistencia médica, a modo de reforzamiento de la[s] obligaciones derivadas del art. 68 del CC, como hubiera podido pactarse una renta vitalicia, al amparo de la libertad de contratación entre los cónyuges dispuesta en el art. 1323 del Código Civil, se pactó una cesión por alimentos reforzamiento por vía convencional de la obligación legal de prestarse aquéllos».

El problema teórico general que plantea la contratación entre cónyuges de los alimentos convencionales puede quedar iluminado tomando pie tanto de las expresiones de ambas Sentencias como de los supuestos fácticos a los que se referían. Hay que partir de la idea de la superposición de fuentes o títulos de la obligación de alimentos, usada por la STS, y de la expresión que probablemente constituye el argumento principal de esta última SAP: el contrato impugnado constituye un «reforzamiento» voluntario de esas obligaciones legales; a partir de ahí, para valorar estos o parecidos contratos lo que procede es analizar en cada caso cuándo existirá ese reforzamiento y cuándo no existirá. Ya he dicho que desde el punto de vista jurídico la superposición de fuentes de los deberes de alimentos implica de suyo un reforzamiento de su carácter jurídico. Pero probablemente eso no vaya a ser suficiente para admitir su validez en todo caso, pues en esta materia suele estar muy presente en la jurisprudencia, y es razonable, la necesidad de ponderar la proporcionalidad de las prestaciones, lo que permite dibujar con más precisión la frontera entre la causa onerosa y la gratuita de la atribución patrimonial que se haya previsto en el contrato, para defender así los derechos de acreedores y legitimarios.

Efectivamente se puede captar intuitivamente que no todo lo encuadrable en el concepto de alimentos del art. 1791 CC, —vivienda, manutención y asistencia— puede justificar adecuadamente un desplazamiento de bienes entre los cónyuges que se deba calificar como oneroso, porque todos estos deberes constituyen

15. ROJ: SAP V 1235/2005.

consecuencias ordinarias o institucionales del matrimonio, que no pueden ser causa suficiente de cualquier desplazamiento patrimonial; pero pueden existir casos en que la especial necesidad o intensidad de estos deberes, o las circunstancias concurrentes, permitan fundamentar su desdoblamiento y reforzamiento mediante el contrato de alimentos, sin invadir el campo de las atribuciones patrimoniales gratuitas¹⁶. En todo esto resultará determinante la proporcionalidad de las prestaciones, valorada a la luz de la aleatoriedad del contrato y la especialidad que presentan las prestaciones de cuidados.

Hay que tener en cuenta que, normalmente, la impugnación del contrato de alimentos va a provenir de terceros especialmente protegidos, tales como acreedores y herederos forzosos: esto último sucedía en ambos casos litigiosos acabados de examinar. Teniendo en cuenta este conflicto de intereses que resulta típico deberíamos partir de que frente a estos sujetos no puede valer incondicionadamente la transmisión de bienes concertada entre los cónyuges con independencia de cualquier otra circunstancia, pues resultaría un expediente en extremo cómodo para lograr la descapitalización fraudulenta del patrimonio personal de uno de ellos, que va a formar parte de su futura herencia, a cambio de conductas que ya están previstas como efecto normal del matrimonio, y que no es necesario reforzar mediante un título oneroso superpuesto. No se puede dejar de tomar en consideración la facilidad que ofrece el contrato de alimentos para propiciar los desplazamientos patrimoniales que tengan una causa realmente gratuita; lo que parece incurrir en ese problema causal que hemos visto alegado en esa parte de la doctrina que excluye la posibilidad de concertar estos contratos por carecer de causa y objeto.

Por tanto, entiendo que la transmisión de bienes mediante el contrato de alimentos no podrá oponerse a los legitimarios o acreedores del transmitente, cuando la disposición de bienes sea cuantiosa y exceda de lo usual y moderado, y no exista una justificación específica de la necesidad o conveniencia de las prestaciones contratadas, pues los deberes legales conyugales ya las incluyen como efecto del matrimonio. Por eso parece conveniente contar en esos casos con alguna causa adicional de esta superposición de fuentes de la obligación de alimentos. A mi juicio algunas de ellas podrían ser: la importancia de los cuidados que resultaran necesarios, el carácter profesional que tengan, que los haga fácilmente evaluables pecuniariamente, el especial sacrificio personal o patrimonial que supongan al alimentante, como sería que le impidan otro trabajo personal remunerado, los especiales beneficios que redunden en el cedente de los bienes,

16. Un apunte interesante en este sentido de valorar las circunstancias extraordinarias como justificadoras de ciertas atribuciones patrimoniales compensadoras de las atenciones personales se propuso para las uniones de hecho por LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, IV*, Derecho de familia, volumen 2º, Barcelona, 1989, p. 20 cuando afirmó que la equidad y la intención de las partes, en nuestro caso habría que añadir a la ley aplicable al matrimonio, intervendrán para valorar «la prestación de cuidados extraordinarios por uno de los convivientes al otro durante una larga enfermedad». Si el carácter extraordinario de ciertos cuidados puede tenerse en cuenta para establecer efectos compensatorios equitativos en el supuesto de las parejas de hecho, parece obvio que los cónyuges podrían tenerlo también presente como causa de una atribución patrimonial que acuerden entre ellos para compensarlos.

la propia diferencia de edad entre los contratantes, u otras diversas circunstancias que causalicen adecuadamente el desplazamiento patrimonial producido.

No creo que unos cuidados o una convivencia entre cónyuges que resulten meramente corrientes y ordinarios, o menos aun los apoyos afectivos corrientes, puedan justificar un desplazamiento patrimonial cuantioso que desborde el significado de los simples regalos de costumbre o, incluso, el de las donaciones remuneratorias; pero, si las necesidades cubiertas por el contrato de alimentos fueran más extraordinarias, no vería obstáculo para un desplazamiento patrimonial de mayor importancia cuantitativa. Algo de eso, por otra parte, se advertía en los dos casos enjuiciados, en los que era evidente la necesidad de cuidar de forma especial al cedente de los bienes, que los cuidados que se debían desempeñar contaban con cierta profesionalidad por parte del obligado, y que este los proyectaba prestar a título oneroso; por ello el alimentista estaba dispuesto a pagar o ya había pagado por los cuidados antes de que existiera matrimonio. El que en ambos casos se haya celebrado matrimonio entre los contratantes, antes o después del contrato de alimentos, no debería dejar sin causa a este último, ni argüir contra la existencia de una especial razón de necesidad, que estaba perfectamente demostrada según los hechos que podemos conocer.

De alguna manera, este examen causal del contrato de alimentos entre cónyuges, que probablemente deba ser más intenso en este supuesto que en otros, tendría un significado institucional similar al que se advierte en la norma sobre la eficacia de la confesión de privatividad de un bien (cfr. art. 1324 CC), que se dice que no sería suficiente «por sí sola» para mantener la oponibilidad frente a terceros de un desplazamiento patrimonial que no resulte justificado de otro modo. En nuestro caso, en definitiva, sería necesario que la causa del desplazamiento patrimonial fuera claramente onerosa, lo que sucede cuando los cuidados objeto del contrato superan lo que sería ordinario en cualquier matrimonio y se presentan con cierta proporcionalidad en relación con los sacrificios patrimoniales que requieren a cambio.

Pese a lo dicho, es muy probable que los argumentos anteriores no se apliquen exactamente del mismo modo al caso del contrato concertado antes del matrimonio, en que la existencia de causa dependerá, como en cualquier otro contrato de alimentos, de la efectividad de las prestaciones proyectadas y de su adecuada proporcionalidad, aunque no se presenta originariamente un conflicto o concurrencia con los deberes legales. De hecho, los he formulado teniendo fundamentalmente en cuenta los contratos de alimentos celebrados en consideración al proyectado matrimonio o constante este, pues en ellos esa concurrencia de fuentes de la misma obligación va a estar siempre presente. De cualquier manera, ya se puede advertir que en realidad el examen causal nos remite a un requisito transversal en todos los contratos de alimentos, aunque tenga matices peculiares en el supuesto del matrimonio¹⁷.

17. Se puede tener en cuenta, por ejemplo, que si los contratantes no son cónyuges la convivencia con el acreedor de los alimentos constituiría un deber con suficiente peso para ser asumido contractualmente a cambio de los bienes que se perciben, pero si los contratantes son cónyuges y

Por otra parte, y para concluir, con este apartado, cabría plantearse la conveniencia de que algunos de estos contratos se formalizaran en escritura pública, tanto si son concertados entre cónyuges, como si lo son entre personas que proyectan contraer matrimonio. Estamos, muy probablemente, en el ámbito objetivo de las capitulaciones matrimoniales descrito por el art. 1325 CC, porque, como he dicho, quedan afectados los deberes legales derivados del matrimonio, y sería muy prudente respetar entonces la exigencia de una forma solemne, aparte de tomar en consideración los especiales límites a la autonomía de la voluntad que se contienen en el art. 1328 CC. La necesaria intervención notarial que así se propicia, permitiría contar con un cauce cualificado que permite aconsejar o desaconsejar a las partes la formalización del contrato proyectado y, en su caso, proponer otros negocios jurídicos más adecuados para lograr el fin deseado, o complementarios del así diseñado.

3. Los miembros de una pareja no casada como partes del contrato de alimentos

El examen del contrato de alimentos celebrado entre los miembros de una pareja no casada arroja ciertas paradojas de diverso orden. Es cierto que podría tener alguna funcionalidad práctica, pero presenta una cierta contradicción intrínseca con el carácter libre de la unión, pues se contratan unos deberes que, en cambio, no se desean asumir como efectos del matrimonio, ni derivan de suyo de la existencia misma de la unión. Eso explicaría su escasa presencia en la práctica litigiosa. Podríamos pensar, por otro lado, que la viabilidad del contrato estaría exenta de problemas en la jurisprudencia, puesto que no encontraríamos aquí el principal obstáculo que nos ha salido al paso en el contrato entre los cónyuges, ya que no existen deberes legales que deriven de la simple convivencia; pero vamos a comprobar que en la práctica han sido combatidos con el mismo argumento, e incluso en alguna Sentencia se ha aceptado su aplicación al caso y se ha declarado la invalidez de este contrato.

La antigua STS 22 junio 1982¹⁸ nos puede servir para apreciar las dificultades prácticas que llevaba consigo la correcta calificación de un acuerdo como contrato de alimentos o como promesa informal de donación; en otros supuestos similares o incluso en este pueda caber duda de si la voluntad de las partes sería la de concertar una donación remuneratoria o con carga. Hay aspectos sustantivos y formales implicados por cada una de estas posibles calificaciones, que no es necesario explicitar, porque son muy conocidos. Lo que me interesa destacar

ese es el único deber de cuidado que se asume, saltará a la vista su habitual insuficiencia. Y digo «habitual» porque no se puede excluir que los cónyuges vivan en poblaciones diferentes por razones profesionales y la necesidad de cuidados de uno de ellos lleve al otro a dejar su trabajo y trasladar su residencia: no me parece que ello no pueda incentivarse contractualmente.

18. ROJ: STS 70/1982. En el caso fue la concubina la que demandó a los legitimarios para que se excluyera de la herencia el inmueble contemplado en el contrato.

simplemente es otra cosa: que como legalmente no hay una exigencia formal notarial en este contrato de alimentos, es posible que las partes no hayan podido contar con el cualificado asesoramiento notarial¹⁹.

Los hechos eran los siguientes: el varón separado canónicamente de su mujer, suscribió con su concubina un documento privado en el año 1953 en el que prometió transmitirle un inmueble en un momento futuro que no estaba determinado con precisión, ni se concretó nunca en vida del varón ni tampoco en su testamento. La relación personal entre ambas partes se había iniciado años antes del acuerdo, y duró hasta el fallecimiento del varón en el año 1971. Para la STS el contrato concertado en el año 1953 fue una donación promisoria, pues no había transmisión de bienes de presente, lo que le permitió proclamar su «radical ineficacia», por sostener que no están permitidas las tales en nuestro Derecho (dicho sea de paso, como se trataba de un documento privado, formalmente tampoco cumplía con las reglas imperativas aplicables a la donación de inmuebles cualquiera que hubiera sido su calificación). Ello permitió casar la SAT Las Palmas, que había entendido que se estaba ante un válido contrato de alimentos o de vitalicio²⁰. La redacción del contrato ofrecía mayor apoyo a la argumentación del TS, pues no se apreciaba en las cláusulas que se establecieran auténticas obligaciones a cargo de la concubina, como hubiera sido exigible para optar por otra calificación; así afirmó la STS: «la inexigibilidad correlativa a la índole de tales prestaciones se refleja, dentro de una primera consideración, en la correlativa inidoneidad de las mismas para servir de causa onerosa»²¹; y, por otro lado, «la

19. Obviamente lo digo pensando en casos actuales. En el de la STS comentada probablemente hubiera resultado impensable la manifestación de la situación personal concurrente a un Notario.

20. El tenor literal del pacto era: «En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de mayo de 1953, reunidos don Silvio, mayor de edad, separado judicialmente de su esposa y vecino de dicha ciudad y doña Concepción, mayor de edad, soltera y de igual vecindad, hace aquél a ésta, formal promesa de cederle la casa sita en la calle DIRECCION000, número NUM000 de esta población, de la que es legítimo propietario, siempre y cuando le siga acogiendo en su domicilio y le atienda y preste con el mayor esmero, cuantos cuidados y servicios precise, cuya cesión le hará como compensación y en pago de todo ello, y como reconocimiento y agradecimiento de tales atenciones, supuesto la continuidad del buen trato que le viene dispensando. Y en prueba de ello y para darle seguridad a la nombrada doña Concepción de que su buen comportamiento en relación con el señor Silvio será recompensado por éste, además de su agradecimiento, con la cesión o adjudicación en pago de la referida casa, firman ambos el presente documento». De todo ello, la STS dedujo que «la índole de tales prestaciones se refleja, dentro de una primera consideración, en la correlativa inidoneidad de las mismas para servir de causa onerosa ('en pago'; 'cesión o adjudicación en pago'), guardando por el contrario clara armonía con la causa gratuita que no puede por menos que hacerse presente en diversos pasajes ('reconocimiento y agradecimiento'; 'además de su agradecimiento'), y si originariamente ya se patentiza el carácter gratuito o no oneroso —dato éste que debe retenerse para observar, desde otro punto de vista, la buscada eficacia actual, tomando en la obligada consideración los actos posteriores— desde otro ángulo b) La calificación que merece lo plasmado en el documento no ha de ser otra que la de la donación promisoria o donación 'in promittendo' ya que obviamente no se transmitió la finca y es éste justamente lo que en el juicio se persigue».

21. Probablemente el argumento de la STS reproducido en el texto está formulado más sobre la presuposición de que esas prestaciones constituirían una «causa torpe», que era la solución tradicional que la Constitución vendría a excluir, según LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, IV. cit., pp. 12 y 21-22. Pero lo cierto es que tampoco se puede excluir taxativamente que estuvie-

transmisión de la finca significaba como fin (para en sus días y caso) no era un efecto jurídico inmediato a obtener de (¿por?) la cootorgante»²².

Años más tarde, el contrato de alimentos concertado ya con claridad, y menos obstáculos contextuales, entre los miembros de una pareja de hecho se ha considerado válido en las STSJ Galicia 17 enero 2002²³ y SAP Lugo 16 septiembre 2002²⁴, en sendos casos en que su validez fue impugnada sin éxito por los legitimarios del disponente de los bienes una vez que este falleció. En cambio, la más reciente SAP Madrid 6 marzo 2023²⁵ ha sostenido un criterio contrario, la nulidad del contrato de alimentos, sin que existieran siquiera legitimarios, pues los herederos que impugnaron el contrato eran hermanos del causante, que parece que ni siquiera había otorgado testamento. Para la SAP: «La relación de pareja (...) impide considerar que exista onerosidad en el contrato, puesto que las atenciones personales, comunicativas y afectivas, van ínsitas en esa relación»²⁶.

Ciertamente en este último caso el considerable valor del patrimonio atribuido mediante el contrato impugnado podría haber pesado mucho en el ánimo de la SAP, que dijo literalmente: «Es claro que D. Serafín no tenía descendientes ni ascendientes y que por tanto podía disponer libremente de sus bienes, que inclu-

ran presentes en la consideración de la STS el examen atento y la interpretación del documento debatido, en el que hay que convenir que no se apreciaba que se establecieran auténticas obligaciones a cargo de la concubina, lo que podía apuntar más bien a una promesa de donación remuneratoria, pues ya sabemos que el contrato de alimentos es necesariamente oneroso.

22. Se añadía en la STS que «la total ineficacia aparece no sólo como una indeclinable consecuencia de la radical ineficacia de la figura de la promesa de donación, sino también de que aun valiendo como donación y aun prescindiendo en tal tesis de la omisa exigencia de forma ‘ad solemnitatem’ que le sirvió al Juez del primer grado para la desestimación de la demanda, si ahora y como la demanda postula se cumpliera con la entrega de la finca, se arriesgaría la última voluntad del donante quien en trance de ordenarla en el testamento de 3 de junio de 1971 favoreció cuanto le fue posible el hijo común, omitiendo toda referencia y tomar en consideración de algún modo el contenido del documento de 1953, acaso por haber favorecido a la demandante ya con anterioridad». Esta llamada al testamento como instrumento adecuado para realizar estas disposiciones de bienes, más remuneratorias que propiamente onerosas, reaparecen en la SAP Madrid 6 marzo 2023 de la que trataremos a continuación.

23. ROJ: STSJ GAL 211/2002.

24. ROJ: SAP LU 777/2002. Esta SAP y la citada en la nota inmediatamente anterior están invocada oportunamente por REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, cit., p.150, nota 265.

25. ROJ: SAP M 6384/2023.

26. La SAP sostiene que «D. Serafín reconoció, un mes después de la escritura de cesión de bienes a cambio de alimentos, que Dña. Consuelo, a quien consideraba ‘amiga íntima’ le daba asistencia personal y afectiva, que vivía en familia con ella, que estaba agradecido por los cuidados que le dispensaba y que tenía su cariño, pero estas expresiones no hacen referencia a la contraprestación propia del contrato de cesión de bienes concertado, pues la convivencia o la relación de pareja, ya conlleva esas atenciones y de hecho la propia Doña Consuelo reconoció en prueba de interrogatorio que se habían comprometido a ‘cuidar el uno del otro’, sin que entonces pueda deducirse que fueran las obligaciones propias del contrato, cuando además se venían prestando con anterioridad». Por lo demás, el argumento de que la unión de hecho comporte deberes mutuos entre los convivientes había ya sido contundentemente rechazado por la citada STSJ Galicia 17 enero 2002 (ROJ: STSJ GAL 211/2002)

so puede admitirse que es difícil valorar la importancia que para una persona puede suponer el vivir acompañado, principalmente cuando se tiene una edad avanzada o un deteriorado estado de salud, pero cuando se decide transmitir un importante patrimonio, casi íntegro, a través de este contrato, se exige proporcionalidad, y si se valora en 1.400.000 € a cambio de atenciones afectivas, personales y cuidados, en persona con un delicado estado de salud y de 78 años de edad a la fecha de la escritura, no se entiende cumpla el citado requisito, pues el contrato se rige por la voluntad de las partes que debe ser interpretada de acuerdo con las circunstancias existentes y en este caso se estima que existe desproporción entre las prestaciones, por lo que el contrato carece del requisito analizado»²⁷.

Los dos argumentos que aparecen en el texto acabado de citar deben examinarse por separado. El primero no puede convencer: la relación de pareja no lleva consigo un específico régimen jurídico de deberes personales equiparable al del matrimonio, y, además, por definición, esos hipotéticos deberes no tendrían carácter estable, pues precisamente lo que caracteriza a la unión de hecho es que sus efectos pueden cesar en cualquier momento, mientras que ello no es así en los deberes derivados del contrato de alimentos. Que exista un paradójico contraste en la conducta de los miembros de la pareja que no quieren formalizar su unión como matrimonial, pero sí quieren contratar deberes paralelos a los del matrimonio, no debe quitar valor al significado jurídico de sus libres decisiones. Por tanto, a mi juicio se debe afirmar la posibilidad de que el contrato de alimentos se concierte entre los miembros de una pareja²⁸.

Este argumento de la SAP contrario a la contratación de alimentos entre los que conviven como pareja no casada, lo hemos visto antes aplicado por alguna doctrina también al contrato de alimentos entre cónyuges, lo que entonces se

27. Sigue argumentando la SAP: «no se niega que D. Serafín pudiera transmitir todos sus bienes a Doña Consuelo si era su deseo, pero eligió una fórmula contractual, es decir, no lo hizo por testamento, donación o cualquier otra figura jurídica que así lo permitiera, y este contrato de vitalicio precisa unos requisitos para su validez que, por lo expuesto, se considera no concurren y ello sin desconocer que por las periciales practicadas ha quedado acreditado que D. Serafín suscribió contrato privado de alimentos con similar contenido a la escritura objeto del presente, y otros documentos como la declaración jurada a la que antes se hizo referencia o la autorización al letrado Sr. Gregorio para la inscripción registral de esta escritura de fecha 18 de febrero de 2015, cuyo contenido confirmó, pero que la voluntad de alguien pudiera considerarse que es transmitir los bienes a través de este contrato, no implica que la causa exista, pues en los contratos onerosos se entiende por causa, de conformidad con lo establecido en el art. 1274 CC la prestación o promesa de una cosa por la otra parte, y en el contrato de vitalicio, se exige, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo antes reseñada, onerosidad y proporcionalidad, y como se ha dicho, en este supuesto, valoradas las circunstancias, no se considera concurre». Aparece en este fragmento un dato que suele ser relevante a los efectos de la invalidez del contrato: la pretensión de transmitir todos los bienes mediante el contrato como un dato sospechoso de simulación; cfr. REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, cit., pp.144 y ss. Aunque en mi opinión ese dato no puede ser determinante del fraude: el único que puede serlo es la falta de proporcionalidad entre las prestaciones contractuales.

28. Ya LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 19, sostenía que el contrato de mantenimiento entre convivientes de hecho es válido y en ese caso «hay que dejar operar a la libertad contractual».

hace con mucho mayor motivo, pues no cabe duda de la existencia de unos deberes matrimoniales contenidos en la ley que se superponen con los derivados del contrato. Por tanto, las afirmaciones de esta SAP pueden proyectar una tacha de sospecha de fraude sobre todos los contratos de alimentos celebrados entre los miembros de una pareja o entre los cónyuges, lo que, a mi juicio, no resulta en absoluto correcto.

Por otra parte, en lo que hace al segundo argumento utilizado por la SAP comentada, que puede haber sido el determinante del fallo, tampoco es fácil de compartir. La total equivalencia de las prestaciones no puede exigirse como un elemento constitutivo de un contrato aleatorio en que justamente se quieren contemplar unas circunstancias relativamente imprevistas, pero temidas, como son las necesidades derivadas de las limitaciones personales por enfermedad y vejez; por eso en el contrato hay carácter oneroso, pero no perfecta conmutatividad; pero, pese a ello, es cierto que una absoluta desproporción entre las prestaciones no puede fundamentar adecuadamente las atribuciones patrimoniales en perjuicio de tercero. No me resulta fácil discutir la corrección de la solución a que un Tribunal ha llegado en un supuesto concreto en el que cuenta con todos los datos, mientras que el crítico solamente conoce los elementos fácticos que se le ofrecen en la resolución publicada. No obstante, en este caso debo discrepar de la conclusión y de las razones alegadas para sostenerla: los argumentos esgrimidos no resultan suficientes para proteger a los herederos no forzosos, pues entiendo que el desequilibrio de las prestaciones solamente puede tomarse en consideración cuando constituya un fraude de las legítimas o de los acreedores, y no en un caso como este en que únicamente se defiende a los herederos intestados.

Volveremos más adelante sobre la idea de proporcionalidad de las prestaciones derivadas del contrato, porque ya podemos apreciar que este es un obstáculo que se presenta en las impugnaciones de los contratos de alimentos, aunque se hayan celebrado con personas diferentes al cónyuge (normalmente con los descendientes del disponente o, incluso, con quienes no sean legitimarios). Por eso la más abundante jurisprudencia en esa otra materia nos podrá ayudar en nuestro específico supuesto.

4. El contrato de alimentos a favor del cónyuge o del conviviente en pareja

El segundo tipo de contrato que voy a examinar consistiría en aquel en que uno de los cónyuges transmita los bienes a un tercero, que quedará obligado a prestar los alimentos al otro cónyuge.

En mi opinión sería bastante normal que en este caso los alimentos concertados con el tercero se deban prestar a ambos cónyuges²⁹; y, probablemente,

29. Se debe recordar que así se concertó el contrato del caso de la STS 18 enero 2001 (ROJ: STS 188/2001), aunque el problema se complicó posteriormente, cuando murió uno de los cedentes,

también lo sea, que los constituyentes, esto es los transmitentes, fueran también ambos cónyuges, porque los bienes objeto del contrato tuvieran naturaleza ganancial³⁰. Pero nada impide que sea un solo cónyuge quien concierte el contrato con un tercero que debe cuidar únicamente no del cedente de los bienes, sino del otro cónyuge.

Por tanto, dependiendo de que concurran unas u otras circunstancias, estaríamos ante un contrato con una posible pluralidad subjetiva en la parte transmitente de los bienes y con esa misma pluralidad subjetiva en la parte acreedora de los alimentos; o bien, ante una simple estipulación a favor de tercero, si quien transmite los bienes al alimentante prevé que el acreedor de alimentos sea su propio cónyuge³¹. Para admitir alguna de estas alternativas contractuales desaparecería el principal obstáculo que hemos visto alegado para la otra clase de contrato de alimentos, porque aquí el obligado a prestar los alimentos lo estaría exclusivamente en virtud del contrato y no por la ley.

Naturalmente, no estamos a salvo de que se aprecie también en estos supuestos una falta de proporcionalidad de las prestaciones contractuales, porque no cabe duda de que la atribución de bienes por uno o ambos cónyuges se justifica como negocio oneroso en tanto sirva para la atención a unas cargas de alimentos realmente existentes; o tampoco se puede impedir que entre en juego la sospecha de fraude que pesa a veces sobre el contrato de alimentos en general; ni tampoco podemos evitar que el contrato esconda un negocio fiduciario si el cesionario de los bienes se comprometiera a entregarlos al cónyuge acreedor de alimentos³².

y su viudo contrajo matrimonio con la persona obligada a alimentos; en todo caso, el contrato se impugnó después del fallecimiento de ambos cedentes.

30. Supuestos de ese tipo se pueden ver en aparecer en los hechos probados de las SSTs 25 mayo 2009 (RJ\2009\2417), 1 julio 2003 (RJ\2003\4321) y 2 julio 1992 (RJ\1992\6502); así como en las SSAP Huelva 19 enero 2010 (ROJ: SAP H 8/2010), Madrid 6 octubre 2009 (ROJ: SAP M 12377/2009), La Coruña 30 junio 2008 (ROJ: SAP C 1881/2008), La Rioja 12 junio 2007 (ROJ: SAP LO 384/2007), Badajoz 29 enero 2004 (JUR\2004\84855) y Baleares 2 mayo 2001 (ROJ: SAP IB 1217/2001); si bien, en ninguno de estos procedimientos se hacía cuestión de la validez del contrato desde el punto de vista de la cualidad subjetiva de los disponentes. Se trataba en ellos, más bien, sobre los problemas comunes a todos los contratos de alimentos: incumplimientos, posibles lesiones a los legitimarios, etc. También se contemplaban supuestos de este tipo, sin ponerlos en cuestión, en las RRDGSJFP 28 junio 2023 (JUR\2023\347590) y 28 noviembre 2022 (RJ\2023\3627); así como en la RDGRN 26 abril 1991 (JUR\1991\1930).

31. La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, que introdujo la figura en el CC, se refirió a la posibilidad de usar la estipulación a favor de tercero para otro caso diferente: «Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil». En general sobre la estipulación de alimentos que se deben prestar a un tercero no contratante: MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Cizur Menor, 2009, p. 79; CALAZA LÓPEZ, *El contrato de alimentos como garantía de asistencia gratuita*, Cizur Menor, 2019, pp. 179 y ss.

32. Se refiere a esta posibilidad REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, cit., pp.150-151, y califica entonces el contrato como nulo por falta de causa. Quizá, en realidad, pienso que lo que quiere decir la autora es que hay una causa falsa.

Habrá que atender, entonces, para resolver los supuestos en que se aleguen estas patologías, a los criterios aplicados a los contratos entre cónyuges o a los que resulten procedentes en función de los hechos. Un problema específico que puede aparecer es el de la formalización del contrato por un solo cónyuge, cuando se trata de bienes gananciales; y otro, si para la resolución del contrato por mutuo disenso debe consentir el cónyuge del cesionario que estaba casado bajo el régimen de gananciales y que había inscrito el inmueble recibido como ganancial: en sentido afirmativo, RDGRN 30 septiembre 2011³³.

En cualquier caso, entiendo que se debiera tener en cuenta, que en lo que hace al disponente de los bienes, estos mecanismos son un modo con el que pretende cumplir con cargo a tercero los deberes conyugales repetidamente invocados en estas páginas. Y, más en concreto, en lo que se refiere específicamente al uso de los bienes gananciales para contratos de este tipo, podríamos considerar que estamos ante atenciones de previsión que según nuestro art. 1362.1^a CC³⁴ constituyen una deuda ganancial, y en este concepto de previsión podría incluirse el contrato de alimentos aquí mencionado. Para otros r g menes económicos no veo dificultad alguna en calificar estos gastos como empleados en la atención de las cargas del matrimonio (cfr. art. 1318 CC) que se ponen en manos del tercero.

II. LA RELACIÓN DE PARENTESCO ENTRE LOS CONTRATANTES COMO UN DATO QUE CIERTA JURISPRUDENCIA ALEGA PARA TRATAR CON MAYOR PREVENCIÓN ESE PRECISO CONTRATO DE ALIMENTOS

Hemos comprobado antes que la coexistencia en una misma conducta debida de dos fuentes diferentes, legal y contractual, constituye un factor utilizado en ocasiones para negar la posibilidad del contrato de alimentos entre cónyuges. Con más generalidad, fuera del ámbito de la contratación entre cónyuges, que tan escasa jurisprudencia suscita, puede observarse un argumento parecido en la más abundante jurisprudencia que examina los contratos celebrados con los parientes (normalmente los hijos del cedente). En ese caso a veces se invocan dos razones para poner en sospecha la celebración del contrato en esas circunstancias: la existencia de un deber legal de alimentos entre las partes, o los genéricos deberes filiales que ya tienen los sujetos que ahora pretenden quedar obligados por los alimentos contractuales. En realidad, ninguno de estos argumentos tiene consistencia, porque hay mucha distancia entre el deber legal de alimentos, previsto para casos de necesidad, y los alimentos derivados del contrato, que no parten de ese hecho; y estos últimos también están lejos de los simples deberes filiales de cuidado, que no se mueven exactamente en el marco de lo jurídico, sino más bien en el de los deberes morales o sociales.

33. JUR\2011\448802.

34. Habla literalmente de «las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia».

Un ejemplo de esta visión, a la que acabo de aludir críticamente, es la afirmación que hizo la STS 15 febrero 2022³⁵: en el contrato enjuiciado «no se exigía al hijo nada que no forme parte del contenido natural de la relación paterno filial y del respeto debido a los deseos de los padres acerca de cómo quieren desarrollar la etapa final de su vida. Ello por cuanto el padre tenía medios económicos para organizarla conforme a su voluntad sin necesidad de ceder todos sus bienes al hijo». Poco tiempo después se ha pronunciado en términos muy similares la SAP Huelva 9 marzo 2022³⁶, para la que «esta clase de negocios jurídicos tiene un objeto y una causa reconocida y lícita», pero «deben ser examinados con cierto cuidado en aquellos supuestos en los que se constata que la cesión de bienes se hace en favor de quien, además, por su vinculación familiar directa, tiene ya de por sí una obligación legal de prestar alimentos, una asistencia muy similar a la contratada». Por esa razón, continúa, «dado que quienes ceden el inmueble, que todos están conformes que constituye la parte principal del patrimonio ganancial y probablemente también la mayor parte del caudal hereditario de ambos, lo transmiten a una hija y a su esposo, es necesario que quede claramente demostrado que existía alguna razón añadida para este intercambio, con cruce de prestaciones recíprocas».

En mi opinión, es probable que esta idea que critico se haya añadido como un recurso dialéctico para reforzar decisiones que proceden por otros motivos: en concreto, por la valoración judicial que se ha hecho en cada caso del notorio desequilibrio de las prestaciones contractuales. Pero, en sí misma me parece una idea peligrosa, porque sirve para seguir difundiendo la sospecha sobre el contrato de alimentos, que es obvio que puede encubrir propósitos fraudulentos, pero que no lo es de suyo, aunque en él contraten personas cercanas en el parentesco o en los afectos.

Por eso, como punto de partida, me parece mejor entender, con la SAP Granada 31 marzo 2023³⁷, «que la invocación, en abstracto, de las obligaciones legalmente exigibles entre parientes para inducir la ilegitimidad e ilegalidad del contrato de alimentos cuando se concierte entre parientes supone desactivar en gran medida la eficacia de la norma y prescindir claramente del contexto que la propicia, puesto que no puede haber la menor duda de que son los parientes interesados por las personas dependientes los que están llamados a percibir en primer término las necesidades de las mismas y a darles respuesta y quienes pueden inspirar confianza a dichas personas, por lo que consideramos que se aparta del espíritu y finalidad legislativa la consideración —en abstracto, insistimos— de que la concurrencia de una obligación legal de prestar alimentos entre parientes alimenta la sospecha de simulación y sirve de sustento a la presunción de defraudación de derecho hereditarios».

35. ROJ: STS 608/2022.

36. ROJ: SAP H 121/2022.

37. ROJ: SAP GR 109/2023. Expresa ideas parecidas a las de esta SAP, REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, cit., p.149.

Este juicio queda reforzado teniendo en cuenta, ahora con las SSAP Málaga 27 abril 2021³⁸ y 4 mayo 2021³⁹, que la obligación a cargo del adquirente no es «una simple prestación económica (art. 1791 del CC) sino también de asistencia y cuidado. No podemos por tanto admitir que por existir la obligación-derecho legal de alimentos entre parientes, no pueda concertarse un contrato de alimentos». Pues, en definitiva, «no se puede admitir (...) la genérica conclusión de que por existir la obligación-derecho legal de alimentos entre parientes —hijas, padre—, lo que se pretendía era convertir dicha obligación de la demandada en onerosa en perjuicio de su padre»⁴⁰. Es más, lo razonable ante una necesidad de alimentos, será buscar esa ayuda primeramente entre los parientes más cercanos, que están en mejores condiciones para atender adecuadamente las necesidades de afecto y convivencia⁴¹; de ahí que comenzáramos estas páginas aludiendo a la extrañeza que produce que el régimen legal del contrato de alimentos no presente ninguna traza de esta realidad familiar en su regulación.

III. LA ABSOLUTA DESPROPORCIÓN ENTRE LAS PRESTACIONES COMO ÚNICO FACTOR RELEVANTE PARA LA IMPUGNACIÓN POR FRAUDE DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

Debemos tener presente que el contrato de alimentos tiene una configuración legal como aleatorio; por tanto, cuenta con un carácter oneroso, pero no conmutativo. Lo tuvo claro alguna antigua decisión de la jurisprudencia acerca del contrato de vitalicio, cuando se le planteó la cuestión de la aplicabilidad a ese caso del art. 1790 CC, que definía y define el contrato aleatorio afirmando que: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado».

En concreto, para la ya citada STS 18 enero 2001⁴², en respuesta a esta objeción, afirmó que: «la palabra ‘en equivalencia’ contenida en aquel artículo [1790 CC], (...) significa la relación de las prestaciones, sometidas al alea; en ningún caso tiene el sentido, que parece darle el recurrente, de precisar ser equivalentes las prestaciones, pues ello sería convertir el contrato en conmutativo e incluso ir más allá pues en éstos no se exige que, siendo bilaterales, las prestaciones de cada parte sean equivalentes, pues basta el consentimiento no viciado de las partes para llegar a la perfección del contrato».

38. ROJ: SAP MA 2524/2021.

39. ROJ: SAP MA 2518/2021.

40. Vid. SAP Jaén 29 octubre 2020 (ROJ: SAP J 1305/2020).

41. ASÍ REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, cit., p.149.

42. ROJ: STS 188/2001.

La doctrina expresada en estas palabras tan certeras y que compartimos plenamente se ha aplicado después pacíficamente en otros casos. Así, entre otras, la SAP Toledo 26 septiembre 2016⁴³: «sin que haya de tenerse que valorar una equivalencia de las prestaciones»; o la SAP Guipúzcoa 5 febrero 2024⁴⁴: «El contrato de vitalicio, si bien oneroso, ni es conmutativo, en el sentido de que deba existir una equivalencia de prestaciones, ni deja de ser aleatorio, de manera que varía en su resultado preciso por circunstancias imponderables; y por otra parte, las prestaciones no se resuelven puramente en lo material o contable, al concurrir unos requerimientos afectivos personales, imposibles de cuantificar».

También en esta misma línea resultan muy relevantes ciertas afirmaciones de la reciente STS 15 febrero 2022⁴⁵:

a) «El carácter oneroso del contrato de alimentos, que lo distingue de la donación, requiere que la contraprestación a la que se obliga el cesionario se conciba por las partes como contraprestación o correspectivo de la cesión de bienes, e impide a los herederos forzosos del cedente invocar la vulneración o el fraude de sus derechos»;

b) «dada la función típica asistencial del contrato, deba atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales)»⁴⁶;

c) «la requerida onerosidad del contrato no puede prescindir de la característica de la aleatoriedad con la que el legislador ha configurado típicamente este contrato».

d) «Este posible contenido personal y asistencial del contrato de alimentos debe ser tenido en cuenta a la hora de ponderar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, la existencia de una razonable proporción entre las prestaciones asistenciales asumidas por el alimentante y el valor de los bienes cedidos por el alimentista».

Pero en el caso de esta última STS, finalmente se declaró nulo el contrato por tener causa ilícita, que estribaría en haber sido realizado para perjudicar los derechos imperativos de los legitimarios⁴⁷. En mi opinión la solución de la STS de que

43. ROJ: SAP TO 802/2016.

44. ROJ: SAP SS 139/2024.

45. ROJ: STS 608/2022.

46. Obviamente las atenciones personales y afectivas resultan de difícil cuantificación: BERENGUER ALBALADEJO, *El contrato de alimentos*, Madrid, 2013, p. 268 y CALAZA LÓPEZ, *El contrato de alimentos como garantía de asistencia gratuita*, cit., pp. 136-137.

47. Fundamentalmente se alegaron tres razones por parte de la referida STS: a) «la Audiencia no ha valorado correctamente las circunstancias concurrentes en el caso y que, puestas en relación de manera conjunta, conducen a entender que no existió un contrato de alimentos sino que la verdadera intención de los otorgantes del contrato litigioso fue que el demandado, con quien sin duda el padre tenía una especial relación personal y de afecto, recibiera sus bienes sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios. En su recurso de apelación el demandado no cuestionó los datos económi-

existiera en el caso una cierta ineficacia del contrato de alimentos se puede compartir, pero es difícil hablar de ilicitud de la causa; la validez de los contratos de alimentos solamente está comprometida si existiera una simulación por la falta real de contraprestación, y entonces se trataría de un contrato sin causa, lo que no era el caso. En cambio, si lo que hay es una simple desproporción entre las prestaciones, que es lo que parece, no debe decirse que hay simulación, porque los negocios aleatorios precisamente se caracterizan por aceptar las partes, y el propio ordenamiento, la eventualidad de que ese desequilibrio se produzca, como la propia STS reconoce (cfr. letra c, en el texto que se citó antes).

En nuestra opinión, entonces, esta desproporción injustificada entre las prestaciones debe resolverse mediante la rescisión por fraude de las legítimas⁴⁸, a la que se alude en el art. 88.1 LCS, que no por casualidad es una norma aplicable a otro contrato aleatorio como es el de seguro: «La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra

cos en que se apoyó la sentencia del juzgado para apreciar la desproporción entre las prestaciones de las partes»;

b) «no se exigía al hijo nada que no forme parte del contenido natural de la relación paterno filial y del respeto debido a los deseos de los padres acerca de cómo quieren desarrollar la etapa final de su vida. Ello por cuanto el padre tenía medios económicos para organizarla conforme a su voluntad sin necesidad de ceder todos sus bienes al hijo»;

c) «son indicios que permiten concluir que no concurre la onerosidad requerida en el contrato de alimentos la desproporción absoluta entre las prestaciones de las partes atendiendo al valor de los bienes transmitidos y a las previsibles posibilidades de vida del cedente dada su edad frente a las escasas exigencias y compromisos asumidos por el cesionario». En la doctrina se ha insistido en que la desproporción entre las prestaciones debe ser «exagerada, palmaria o extraordinaria»: BERENGUER ALBALADEJO, *El contrato de alimentos*, cit., p. 272; de «cierto equilibrio, que no equivalencia» habla ECHEVERRÍA DE RADA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Madrid, 2010, p. 32.

48. Estoy de acuerdo con VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, I, Madrid, 1974, pp. 1191-1192, en que el fraude a las legítimas se puede producir también mediante contratos onerosos, que obviamente no se pueden entender nulos pues ello supondría darles un tratamiento diverso, e injustificado, al que se depara a los contratos gratuitos, que solamente serían objeto de reducción si perjudican las legítimas, pero nunca nulos. El autor sigue en esto a la STS 6 mayo 1902 (ROJ: STS 180/1902) que rechazó que fuera pertinente entender nulo por ilicitud de su causa, que consistiría en el fraude a las legítimas, el contrato de compraventa examinado, sino que apuntó a la rescisión como vía adecuada para proteger a los legitimarios. Lo hizo con estas palabras: «siendo efectivo o real el contrato de venta (...) puesto que en la sentencia recurrida se afirma que no fue simulado, y dándose en el mismo el concurso de cosa y precio, parte del cual fue entregado por el comprador en el acto del otorgamiento de la escritura, aunque no se estime probado el recibo anterior de la otra parte confesada por la vendedora, es visto que al declarar la Sala la nulidad de dicho contrato, por obedecer en su sentir a causa ilícita, entendiendo que lo es el propósito de Doña Concepción Uceda de privar a su hija Doña Josefa Moreno de la legítima materna y de impedir que a su fallecimiento percibiera un crédito reservable no afecto especialmente a las fincas vendidas, ha infringido los arts. 1274 y 1275 del Código civil, aquél por su errónea interpretación y éste por su aplicación indebida; tanto más cuanto que si por consecuencia de la enajenación hubiere quedado Doña Josefa defraudada en sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de causa, sino la de rescisión de un contrato válido celebrado en su perjuicio, acción rescisoria que aunque se ejercitó en la demanda conjuntamente con aquélla, fue desestimada en la sentencia, sin que contra tal pronunciamiento se haya recurrido por la parte a quien pudiera perjudicar».

las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos».

En la norma, repárese, se va a mantener incólume la indemnización percibida por el beneficiario (que será a título gratuito), pero no se consideran directamente las primas como donación (indirecta) computable, sino que se habla del posible fraude a las legítimas que hay que pensar que se refiere al caso en que este se haya producido por la descapitalización del contratante: ¡un contrato de seguro con primas razonables y normales no lo produce de suyo! No nos debemos parar en la interpretación detallada de la norma, que a mi juicio no impide que, cuando las primas del seguro sean moderadas y usuales, las califiquemos como simples «atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia», en los términos del art. 1362.1 CC, que atienden al riesgo que el fallecimiento de uno de los cónyuges supone en la estabilidad patrimonial del superviviente.

Pero hay que centrarse en nuestro contrato de alimentos, en el que el fraude debemos entender que se puede producir en los casos de una notoria desproporción entre las prestaciones previstas en él, lo que conllevaría entonces que debamos tomar en cuenta la atribución patrimonial que resulte excesiva para lograr los fines del contrato, a los efectos de calcular las legítimas. Este tratamiento del contrato de alimentos como fraudulento tiene diversas ventajas, frente a las soluciones habituales en la jurisprudencia, que hablan de su nulidad o simulación; estas ventajas me parece que son: aplicar un régimen de ineficacia más ajustado al problema existente, que es el de la lesión de la legítima que no afecta a la estructura del contrato, sino a su posterior eficacia; respetar en mayor medida la naturaleza aleatoria del contrato de alimentos, que no requiere una total equivalencia de las prestaciones; permitir motivar mejor desde el punto de vista cuantitativo las decisiones de cada uno de los casos, pues alienta a formular con transparencia qué desequilibrios se consideran admisibles y cuáles no, cuantificando las prestaciones producidas en realidad; y situar el problema en su adecuado contexto que es el de la calificación de las atribuciones patrimoniales, como onerosas o gratuitas, su influencia en el cálculo de las legítimas y la eventual corrección de los efectos transmisivos del contrato mediante su reducción en lo que resulte lesivo de los herederos forzosos, pero sin ir más allá.

Lo trascendente que esta visión de las cosas puede llegar a ser en la práctica jurisdiccional la podríamos ejemplificar en el caso de la antes citada SAP Madrid 6 marzo 2023⁴⁹, en la que la ineficacia del contrato de alimentos fue planteada por los herederos no forzosos, pese a lo cual el contrato de alimentos concertado por el causante se declaró nulo, lo que nunca hubiera sucedido si se hubiera tenido clara la idea defendida más arriba.

Ciertamente cualquier desproporción de las prestaciones no debería tener trascendencia a los efectos de computar el exceso para calcular las legítimas,

49. ROJ: SAP M 6384/2023.

puesto que alguna relevancia debería tener el hecho de que el ordenamiento permita el contrato aleatorio; pero carecemos de un punto de referencia seguro capaz de traducir cuantitativamente para el contrato de alimentos cuándo la desproporción entre las prestaciones es inadmisibles y saca parcialmente al contrato de su condición de oneroso y lo introduce en la condición de gratuito. Existe la notable excepción de los criterios que proporciona alguna norma fiscal⁵⁰, interesante de tomar en consideración, pero en la que pesan demasiado los aspectos recaudatorios, y están ausentes por completo los aspectos afectivos y de acompañamiento que motivan los contratos en que se prevén cuidados personales. No obstante, al menos estamos ante una aproximación normativa que puede resultar valiosa de cara a la interpretación que se pueda admitir en el futuro en la jurisdicción civil. Otra de las normas en que se aborda el fraude por desequilibrio, esta vez en el Código civil, es la rescisión en la partición, en la que el margen tolerado es un poco mayor, la cuarta parte (cfr. art. 1074 CC).

En definitiva, el contrato aleatorio admitido por el ordenamiento no parece que deba ser objeto de un tratamiento que lo convierta en sospechoso salvo que *a posteriori* demuestre la perfecta equivalencia de sus prestaciones. Basta la existencia de prestaciones recíprocas para incluir el contrato entre los onerosos, si bien no es suficiente ese dato para librarlo de la posible sospecha de fraude a las legítimas o a los acreedores. Evidentemente, en el caso del contrato de alimentos entre cónyuges o en beneficio del cónyuge, el problema de la proporcionalidad de las prestaciones se ve agravado en otro sentido: al menos una parte de las prestaciones de alimentos va a ser percibida no por el transmitente de los bienes (de cuya sucesión se trata), sino por su cónyuge viudo, lo cual puede considerarse como una liberalidad indirecta hecha a este, pero la cuantificación de esta

50. Dice el art. 14.6 TRLITPAJD; «Cuando en las cesiones de bienes a cambio de pensiones vitalicias o temporales, la base imponible a efectos de la cesión sea superior en más del 20 por 100 y en 2.000.000 de pesetas a la de la pensión, la liquidación a cargo del cesionario de los bienes se girará por el valor en que ambas bases coincidan y por la diferencia se le practicará otra por el concepto de donación». En definitiva, para la presente norma el contrato de alimentos en que las prestaciones alcancen un determinado desequilibrio, o supere el desequilibrio una determinada cantidad, se considerará mixto a efectos fiscales. La más que probable inconstitucionalidad de esta norma fiscal, precisamente en razón de imponer una presunción *iuris et de iure* del carácter mixto del contrato, está tratada con acierto por RIVAS ANDRÉS, «Últimas novedades en la tributación del «Contrato de Alimentos». Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2020 (recurso 5171/18)», *cit.*, pp. 10 y ss. (edición electrónica). Se puede ver también STS 11 noviembre 2020 (sala tercera, ROJ: STS 3715/2020): «En opinión de este Tribunal Supremo, el precepto guarda cierta semejanza con el artículo 14.7 del Texto refundido, declarado inconstitucional y nulo por la STC 194/2000, de 19 de julio, en tanto se presume *iuris et de iure* el carácter gratuito o lucrativo de una parte de un negocio jurídico, seccionando su causa negocial, en lo que excede el valor de la cesión (en este caso, la del inmueble objeto de la prestación) del 20 % del valor de la pensión. Sin embargo, es dudoso, no ya solo que concurra esa diferencia de valor de las mutuas prestaciones, sino incluso la propia aplicabilidad al caso del precepto, referido a pensiones temporales o vitalicias, que son figuras jurídicas distintas a la obligación de alimentos, sean legales o voluntarios. Aunque en ambos casos habría un elemento aleatorio, no tenemos la certeza de que los alimentos comprometidos por las hermanas Angustia Zulima puedan ser análogicamente reputados pensiones, contrariando la prohibición de la analogía del artículo 14 LGT, tan continuamente invocado por todas las Administraciones».

liberalidad en el cálculo legitimario del difunto sería imposible de realizar hasta que fallezca su viudo. En realidad, para solucionar la perplejidad a que conduce lo anterior, hay que resaltar que lo único computable a efectos de calcular las legítimas es lo que salió indebida o fraudulentamente del patrimonio del causante, pues lo que terminaría entrando en el patrimonio del cónyuge supérstite depende del doble alea de la duración de su vida y de las necesidades de cuidados que se le presenten.

IV. ¿CÓMO REDUCIR LAS IMPUGNACIONES JUDICIALES DEL CONTRATO DE ALIMENTOS POR LOS FUTUROS LEGITIMARIOS O AL MENOS SU VIABILIDAD?

Se advierte en la práctica el uso de algunos expedientes preventivos que pueden reducir el éxito de las futuras impugnaciones del contrato de alimentos; en concreto, el consentimiento prestado por la totalidad de los herederos forzosos, sean o no parte en su celebración.

Es cierto que no será factible en multitud de ocasiones obtener ese consentimiento, por la falta de colaboración de alguno o de todos los herederos forzosos, pero una prudente e intensa implicación notarial en la preparación de estos instrumentos puede lograrlo en un número apreciable de ocasiones. Se había llegado a un compromiso de ese tipo en las SSAP Granada 24 abril 2023⁵¹ y Cádiz 14 noviembre 2019⁵²; en ninguno de los casos se trataba de contratos entre cónyuges o pareja, que quizá cuenten con una especial dificultad para concitar el acuerdo de los descendientes sobre todo si el matrimonio se produce entre dos personas ancianas, de las que solo una es su progenitor, lo que se puede ver como una amenaza a sus expectativas o ilusiones patrimoniales⁵³. En cambio, si ambos contratantes son los progenitores, sí puede tener más protagonismo este remedio preventivo.

Es importante subrayar que ambas SSAP excluyen que esta concurrencia de los futuros herederos forzosos constituya un pacto sucesorio prohibido. Entiendo

51. ROJ: SAP GR 267/2023: «Tampoco puede configurarse el acuerdo suscrito como un pacto sobre la herencia futura prohibido por el Art. 1271 del Cc, pues no se indica que los demandados dispusieran de los derechos que les pudiera corresponder en la herencia de la madre, sino que la intención de estos fue la de mostrar su conformidad con la cesión de los bienes que llevaban a cabo la única persona legitimada para ello, D^a Cecilia, a cambio de la asistencia y manutención que hasta sus últimos días se había comprometido la actora».

52. ROJ: SAP CA 1907/2019: «El pacto suscrito no contiene, por tanto, ningún acuerdo sobre herencia futura otorgado por los hijos de la causante en vida de ésta, pacto prohibido por el artículo 1271.2 CC, y no entraña, en consecuencia, una renuncia a herencia futura que está vedada a la libre determinación de las partes de conformidad con el artículo 816 CC».

53. La SAP Lugo 16 septiembre 2002 (ROJ: SAP LU 777/2002) sería un caso evidente en que el contrato de alimentos con la pareja no hubiera podido contar con el concurso de los hijos del cedente de los bienes «cuya asistencia no podía recabar de sus hijos legitimarios por mantener éstos respecto de su padre una actitud de total incomunicación y absoluta indiferencia». Caso parecido el de la STSJ Galicia 17 enero 2002 (ROJ: STSJ GAL 211/2002).

correcta la afirmación: el consentimiento de los hijos no tiene por objeto regular la sucesión de una persona viva, sino acreditar que la calificación del contrato como oneroso y de alimentos es adecuada. Dicho de otro modo, lo que pretende este consentimiento es garantizar que la onerosidad ínsita en la aleatoriedad propia de los alimentos vitalicios está presente en el momento de la génesis del contrato. Lo que se quiere es asegurar con el consentimiento de toda la familia un mecanismo que resuelva preventivamente una situación de incertidumbre que se abre en la tercera edad del alimentista, no tanto que las prestaciones vayan a ser finalmente equivalentes, lo cual depende del cumplimiento o no de factores de incertidumbre que todos los posibles interesados toman en consideración y asumen con antelación. Por tanto, la participación de los posibles futuros legitimarios del alimentista presenta una innegable utilidad para bloquear las impugnaciones oportunistas del contrato por parte de estas personas una vez que ha fallecido el alimentista.

Pero, indudablemente, el mejor y más sencillo mecanismo para salvar los efectos de las posibles impugnaciones del contrato de alimentos es el uso adecuado de las previsiones testamentarias, en las que el cedente beneficie a la contraparte contractual, minimizando el impacto que pueda tener una eventual impugnación exitosa del contrato de alimentos que le une con ella⁵⁴. En el supuesto específico del contrato entre cónyuges o a favor del cónyuge, el uso de las facultades previstas en el art. 831 CC puede constituir también un modo concreto de atender a esa misma eventualidad, si se lo utiliza para atribuir al cónyuge superviviente algunas de las facultades fiduciarias ahí reguladas, incluso aunque se las limiten a los bienes objeto del contrato de alimentos, lo que serviría para desincentivar su impugnación por los legitimarios.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Tribunal Supremo

STS 1 febrero 1876 (ROJ: STS 41/1876)
STS 6 mayo 1902 (ROJ: STS 180/1902)
STS 22 junio 1982 (ROJ: STS 70/1982)
STS 2 julio 1992 (RJ\1992\6502)
STS 18 enero 2001 (ROJ: STS 188/2001)
STS 1 julio 2003 (RJ\2003\4321)
STS 25 mayo 2009 (RJ\2009\2417)
STS 29 septiembre 2014 (ROJ: STS 3853/2014)
STS 11 noviembre 2020 (sala tercera, ROJ: STS 3715/2020)
STS 15 febrero 2022 (ROJ: STS 608/2022)

⁵⁴. También se conoce en la práctica establecer un término en el contrato de alimentos, en función del cual, si el obligado fallece antes de su llegada, el contrato pasa a ser una donación: cfr. en ese sentido, REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, cit., p.148-149.

2. Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Galicia 17 enero 2002 (ROJ: STSJ GAL 211/2002)

3. Audiencias Provinciales

SAP Baleares 2 mayo 2001 (ROJ: SAP IB 1217/2001)
SAP Lugo 16 septiembre 2002 (ROJ: SAP LU 777/2002)
SAP Badajoz 29 enero 2004 (JUR\2004\84855)
SAP Valencia 10 marzo 2005 (ROJ: SAP V 1235/2005)
SAP La Rioja 12 junio 2007 (ROJ: SAP LO 384/2007)
SAP La Coruña, 30 junio 2008 (ROJ: SAP C 1881/2008)
SAP Madrid 6 octubre 2009 (ROJ: SAP M 12377/2009)
SAP Huelva 19 enero 2010 (ROJ: SAP H 8/2010)
SAP Toledo 26 septiembre 2016 (ROJ: SAP TO 802/2016)
SAP Sevilla 21 junio 2018 (ROJ: SAP SE 976/2018)
SAP Cádiz 14 noviembre 2019 (ROJ: SAP CA 1907/2019)
SAP Jaén 29 octubre 2020 (ROJ: SAP J 1305/2020)
SAP Málaga 27 abril 2021 (ROJ: SAP MA 2524/2021)
SAP Málaga 4 mayo 2021 (ROJ: SAP MA 2518/2021)
SAP Huelva 9 marzo 2022 (ROJ: SAP H 121/2022)
SAP Madrid 6 marzo 2023 (ROJ: SAP M 6384/2023)
SAP Granada 31 marzo 2023 (ROJ: SAP GR 109/2023)
SAP Granada 24 abril 2023 (ROJ: SAP GR 267/2023)
SAP Guipúzcoa 5 febrero 2024 (ROJ: SAP SS 139/2024)

4. Doctrina registral oficial

RDGRN 26 abril 1991 (JUR\1991\1930)
RDGRN 30 septiembre 2011 (JUR\2011\448802)
RDGSJFP 28 noviembre 2022 (RJ\2023\3627)
RDGSJFP 28 junio 2023 (JUR\2023\347590)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERENGUER ALBALADEJO, «Pactos de alimentos entre cónyuges: naturaleza jurídica y desistimiento unilateral», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, bis (extraordinario), jul. 2018.
BERENGUER ALBALADEJO, *El contrato de alimentos*, Madrid, 2013.
CALAZA LÓPEZ, *El contrato de alimentos como garantía de asistencia gratuita*, Cizur Menor, 2019.

- DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. Albaladejo), XVIII, 1º, Madrid, 1982.
- ECHEVERRÍA DE RADA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Madrid, 2010.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Repercusiones sucesorias de las atribuciones patrimoniales realizadas por personas mayores que tengan causa alimenticia: en especial, el cálculo de las legítimas», en *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa* (dir. Cañizares Laso/coord. Diéguez Oliva), Valencia, 2023, pp. 328 y ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, «El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del art. 1438 CC», *Actualidad Civil*, nº 1, enero de 2024, Editorial LA LEY.
- LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*, volumen 2º, Barcelona, 1989.
- LAMARCA MARQUÈS, «Trabajo para la casa y compensación económica en el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS 1423/2023, de 17 octubre (RJ 2023, 5702)», *CCJC*, nº 125, mayo 2024.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de familia*, Madrid, 2024.
- MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Cizur Menor, 2009.
- REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Madrid, 2019.
- RIVAS ANDRÉS, «Últimas novedades en la tributación del «Contrato de Alimentos». Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2020 (recurso 5171/18)», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, nº 76, julio de 2021, Editorial Wolters Kluwer (edición electrónica).
- VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, I, Madrid, 1974.

EL BENEFICIARIO DEL SEGURO DE VIDA Y LOS LEGÍTIMARIOS: UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 88 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

Valerio Pérez de Madrid Carreras

Notario

Sumario: I. EL ARTÍCULO 88 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO. II. EL SEGURO DE VIDA «INVERSIÓN» COMO EVOLUCIÓN DEL SEGURO DE VIDA. III. EL SEGURO DE VIDA «TRADICIONAL» Y SU INDEPENDENCIA DE LAS NORMAS FAMILIARES Y SUCESORIAS. IV. EL SEGURO DE VIDA «INVERSIÓN» Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA. 1. COMPUTACIÓN. 2. IMPUTACIÓN. 3. COLACIÓN. 4. INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA. EL TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN LIMITADA ENTRE EL SEGURO DE VIDA Y LA HERENCIA- 1. EL MAL LLAMADO LEGADO DE SEGURO DE VIDA. 2. EL PAGO DE LA LEGÍTIMA CON EL SEGURO DE VIDA. 3. LA DESIGNACIÓN DEL BENEFICIARIO EN TESTAMENTO. ADDENDA. CLÁUSULA TESTAMENTARIA

I. EL ARTÍCULO 88 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

La compleja relación entre el beneficiario del seguro de vida, normalmente el cónyuge viudo y los legitimarios se encuentra regulada en el artículo 88 LCS. El antecedente de este precepto es el artículo 428 CCOM, según el cual *«Las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada, en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquiera clase del que hubiere hecho el seguro a favor de aquélla»*. Se trata, por tanto, de un derecho propio y que recibe al margen de la herencia del tomador, definido por la jurisprudencia como «un privilegiado título de propiedad, de tan absoluto e incondicional modo otorgado por el artículo 428» (STS 22.10.1927, RJ 117/28).

Sin embargo, el artículo 428 CCOM no contemplaba qué sucedía cuando el contrato de seguro de vida se había celebrado en fraude de los derechos de los acreedores o legitimarios. De esta cuestión se ocupa la conocida STS.22.12.1944 (RJ 93/45). Se trata de un seguro de vida contratado por dos esposos en favor del que de ellos sobreviviera, pagando las primas con cargo a la sociedad de gananciales. Al fallecimiento de la esposa, el cónyuge viudo recibe el capital de la entidad aseguradora. El hijo y heredero reclama la computación del capital en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la herencia.

Nuestro más alto tribunal diferencia entre el capital del seguro de vida y las primas pagadas por el tomador. Considera una «realidad indiscutible» que el beneficiario tiene un derecho propio al capital porque «trae causa directa del asegurador». En cambio, en relación con las primas realiza varias afirmaciones de interés: primero, que es una *donación* entre cónyuges realizada de manera *indirecta* por medio del seguro de vida, a modo de «institución mutua de herederos»; añade que «no se ha contratado el seguro en interés de la familia, sino del cónyuge sobreviviente»; y concluye que las primas deben ser reembolsadas a la sociedad de gananciales en liquidación *para que el heredero tome la parte que en derecho le corresponde, evitando un abuso*.

La doctrina sentada en la citada sentencia inspira el primer párrafo del vigente artículo 88 LCS, que contiene una regla general y una excepción. La regla general dice: *«La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aún contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro»*. Fijémonos, de momento, en la distinta posición jurídica que tienen asegurador y beneficiario.

- i) el *asegurador* está vinculado por las obligaciones asumidas en virtud del contrato de seguro, que establece su deber *inexcusable* de entregar el capital al beneficiario en caso de fallecimiento del asegurado. El pago del capital es totalmente independiente de las reglas de la sucesión y protegen al asegurador frente a cualquier reclamación de los legitimarios. Como señala TIRADO (*Tratado de Derecho Mercantil*, 46, Vol. 3, 2006, 84) «el asegurador paga en cumplimiento del contrato y no asume el riesgo de pagar dos veces la suma asegurada pues paga a un acreedor aparente».
- ii) en cambio, la posición del *beneficiario* deriva de una estipulación a su favor que contiene el contrato de seguro entre tomador y aseguradora, sin necesidad de consentimiento del beneficiario en el momento de la celebración del contrato.

En vida del asegurado el beneficiario tiene una simple expectativa, pues su derecho es revocable por el tomador (TIRADO, ob. cit., 75). En palabras de la STS 8.5.1957 (RJ 363) «no pasa de ser una expectativa hasta el momento en que por la muerte del asegurado se consolida su derecho».

Al morir el asegurado, en cambio, nace un derecho que la doctrina (por todos, TARABAL *Previsión y transmisión intergeneracional* 2022, 52) califica de «propio», «independiente», «autónomo», en la medida en que deriva del contrato de seguro

y está «desvinculado» de la sucesión del causante. En el mismo sentido, la STS 14.3.2006 (RJ 1735) califica el derecho del beneficiario como «derecho propio y autónomo frente al asegurador, que se manifiesta prevalente y excluyente respecto de los herederos legítimos del tomador».

Centremos ahora nuestra atención en el tercer protagonista de nuestra historia, el legitimario. Por un lado, el primer inciso le advierte que no procede ninguna reclamación contra la entidad aseguradora. Pero, por otro, no se puede descartar que la celebración del contrato de seguro suponga un perjuicio para la legítima. Como la protección de la legítima es norma imperativa, el artículo 88 LCS está obligado a reconocer en su segundo inciso la indemnidad del legitimario, señalando que «*Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos*». Esta regla especial de protección de la legítima está basada en dos ideas:

- i) por un lado, el análisis de la naturaleza jurídica del derecho o posición del beneficiario. La doctrina ha elaborado muchas teorías sobre esta cuestión (para una exposición sistemática, ver ACOSTA *Seguro de vida y derecho de sucesiones*, 33-123). Sin embargo, creo que existe un cierto consenso en aceptar que el beneficiario recibe el capital del seguro de vida como una atribución patrimonial gratuita.

Recordemos que la STS 22.12.1944 anticipaba la calificación como donación *mortis causa* indirecta. Esta tesis fue desarrollada por VALLET (*Estudios sobre donaciones*, 1.978, 234-5), que señala que el seguro de vida es un contrato en favor de un tercero, pero no atribuye derechos a éste hasta la muerte del asegurado, esto es, «se trata de una disposición para después de la muerte del estipulante, hecha en acto inter vivos y verificada normalmente a título lucrativo para el beneficiario». Criterio que es aceptado por la mayoría de la doctrina (entre otros, ACOSTA, *ob. cit.* 231 o TARABAL, *ob. cit.*, 52).

Esta calificación del seguro de vida como donación o negocio indirecto tiene su interés. En primer lugar, porque pone de manifiesto el interés oculto o subyacente que puede plantear este tipo de negocio jurídico. DE CASTRO, que por cierto cita la STS 12.12.1944 como ejemplo de negocio indirecto, recopila la crítica de los autores a este tipo de negocio: «figura bastarda», «rodeo clandestino, astuto y tortuoso», que «se utiliza para eludir normas imperativas» (DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, 1977, 443-457). Pero en segundo lugar y lo que es más importante, porque la calificación del negocio como donación indirecta nos permite identificar cuál es el régimen jurídico aplicable. Para ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (*La donación*, 2006, 68), «las donaciones indirectas son realmente donaciones y quedan sometidas a las reglas de las donaciones». Si esto es así, hay que computar estas «donaciones» para el cálculo de las legítimas.

- ii) admitida la necesidad de computar esta donación, la siguiente cuestión que se plantea es identificar *qué se computa*. Para la STS 22.12.1944 y

para el artículo 88 LCS no hay duda, el importe de las primas pagadas por el tomador, cuyo valor debe actualizarse en el momento del fallecimiento del tomador/donante, de acuerdo con el artículo 654 CC y la STS 3.3.2022 (RJ 1164) La explicación de este criterio, para VALLET, está en que el pago de las primas representa la medida del empobrecimiento del donante/tomador: «no es justo ni exacto considerar la total suma asegurada como objeto de la donación...el empobrecimiento del donante es el pago de las primas» (*Estudios...ob. cit.*, 239).

- iii) una última cuestión de interés. El artículo 88 LCS exige como requisito para la reclamación de los acreedores y legitimarios la existencia de «fraude». No se refiere solo a los acreedores sino también a los legitimarios, pues habla en plural de «en fraude de sus derechos». Sin embargo, así como el requisito es pacífico para los acreedores no sucede lo mismo con los legitimarios, pues se considera que como las legítimas son normas imperativas no es necesario probar la existencia de fraude. Haya o no fraude, cabe la reducción por inoficiosidad si afecta a la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

Hasta aquí un resumen de las orientaciones generales que sigue la doctrina y jurisprudencia, a pesar de la gran variedad de posturas adoptadas en torno a la naturaleza jurídica del seguro de vida y el derecho del beneficiario.

II. EL SEGURO DE VIDA «INVERSIÓN» COMO EVOLUCIÓN DEL SEGURO DE VIDA

Sin embargo, esa concepción *tradicional* del seguro de vida hace mucho tiempo que entró en crisis. Para comprobarlo, nos detenemos ahora en la STS 12.3.2015 (RJ 1459). Se trata de un seguro de vida contratado por los dos esposos a favor del cónyuge sobreviviente, que recibe el capital del asegurador ante la reclamación de los hijos legitimarios. La particularidad del caso está en el tipo de seguro: «*de vida-ahorro*», en la que el tomador paga una prima de 2 millones de euros, que la aseguradora entrega a la beneficiaria junto con el ahorro acumulado. El TS se olvida del nombre del producto para examinar la realidad material subyacente, descubriendo que «en este caso nos encontramos ante un auténtico producto de ahorro-inversión», pues el capital coincide con las aportaciones realizadas. Continúa con su razonamiento diciendo que si es un producto de inversión queda excluido del ámbito de contratación de las aseguradoras y llega a la inevitable conclusión de que el contrato es nulo porque «*no concurría el riesgo exigible para la consideración del mismo como un contrato de seguro sobre la vida, por lo que es un contrato financiero equiparable a un depósito bancario*». La consecuencia práctica es que el capital pasa a formar parte de la herencia del causante.

Lo primero que se observa, al analizar la sentencia, es que el seguro de vida ha mutado, ha evolucionado hacia productos de inversión más o menos sofisticados. Por supuesto, el seguro de vida «tradicional», en el que el tomador paga las

primas para cubrir el riesgo sobre la vida, sigue siendo el seguro más importante en términos económicos y sociales. Según el Informe de Seguros y Pensiones 2023, que publica la Dirección General de Seguros, el ramo de vida generó primas por valor de 27.616 millones de euros y el ramo de inversión o no vida generó primas por valor de 5.572 millones de euros. Por tanto, no se trata en sí de una evolución del seguro de vida «tradicional» sino que han aparecido otros productos, porque aprovechando una fiscalidad favorable, la industria ofrece una gran cantidad de productos que se aprovechan de la marca y el nombre «seguro de vida»: «vida-ahorro», «*unit linked*», «PIAS (plan individual de ahorro sistemático)», «SIALP (Seguro individual de ahorro a largo plazo)» o seguros «de renta vitalicia».

Y en contra de lo que dice el TS en la sentencia citada estos seguros de vida «inversión» son válidos, porque están regulados, por exigencias comunitarias, en el artículo 6.2 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que contiene el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, que contempla como seguro de vida las «operaciones de capitalización».

Sin embargo, aun admitiendo la validez de ambos tipos de seguros de vida, el que hemos denominado «tradicional» y los nuevos seguros de vida «inversión» conviene apuntar las profundas diferencias entre ambos por la repercusión que puede tener en relación con los legitimarios.

En primer lugar, por su *función económica*, el seguro de vida tiene una función de «previsión», de «convertir la incertidumbre en certidumbre» (ACOSTA, *ob. cit.* 34), en la mayoría de los casos un intento de proteger al cónyuge viudo beneficiario de la pérdida económica provocada por el fallecimiento del asegurado. En cambio, en el seguro de vida «inversión» hay una función exclusiva de ahorro/inversión, de acumular capital mediante una operación de capitalización. Como señala TARABAL «la finalidad del tomador no es cubrir un riesgo, sino acumular capital, convirtiéndose en un método puro de ahorro» (*Retos del Derecho de Sucesiones en el siglo XXI*, 287).

En segundo lugar, por la *causa del contrato*. El seguro es un contrato aleatorio, que cubre un riesgo. En el caso del seguro de vida «tradicional», el riesgo cubierto es la vida de la persona, «la existencia del asegurado» como dice el artículo 80 LCS o «la muerte o supervivencia del asegurado o ambos riesgos a la vez» como establece el artículo 83 LCS. En cambio, en el seguro de vida «inversión» no se cubre el riesgo sobre la vida, sino solo, como dice el mismo artículo 83 LCS, «el riesgo de inversión», pues la prima se invierte en activos financieros cuyo valor varía de acuerdo a las condiciones del mercado. En definitiva, este tipo de seguro es un producto de inversión, como unas acciones o unas participaciones en un fondo de inversión (REPRESA, *Retos del derecho de sucesiones en el siglo XXI*, 209).

Hay un dato muy significativo que nos permite diferenciar estos dos tipos de seguros. Las bases técnicas del seguro de vida «tradicional» excluyen la posibilidad de asegurar a una persona mayor de 65 años y por eso las compañías aseguradoras se niegan a formalizar pólizas a favor de estas personas. Y no es edadismo, sino matemática pura. En cambio, cualquier persona mayor de 65 años puede acudir a cualquier entidad financiera o aseguradora para contratar un

seguro de ahorro o «*unit linked*» y no les mirarán el carnet de identidad, solo les preguntarán cuánto y dónde quieren invertir.

Finalmente, hay que tener en cuenta la evolución de este seguro de vida «inversión», pues las entidades financieras y aseguradas no solo contemplan este «producto» como un método de ahorro o inversión, sino que se intenta aprovechar su flexibilidad para usarlo como un instrumento de planificación sucesoria, lo que genera problemas de coordinación con el derecho sucesorio. Así, algunas entidades comercializan el seguro de vida *unit linked* en dos casos que llaman la atención: i) tomador casado en segundas nupcias, con hijos de un anterior matrimonio con los que el cónyuge tiene una relación «difícil». La prima del seguro se puede «movilizar» a favor del cónyuge viudo, con la intención de beneficiar a éste de forma más ventajosa a cómo lo hacen las normas civiles; ii) tomador casado con un hijo menor de edad o con un hijo candidato a «pródigo del año», al que se quiere «proteger», para lo cual el seguro incorpora unas reglas de «administración» del capital, que será gestionado por la madre hasta que el hijo/beneficiario tenga 40 años de edad. En los dos casos, eso sí, las entidades *advierten expresamente del deber de respetar la legítima*.

«*Nuevos hechos, nuevas soluciones*». Ante esta «realidad indiscutible» mi tesis es que hay que superar el tenor literal del artículo 88 LCS, sobre la base de tres ideas que pasaré a desarrollar a continuación: i) en los seguros de vida «tradicionales» no hay que incluir las primas en la liquidación de la sociedad de gananciales ni en la herencia; ii) los seguros de vida «inversión» son productos financieros, al igual que unas acciones y por tanto el capital que recibe el beneficiario se debe computar tanto para la liquidación de gananciales como para el cálculo de la legítima; y iii) para conseguir una mejor coordinación entre el seguro de vida y la herencia, el testamento puede utilizarse como instrumento de planificación sucesoria, pero de una manera limitada a la designación de beneficiario.

III. EL SEGURO DE VIDA «TRADICIONAL» Y SU INDEPENDENCIA DE LAS NORMAS FAMILIARES Y SUCESORIAS

La primera de las ideas expuesta está en contra de la STS 22.12.1944, del tenor literal del artículo 88 LCS y de la interpretación de la mayoría de la doctrina. *¿Por qué no hay que incluir nunca el valor actualizado de las primas en la liquidación de los gananciales o para calcular la legítima?* Las razones son las siguientes:

En primer lugar, los seguros de vida «tradicionales» que cubren el riesgo sobre la vida de la persona se contratan como *instrumentos de previsión familiar* y a cambio del pago de primas anuales de moderado importe. Es un gasto ordinario de una familia tipo, que no se hace con afán especulador, sino con un instinto de protección patrimonial frente a las desgracias. Este carácter familiar se confirma por el artículo 1.362 CC, que considera que son de cargo de la sociedad de ganan-

ciales «*las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia*». Esta es la solución que adopta, con algún matiz, el derecho aragonés. En el mismo sentido, el artículo 212.2 del Código de Derecho Foral de Aragón dice: «En los seguros sobre la vida contratados por uno solo de los cónyuges a favor de persona distinta del otro y que no constituyan acto de previsión acorde con las circunstancias familiares, deberá reembolsarse al patrimonio común el valor actualizado de las primas que se hayan satisfecho a costa de dicho patrimonio». *A sensu contrario*, si es un seguro de vida «tradicional», contratado por los esposos en favor del sobreviviente y que se realiza como acto de previsión, no existe obligación legal de reembolsar nada al patrimonio común en caso de liquidación. En el mismo sentido se pronuncia ACOSTA (Seguro de vida...*ob. cit.* 288) e incluso VALLET apuntaba que «tan solo pueden excluirse de ser computadas las primas cuando puedan considerarse comprendidas en las donaciones usuales o en los deberes de previsión jurídicos o meramente morales, sea debida a su modicidad o por razón de la persona y circunstancias del beneficiario» (*Panorama del derecho de sucesiones*, I, 599).

Esta función de previsión familiar significa que en el seguro de vida «tradicional» el pago de las primas no supone una donación, sino que tiene una identidad causal propia. No hay causa onerosa ni gratuita, sino que *el matrimonio es la causa* (MARTÍNEZ SANCHIZ, *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*, 170). Esta idea ha sido desarrollada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en numerosas resoluciones relativas a las atribuciones de gananciales, pero el fundamento es el mismo que el caso que nos ocupa. Descarta que en los negocios de comunicación familiar exista una causa onerosa o gratuita, sino que «los pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia...hay una identidad causal propia...que encuentra su justificación en la denominada *causa matrimonii*...» (entre otras, Resolución 9.9.21, BOE 25.10.21). Esto mismo sucede con el pago de las primas en los seguros de vida tradicionales, pues es la atención a las necesidades de la familia lo que justifica el pago de las primas, del mismo modo que los cónyuges pagan con dinero ganancial los gastos médicos de los niños o las clases extraescolares de inglés. Y no existiendo donación, directa, indirecta o mediopensionista, no hay razón para incluir en la liquidación de gananciales el valor de las primas.

Por otro lado, la no computación de las primas en los seguros de vida «tradicionales» se puede deducir del mismo tenor literal del artículo 88 LCS. Lo cierto es que el precepto establece, como regla especial, que los legitimarios pueden reclamar la computación de las primas en caso de «fraude». La doctrina ha venido entendiendo que para el legitimario es irrelevante el fraude. Pero quizá el requisito del fraude se estableció para facilitar la protección del legitimario en los casos de abuso del seguro de vida, de pago de primas excesivas o de utilización del seguro de vida con fines distintos de los tradicionales. Por eso el artículo 88 LCS exige, con razón, el fraude, porque en los casos de seguros de vida «tradicionales» el legitimario nada tiene que reclamar.

Finalmente, por si puede resultar de interés, un dato «de hecho»: jamás, en mis veinticinco años de experiencia profesional, *no he visto ni oído a nadie* incluir en la liquidación de gananciales o en la herencia el importe de las primas del seguro de vida.

En conclusión, el seguro de vida «tradicional» discurre, de hecho y de derecho, al margen de las normas familiares y sucesorias y no hay que incluir las primas ni en la liquidación de la sociedad de gananciales ni para el cómputo de la legítima.

IV. EL SEGURO DE VIDA «INVERSIÓN» Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

1. Computación

En cambio, donde aparecen todos los problemas es con los seguros de vida «inversión». De nuevo, hay que hacer un esfuerzo por superar el tenor literal del artículo 88 LCS, porque, a mi juicio, en esta clase de seguros lo que se computa no es la prima, sino el capital que recibe el beneficiario. Para demostrarlo vamos a analizar cómo encaja el seguro de vida con las normas sobre intangibilidad de la legítima.

Comenzamos por la intangibilidad cuantitativa, que exige computar el derecho del beneficiario. Según el tenor literal, lo que se computa es la prima actualizada. Para superar el tenor literal hay que tener en cuenta cómo la jurisprudencia interpretaba el artículo 428 CCOM, pues esa doctrina inspiró la referencia a las «primas» en el artículo 88 LCS. Lo que dice literalmente el artículo 88 LCS es «prima», pero lo que quiere decir realmente, en el fondo, dicho precepto, es que la «cantidad donada» es lo que debe ser objeto de computación. Es posible y deseable una superación del tenor literal.

Porque en realidad lo que se debe computar, para dejar indemne al legitimario, es el capital del seguro de vida. La razón está en la naturaleza sustantiva del seguro vida «inversión», que es un producto de inversión, como unas acciones, con lo cual tiene que hacerse la computación igual que unas acciones. Cuando uno contrata un seguro *unit linked* en realidad está comprando acciones, participaciones en fondos de inversión o cualquier otro activo financiero. Y esto es lo que se va a transmitir al beneficiario.

Por tanto, el objeto de la donación, que es lo que computamos para el cálculo de la legítima, no es el dinero pagado para asumir el riesgo sobre la vida, sino los activos financieros subyacentes en que se invierte la mal llamada prima en los seguros de vida inversión. Tampoco se puede considerar que el beneficiario ha recibido una cantidad de dinero para comprar esos activos, porque el que los ha comprado es el tomador, que decide cuándo, cómo y en qué se invierten esos activos financieros. En realidad, en el seguro vida «inversión» lo que sucede es exactamente lo mismo que en una donación de acciones: que unos activos financieros pasan gratuitamente del patrimonio del tomador/donante al patrimonio del beneficiario/donatario. Este razonamiento lógico nos lleva a la conclusión de

computar el capital del seguro de vida para el cálculo de la legítima, que en realidad supone decir que lo que se computa es los activos financieros donados indirectamente al beneficiario por medio del seguro de vida.

2. Imputación

A continuación, una reflexión sobre la imputación del capital del seguro de vida «inversión». Me parece claro que cuando el tomador/donante hace una donación indirecta, vía seguro de vida, a favor del beneficiario/donatario, tiene intención de que esa «donación» no la reciba como pago de su legítima. La mera utilización del seguro de vida delata la intención del tomador/donante, pues si algo está asumido por las partes en el contrato de seguro de vida es que funciona al margen o independientemente de la herencia. Por tanto, en principio la atribución del capital del seguro de vida al beneficiario se hace no con intención de pagar la legítima, sino con intención de entregarle algo al margen de la legítima o mejorarle en un sentido lato.

Si el beneficiario es el cónyuge, esto supone que el capital del seguro, una vez computado, se imputará al tercio de libre disposición y, en lo que exceda, a la legítima viudal.

Si el beneficiario es un hijo legítimo, el problema es la interpretación de los artículos 819 y 825 CC, porque las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el carácter de mejora, se imputan a la legítima y además no se admite la mejora tácita, según la interpretación mayoritaria de la doctrina y el TS. Me confieso seguidor de la clásica distinción de VALLET entre lo tácito y lo conjetural, pero para no complicar las cosas admitiré a efectos dialécticos la interpretación del TS de no admitir la mejora tácita. Pues bien, a mi juicio, cuando el tomador/donante contrata un seguro de vida, es evidente su intención de mejorar al beneficiario/hijo legítimo, de que reciba el capital al margen de su legítima. Lo decisivo es la interpretación de la voluntad del tomador/donante, que sabe que el seguro de vida funciona al margen de la herencia y quiere que el beneficiario reciba el capital al margen de la herencia. En este mismo sentido se pronuncia REPRESA (*Retos...ob. cit.*, 226): «la designación de beneficiario parece evidenciar, más bien, una voluntad de complementar la legítima con la indemnización más que de pagar la misma

De modo que si todo se hace al margen de la herencia, no tiene sentido luego imputarlo a la legítima. En realidad, se trata de una mejora expresa, porque para que sea expresa no hay que emplear fórmulas sacramentales ni cantar el himno de la imputación de la legítima, basta con que resulte claro o evidente de la voluntad del donante de que el donatario reciba ese capital al margen de la herencia. Imaginemos un testador que tiene cuatro hijos y les nombra a todos herederos por partes iguales. Y luego contrata un seguro de vida *unit linked* a favor de uno de esos hijos. A mi juicio, parece claro que con el seguro quiere y está desigualando, mejorando, al hijo beneficiario. Por esta razón, la «donación» del seguro de vida tiene que imputarse al tercio de mejora, luego al de libre disposición y en última instancia a la legítima estricta.

3. Colación

Por la razón expuesta en el apartado precedente, aun cuando concurren los demás requisitos previstos en el CC, no procede la colación del capital del seguro de vida «inversión» recibido por el beneficiario. La contratación del seguro de vida supone una dispensa de colación. De nuevo, REPRESA (*Retos...ob. cit.*, 226): «si la finalidad de la colación es la voluntad del causante de igualar a los legitimarios, no hay voluntad más clara de desigualar que atribuir a alguno de los legitimarios la indemnización o prestaciones derivadas de estos contratos».

4. Intangibilidad cualitativa

Pero el «deber de respeto de la legítima» que al parecer tanto preocupa a las entidades financieras y aseguradoras no solo se limita al *quantum*, sino que afecta también al *quale*. Es sabido que el artículo 813 CC prohíbe cualquier carga o gravamen sobre la legítima y esta intangibilidad cualitativa se extiende, según la jurisprudencia, a la imposición de *cualquier forma de administración sobre la legítima*. No obstante, en casos excepcionales se ha permitido algún pacto de este tipo, como en el caso del artículo 164.I CC o para que los albaceas ejerzan su cargo temporal. Fuera de estos supuestos, se aplica la regla general: que la legítima no solo tiene que consistir en una parte de la herencia sino que tiene que recibirse libre de cualquier carga o gravamen.

Lo anterior es importante para valorar la validez de los pactos de administración contenidos en seguros de vida. Si en seguros de vida inversión el capital que recibe el beneficiario es parte de su legítima, entonces debe entenderse como no puesta la cláusula que atribuye a otra persona el control o administración por largos periodos de tiempo. Quizá con la excepción de un plazo temporal limitado, por interpretación a simile del artículo 164.I, pues el TS ha admitido la extensión de esta forma de administración hasta que el hijo cumpla 23 años de edad (STS 6.10.2005, RJ 8759). Cuestión distinta es que salvara esta prohibición de administración mediante una *cautela socini*.

V. EL TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN LIMITADA ENTRE EL SEGURO DE VIDA Y LA HERENCIA.

1. El mal llamado legado de seguro de vida

Para concluir con el estudio de la difícil posición del beneficiario del seguro de vida y la herencia, una referencia al testamento. Como es sabido, el artículo 85 LCS admite la posibilidad de designación de beneficiario por testamento. En el mismo sentido, el art. 421-23 del CCAT permite en testamento y codicilo la designación, modificación y revocación de beneficiarios de seguros de vida, de planes de pen-

siones y de instrumentos de ahorro y previsión social análogos. No hay duda, por tanto, de la posibilidad de designar beneficiario en testamento, pero en cambio sí plantea problemas la pretensión de utilizar el testamento como medio de atribuir el capital del seguro a un heredero o legatario formando parte de la herencia.

La cuestión ha sido estudiada por REPRESA, que afirma que «los derechos derivados de los productos de ahorro y previsión pueden ser dispuestos por su titular en testamento junto con el resto de sus bienes hereditarios», con la consecuencia de que «la adquisición del beneficiario será a título de sucesor...por lo que queda sometido a las normas del derecho sucesorio». Para que esto suceda así, «será fundamental que la voluntad del testador de querer incorporar a la herencia y pagar con ello al heredero o legatario con estos derechos sea clara» (*Retos...ob. cit.*, 227). Y pone como ejemplo el siguiente: «Lega a su sobrino Juan la indemnización procedente de los seguros de vida que tenga contratados» (*Retos...ob. cit.*, 228).

A mi juicio, en cambio, esta interpretación no es correcta, pues creo que el testamento no puede utilizarse para alterar la naturaleza de las cosas y la ley aplicable a una relación jurídica. Ante todo, porque conviene recordar la definición de testamento del artículo 667 CC que permite a una persona disponer para después de su muerte «de todos sus bienes o parte de ellos» y el capital del seguro de vida lo recibe el legatario directamente de la entidad aseguradora. Un testamento no sirve para disponer de bienes ajenos.

En realidad, creo que el legado de seguro de vida es un legado de cosa propia. Porque el legatario y beneficiario recibe el capital directamente de la aseguradora y ya es dueño de la cosa legada por el contrato de seguro. Y esto supone, de acuerdo con los artículos 866 y 878 CC, que el legado es ineficaz y que el legatario de cosa propia «nada podrá pedir por ello».

Sin embargo, sí considero que habría que interpretar la voluntad del testador cuando ordene un legado de este tipo en un testamento. Aunque, como he indicado, es ineficaz como legado, creo que es eficaz como forma de designación de beneficiario. Es decir, habría que olvidarse un poco de las palabras empleadas por el testador para centrarnos en su voluntad y parece claro que lo que quiere ese testador es que el capital del seguro de vida vaya al legatario. Pero lógicamente dentro de los cauces privilegiados, fiscales y sustantivos, del seguro de vida. A ningún testador racional se le ocurriría legar el seguro de vida como derecho hereditario porque sería dar preferencia a los acreedores del causante sobre el legatario.

En conclusión y siguiendo con el ejemplo propuesto el «legado a favor del sobrino Juan de la indemnización del seguro de vida» debe interpretarse como «la designación de Juan como beneficiario de los seguros de vida contratados por el causante».

2. El pago de la legítima con el seguro de vida

Más dudosa es la posibilidad de pagar con cualquier seguro de vida la legítima. Imaginemos el siguiente ejemplo: testador con tres hijos, en cuyo testamento instituye herederos por partes iguales a dos de ellos y, respecto del tercero, esta-

blece una fórmula similar a ésta: «reconoce a X su legítima estricta, que será pagada con el capital procedente de un seguro de vida contratado con la entidad aseguradora Y». Fallecido el testador, el hijo X recibe el capital de la entidad aseguradora Y, en una cantidad que cubre en efecto su legítima estricta. Como ese capital lo recibe por el contrato de seguro, al margen de la herencia, ¿puede X reclamar su legítima estricta?

En principio se podría negar la posibilidad de pagar la legítima con el capital del seguro de vida, pues el pago de la legítima tiene que hacerse por medio de título hábil como institución de heredero, legado o donación; además, la legítima es una parte de los bienes de la herencia (*pars bonorum*) y el capital del seguro de vida se recibe al margen de la herencia.

A mi juicio, en cambio, la posibilidad de pagar la legítima con el capital del seguro de vida es más justa y tiene fundamento legal. Es más justa porque el causante respeta la legítima mediante la atribución del capital del seguro de vida y no habría designado beneficiario del seguro de vida a X si hubiera sabido que no podía pagar la legítima con el seguro de vida. Y está fundamentada, por un lado, en la interpretación flexible del artículo 815, que habla de pagar la legítima «por cualquier título», sin restringir el medio de pago de la legítima; además, ya hemos indicado que en el contrato de seguro hay una donación *mortis causa* indirecta en favor del beneficiario y la donación es título hábil para pagar la legítima; en fin, doctrina y jurisprudencia admiten hoy la posibilidad de pagar la legítima con metálico «extrahereditario».

3. La designación del beneficiario en testamento

La doctrina ha puesto de manifiesto la necesidad de una mejor coordinación entre el seguro de vida y la herencia. Por todos, VAQUER («*La designación...ob. cit.*», 237) ha identificado diversos problemas en relación con la designación de beneficiario: suscripción del seguro en oficinas bancarias sin asesoramiento sobre herencias, designación en formularios con un contenido predeterminado, alteración de las circunstancias personales y familiares después del nombramiento de beneficiario, etc. A mi juicio, el testamento puede ayudar, de manera limitada, a solucionar algunos problemas que se plantean en relación con la designación de beneficiario.

- A) En primer lugar, el testamento puede regular qué sucede cuando el contrato de seguro establece como beneficiario al cónyuge viudo y, al fallecimiento del tomador, ya estaba separado legalmente o de hecho. El artículo 85 LCS entiende por cónyuge «el que lo sea en el momento de fallecimiento del asegurado». Pero puede suceder que al fallecer el asegurado, ya tuviera una mala relación con el cónyuge viudo y que estuviera separada de hecho o legalmente, supuesto en el cual no se extingue el vínculo matrimonial. Ante el silencio del legislador, la STS 15 julio 2.005 (RJ 9623) aplicó por analogía el artículo 834 CC. Para evitar pleitos, lo más

sencillo es añadir una cláusula de revocación presunta de la designación del cónyuge beneficiario para el supuesto de divorcio o separación legal o de hecho.

- B) Otro problema similar es qué ocurre cuando el tomador fallecido no estaba casado, pero sí tenía una pareja de hecho estable. En Derecho común no existe equiparación entre cónyuge y pareja de hecho, pero la solución es distinta en los derechos forales que han regulado esta materia. De nuevo, en el testamento se puede establecer que el beneficiario sea la pareja de hecho, quizá estableciendo un plazo prudencial de efectiva relación de convivencia análoga a la conyugal para hacer una interpretación auténtica de la voluntad del testador sobre lo que significa ser «estable».
- C) Otra cuestión es la designación «genérica» a favor de los hijos, que según el artículo 85 LCS son los «descendientes con derecho a la herencia». En el testamento se puede aclarar lo que parece lógico: que se aplican las normas de la sucesión intestada y en particular el derecho de representación (VAQUER, *«La designación...ob. cit., 255»*).
- D) También sería conveniente aclarar en el testamento si un legado de «dinero y productos bancarios» incluye o no los seguros de vida que haya contratado el causante con el banco. VAQUER (*La designación...ob.cit., 250*) exige para eso una atribución específica de la condición de beneficiario, aunque sea genérica, aunque sea hace eco de alguna sentencia de la jurisprudencia inferior que lo admite. Para solucionar esta cuestión, el testamento puede prever que los instrumentos de ahorro y previsión estén contenidos o no en la citada cláusula y que en todo caso suponga simplemente un modo de designación de beneficiario.
- E) Finalmente, conviene extender estas previsiones a planes de pensiones y en general a cualquier otro instrumento de ahorro y previsión social, dada la similitud de los problemas planteados en relación con la designación de beneficiario.

Con estas cláusulas se hará efectiva la máxima de que la voluntad del causante es «ley fundamental de la sucesión», pero, como he indicado, de una manera limitada, pues una cosa es coordinar el testamento con el contrato de seguro y otra, bien distinta, alterar la naturaleza de las cosas.

ADDENDA. CLÁUSULA TESTAMENTARIA. *Sobre la condición de beneficiario en seguros de vida y otros productos financieros de ahorro y previsión.* *La condición de beneficiario en los seguros de vida corresponderá al cónyuge del testador o a la persona con la que tenga una relación estable de afectividad análoga a la conyugal, siempre que en este caso se haya mantenido al menos cinco años antes del fallecimiento del testador. En consecuencia, esta designación no surtirá efecto en caso de nulidad, divorcio o separación, legal o de hecho, del cónyuge o en caso de ruptura de la relación estable de pareja.*

En defecto del anterior, serán beneficiarios los que serían llamados a la sucesión intestada, aplicándose los criterios del Código Civil en orden a la determinación de su concreta participación en el capital del seguro.

En todo caso, el capital del seguro o del producto de ahorro o previsión que perciba el beneficiario se adquirirá como consecuencia del contrato celebrado con la entidad aseguradora o financiera y no formará parte de la herencia del testador.

Esta norma de designación se aplicará a los contratos de seguros de vida y también a cualquier otro seguro atípico o producto de ahorro y previsión, con preferencia en relación con la determinación del beneficiario sobre lo que establezca el contrato o plan de ahorro.

Corresponderá a los herederos o al beneficiario la comunicación a la entidad aseguradora o financiera del contenido de esta cláusula, a cuyo efecto podrán solicitar copia de este testamento.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA MÉRIDA, M.P.: *Seguro de vida y derecho de sucesiones*, Madrid 2.005.
- ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S.: *La donación*, Madrid 2.006.
- CANTERO NUÑEZ, F.J.: «El patrimonio y el beneficiario del seguro de vida para caso de muerte», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, (Dirs. M. Garrido y J.M. Fugardo), II, Barcelona, 2.005.
- DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid 1.978.
- LANGLE Y RUBIO, E.: *Manual de Derecho mercantil español*, III, Barcelona 1.959.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A.: *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*, Madrid, 2003.
- REPRESA POLO, M.P.: «Instrumentos de transmisión alternativos al testamento y las legítimas», en AA.VV. *Retos del Derecho de Sucesiones en el siglo XXI* (Dirs. C. Rogel y C. De Amunátegui), Reus, 2023.
- TARABAL BOSCH J.: «*Will substitutes*. Estado de la cuestión en España» en VVAA *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión* (Dir. J. Tarabal), Madrid 2022.
- TARABAL BOSCH: «Hacia una regulación coordinada de los *will substitutes* y los mecanismos sucesorios clásicos», en AA.VV. *Retos del Derecho de Sucesiones en el siglo XXI* (Dirs. C. Rogel y C. De Amunátegui), Reus, 2023.
- TIRADO SUÁREZ, F.J.: «Los seguros sobre personas», en *Tratado de Derecho Mercantil* (Dirs Olivencia, Fernández-Novoa y Jiménez de Parga,, 46, Vol. 3, Madrid 2.006.
- VAQUER ALOY, A.: «La designación de beneficiarios de instrumentos de previsión y ahorro», en AA.VV. *Retos del Derecho de Sucesiones en el siglo XXI* (Dirs. C. Rogel y C. De Amunátegui), Reus, 2023.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La donación *mortis causa* en el Código Civil español», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid 1.978.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama de Derecho de sucesiones*, Madrid 1.982.

ALTERACIÓN *EX LEGE* DEL ORDEN DE LLAMAMIENTOS EN LA SUCESION INTESTADA EN FAVOR DEL CONYUGE VIUDO EN CATALUÑA

*Esther Arroyo Amayuelas**

Catedrática de Derecho Civil
Universitat de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA *SUCCESSIO GRADUUM ET ORDINUM*. III. LA EXCEPCIÓN A LA *SUCCESSIO GRADUUM ET ORDINUM*. 1. El derecho de representación en la línea descendiente. 1.1. La sucesión por derecho de representación. 1.2. La división por derecho de representación. 2. El usufructo del viudo o conviviente en la sucesión intestada. 3. El nuevo orden de sucesión especial del cónyuge o conviviente. IV. LA REPUDIACIÓN Y LA RENUNCIA EN FAVOR DE OTRO. 1. Previo. 2. Los actos de falsa repudiación que implican aceptación. 3. La renuncia traslativa que no comporta aceptación. 4. La práctica notarial de renuncia conjunta de los hijos y la aceptación simultánea del cónyuge anterior a la promulgación del Libro IV CC Cat. V. LA DELACIÓN AL CÓNYUGE O CONVIVIENTE COMO EFECTO *EX LEGE*. VI. NECESIDAD Y UTILIDAD DE LA NORMA. VII. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

En Cataluña, la repudiación de todos los hijos del causante a su sucesión intestada, cuando exista cónyuge o conviviente que sea el padre o la madre común, comporta delación a este último y no a los descendientes de grado ulterior. Puesto que *ex lege* se altera el orden de las llamadas si tales descendientes existen, la consecuencia es que tal repudiación no implica aceptación (art. 442-2.2 CC Cat), ni se producen las consecuencias fiscales de la renuncia traslativa (art. 461-5 b) y c) CC Cat). Se trata de una regla cuyo origen hay que buscarlo en

* Catedrática de Derecho Civil en la U. Barcelona y miembro del instituto TransJus en la Facultad de Derecho. Trabajo desarrollado en el seno del Grup de Dret civil català UB 2021 SGR 347, consolidado por la Generalitat de Catalunya.

la práctica notarial catalana anterior a la promulgación del Libro IV CC Cat, que tiene buen acomodo en los casos en que el supérstite es todavía joven, el causante al morir deja un patrimonio de subsistencia (en otro caso, la sucesión se acostumbra a ordenar en testamento) y los hijos comunes mayores de edad tiene hijos (nietos del causante) todavía menores. En la práctica había suscitado dudas si ante la renuncia de todos los hijos los nietos eran llamados por derecho propio o por derecho de representación y, en consecuencia, planteaba dudas el orden de suceder y/o si el cónyuge debía adquirir por donación como consecuencia de una renuncia traslativa. El Libro IV CC Cat soluciona el problema con la previsión de una sucesión especial que altera el orden de llamamientos según el principio de proximidad de grado. Del promedio de repudiaciones anuales en Cataluña, que desde el año 2017, se mantiene entre 8.000 y 10.000, encajan en este supuesto, aproximadamente, entre 200 y 250, repartidas entre las 122 notarías de Barcelona. Quizás el doble en el conjunto de Cataluña.²

II. LA *SUCCESSIO GRADUUM ET ORDINUM*

La sucesión intestada en Cataluña sigue el principio de sucesión *gradum et ordinum*, esto es, suceden primero los parientes en la línea recta descendente, en su defecto, el cónyuge superviviente, a falta de éste, sucede la línea recta ascendente y, finalmente, los parientes colaterales (arts. 442-1 ss CC Cat). El CC Cat ordena la sucesión legal tomando en consideración la proximidad de parentesco con el causante. La proximidad del parentesco de consanguinidad se concreta a través de la idea de grado, que es la distancia que existe entre las personas que descienden una de otra. De una a otra hay generaciones. Cada persona o generación forma un grado (art. 441-4 CC Cat).

Es decir, como regla general, los parientes de grado más próximo excluyen a los más remotos (art. 441-5 CC Cat) y primero sucede la línea recta descendente, después la ascendente y, en último término, la colateral. Ahora bien, si hay cónyuge, éste sucede antes que los ascendientes.³ Por consiguiente, la lista de los sucesores intestados es, por este orden: 1) descendientes; 2) cónyuge/conviven-

2. El Centro de Información Estadística del Notariado proporciona el número de repudiaciones anuales en Cataluña: <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo> La información sobre la frecuencia con la que se produce el supuesto de hecho en las notarías de Cataluña se la debo al notario de Barcelona, Lluís Jou, que me la facilitó en una de nuestras muchas conversaciones sobre este y otros temas, igual que las valoraciones sobre utilidad y necesidad de la norma y las cuestiones fiscales a que hago referencia en el epígrafe VI. Como el notario Lluís Jou, también admite ser un caso relativamente frecuente en su notaría, Gómez Taboada, Jesús, «Sucesión contractual e intestada: práctica notarial, experiencia jurisprudencial y doctrina de la DGDEJM», en Institut de Dret privat europeu i Comparat. Universitat de Girona (ed.), *L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya*, Girona, Documenta, 2023, [pp. 553-560], p. 554.

3. Ya desde la reforma efectuada por la L. 9/1987, de 25 de maig, de Successió Intestada (art. 11) (DOGC n. 850, de 10.6.1987).

te; 3) ascendientes; 4) hermanos e hijos de hermanos; 5) otros colaterales hasta el cuarto grado; 6) la Generalidad.

III. LA EXCEPCIÓN A LA *SUCCESSIO GRADUUM ET ORDINUM*

La regla general según la cual los parientes de grado más próximo excluyen a los más remotos no significa que no pueda haber concurrencia de diversas clases de sucesores en determinados casos. Además de la concurrencia que implica la sucesión por derecho de representación, pueden concurrir descendientes y cónyuge (art. 442-3 y ss CC Cat) y entonces éste último sólo tiene el usufructo universal de toda la herencia; y pueden concurrir cónyuge y ascendientes y entonces el primero es heredero (art. 442-3.2 I CC Cat) pero aquellos tienen derecho a reclamar la legítima (art. 442-3.2 II CC Cat).

1. El derecho de representación en la línea descendiente

La regla general según la cual los parientes de grado más próximo excluyen a los más remotos se afirma en el art. 441-5 y 6 CC Cat (art. 441-6.1 CC Cat) y, según esa regla, la ausencia o ineficacia de la delación a favor de los descendientes del grado más próximo (hijos) da paso a la delación de los de grado ulterior (nietos) sin límite de grados (art. 441-6.1 CC Cat). Sin embargo, estos mismos preceptos establecen excepciones: «salvo que tenga lugar el derecho de representación» (art. 441-5 y 441-6.2 CC Cat). El derecho de representación es un mecanismo que funciona como excepción al principio de agotamiento del grado preferente —se puede pasar al siguiente grado, aunque haya parientes de un grado anterior— y, por tanto, también excepciona el derecho de acrecimiento —porque si se puede pasar a un grado ulterior, aunque existan llamadas eficaces del grado anterior, esto quiere decir que estos llamados no perciben la totalidad y, por tanto, que la cuota vacante no les acrece.

1.1. La sucesión por derecho de representación

El derecho de representación (art. 441-7 CC Cat) no opera cuando el ascendiente, hijo del causante, repudia: en ese caso se entiende que repudia para él y para su estirpe.⁴ Ahora bien, si repudian todos los delados del mismo grado (todos los hijos), los siguientes vocados reciben una delación por derecho propio y no por derecho de representación (art. 441-6.1 y 2 CC Cat). Es decir, que hay casos en que, por las razones que la propia ley establece, no es posible que suceda la persona a la que le correspondería normalmente, según el orden de llamadas establecido en el CC Cat. Si esta persona es la única delada, la herencia se

4. Art. 929 CC.

defiere al grado siguiente. La solución no es la misma si el causante deja al morir más de un hijo y solo alguno de ellos no llega a suceder. La ley llena el vacío del hijo que falta de dos maneras: o bien mediante el acrecimiento (de manera que la cuota vacante se integra en la herencia e incrementa la porción del resto), o bien mediante el derecho de representación (de manera que los descendientes de la persona que no sucede ocupan su lugar en la sucesión del causante). El art. 441-7 CC Cat da preferencia al derecho de representación, salvo cuando el ascendiente ha repudiado. Es decir, solo cuando la imposibilidad de suceder se debe a la premoriencia, indignidad o ausencia. Si ha habido renuncia o repudiación, cosa que significa que el delado no sucede porque no quiere y no porque no puede, entonces necesariamente debería producirse el acrecimiento.

La sucesión que no es por derecho propio sino por derecho de representación no comporta una nueva delación: los representantes (la estirpe) suceden en la delación en favor de su ascendiente (cabeza de la estirpe); luego, lo que corresponda a cada estirpe se dividirá por cabezas (art. 441-8.2).⁵

1.2. La división por derecho de representación

La sucesión por derecho de representación se da cuando de entre la pluralidad de llamados todos o algunos no llegan a suceder. En cambio, si todos repudian, la sucesión al grado siguiente implica una sucesión por derecho propio. Es, por eso, muy sorprendente que el art. 442-2.1 CC Cat, después de afirmar eso mismo, prevea luego que, a pesar de la sucesión por derecho propio, la herencia tiene que dividirse por estirpes y a partes iguales entre los descendientes de cada estirpe. La consecuencia es que en la distribución sí que tiene lugar el derecho de representación, aunque los representados hayan repudiado la herencia y aunque no concurren delados de distintos grados.

2. El usufructo del viudo o conviviente en la sucesión intestada

Como se acaba de ver, en Cataluña, el cónyuge viudo sucede en defecto de hijos del causante y cuando concurre con ellos tiene el usufructo universal de la herencia (art. 442-3.1 y 442-4 CC Cat), que se extiende a las legítimas (art. 442-4.1 CC Cat)⁶ y no se extingue por nuevo matrimonio o por el hecho de que el superviviente conviva con otra persona (art. 442-4.3 CC Cat); además, es posible conmutarlo por una cuarta parte alícuota de la herencia en propiedad y el usufructo de la vivienda familiar (arts. 442-3.1 y 442-5.1 CC Cat). El valor del usufructo de la vivienda debe descontarse del valor de la herencia para calcular la cuarta parte que recibe en propiedad (art. 442-5.4 CC Cat). Tal solución, que ahora viene facilitada por el hecho de ser vitalicio el usufructo, es particularmente útil en las economías urbanas y patrimonios de subsistencia (la vivienda familiar y algunos ahorros). Sin embargo, el hecho de

5. Art. 926 CC.

6. Lamarca, «Successió intestada», pp. 1202-1204.

que la facultad de conmutación corresponda en exclusiva al superviviente puede comportar disfunciones en la sucesión de los patrimonios empresariales porque si el cónyuge viudo o conviviente que sobrevive decide utilizar la opción de conmutar, los bienes salen definitivamente del patrimonio familiar.⁷

El conviviente no casado tiene exactamente los mismos derechos sucesorios en la intestada y con idéntica extensión. La unión estable de pareja se constituye de acuerdo con lo previsto en el art. 234-1 CC Cat y, a efectos de prueba, puede inscribirse en el registro de parejas de hecho.⁸

3. El nuevo orden de sucesión especial del cónyuge o conviviente

El nuevo art. 442-2.2 CC Cat establece una excepción importante a la regla de la sucesión por grados y órdenes: si todos los hijos del causante (matrimoniales o no) repudian la herencia en favor del progenitor común, la herencia no se defiende a los nietos, sino directamente al cónyuge o conviviente.⁹

Esta regla se puede explicar de dos maneras:

- a) A la vista de que los representantes adquieren por estirpes y a partes iguales entre los descendientes de cada estirpe, esto es, adquieren como si sucedieran por derecho de representación (art. 442-2.1 CC Cat)¹⁰, podría pensarse que es eso precisamente lo que ocurre y que la regla no hace sino confirmar que quien repudia la herencia repudia para él y para la estirpe y, por consiguiente, excluida la sucesión de la descendencia, la consecuencia lógica es que la delación vaya a parar al siguiente vocado, que es el cónyuge cuando reúna los requisitos establecido en el precepto. Esta es la tesis del notario Emili González Bou en el recurso que dio lugar

7. Ferrer Riba, Josep, «Tradició heretada i innovació en el nou Llibre IV del Codi Civil de Catalunya», en Àrea de Dret civil. Universitat de Girona (coord.), *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Girona, Documenta, 2009, [pp. 15-32], p. 30.

8. Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo (DOGC n. 7341, de 31 de marzo de 2017). El registro no tiene carácter constitutivo (art. 4.1).

9. La expresión «progenitor» incluye al padre o madre adoptivos. Así, Cosialls Ubach, Andrés, Art. 442-2 CC Cat, en Egea- Ferrer (dirs.), *Comentari*, II, [pp. 1259-1262], pp. 1260-1261.

10. Lo califica de «innovación», Gete-Alonso Calera, M^a Carmen, «La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña (Principios – Innovaciones)», en: Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (coord.), *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Girona, Documenta, 2009, [pp. 209-262], p. 226. Con todo, Cosialls Ubach, Andrés, Art. 442-2 CC Cat, en Egea Fernández, Joan – Ferrer Riba, Josep (dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, II, Barcelona, Atelier, 2009, [pp. 1259-1262], p. 1259, alude a los precedentes legislativos para justificar la distribución por estirpes en un supuesto de sucesión por derecho propio. Con detalle, sobre esos precedentes y la justificación de las reglas sobre representación en la división y en la sucesión, Ginebra Molins, Esperança, Art. 441-7 CC Cat, en Egea-Ferrer (dirs.), *Comentari*, II, [pp. 1244-1249], p. 1246; la misma autora, Art. 441-8 CC Cat, Egea-Ferrer (dirs.), *Comentari*, II, [pp. 1249-1255], pp. 1250-1253.

a las RDGDEJ de 19 y 20 de octubre de 2009¹¹, a la vista de que, por un lado, el art. 330 CS (hoy art. 442-1 CC Cat) establece que los descendientes de los hijos suceden por derecho de representación y, por otro lado, que el art. 328.1 CS (hoy art. 441-7.1 CC Cat) excluye el derecho de representación en caso de repudiación, ya que solo lo prevé en la hipótesis de premoriencia, declaración de ausencia o indignidad.¹²

- b) Sin embargo, si repudian todos los delados del mismo grado, los siguientes vocados reciben una delación por derecho propio y no por derecho de representación (art. 441-6.1 y 2 CC Cat), porque así lo prevé expresamente el art. 442-2.1 CC Cat,¹³ con independencia de como se produzca luego la adquisición (art. 442-2.2 CC Cat).¹⁴

Si la delación pasa a esos descendientes por derecho propio —como sin duda es el caso— y no existiera una regla de las características señaladas (delación *ex lege* en favor del padre o madre común), para poder favorecer al cónyuge o conviviente habría que contar con la repudiación de los ulteriores descendientes, que deberían hacerlo por si mismos si fueran mayores de edad o los padres en su nombre, si fueran menores. Esto último exigiría obtener una autorización judicial (art. 236-27 e), art. 461-9.2 CC Cat)¹⁵, que el juez seguramente no concedería; o la autorización de los parientes más próximos (236-30 b) CC Cat), excluidos, claro está, los progenitores repudiantes, con la dificultad añadida del conflicto de intereses que existiría cuando uno de esos parientes fuera, precisamente, el cónyuge/conviviente viudo que debiera suceder en defecto del ulterior llamado; ese pro-

11. DOGC n. 5516, de 30 noviembre 2009 y DOGC n. 5520, de 4 diciembre 2009. Para un comentario crítico, Moreno Ayguadé, Fermin, «Sobre la invocación de la práctica notaria en relación con la justicia material», <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-renunciandosloshijos.htm>. Ahí también la réplica de González Bou.

12. Del Pozo, Pedro – Vaquer Aloy, Antoni – Bosch Capdevila, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2017, p. 375; p. 378; Vaquer Aloy, Antoni, «Arts. 442-1 y 2 CC Cat», en *Comentario al Código civil de Cataluña. Libro 4º: Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 365, que señala que si los nietos pudieran suceder por derecho de representación en todo caso no tendrían derecho a la percepción de la legítima; Arnau Raventós, Lidia – Ginebra Molins, M. Esperança – Tarabal Bosch, Jaume, *Dret de successions. Teoria i Casos*, Barcelona, Atelier, 2023, 3ª ed., p. 261, pp. 264-265.

13. Así también, art. 923 CC.

14. Así, Garrido Melero, Martín, *El libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio)*, Monográficos La Notaría, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 342, haciéndose eco de la práctica notarial explicada sub a), que considera incorrecta. Para los precedentes legislativos sobre la extensión del derecho de representación en las Leyes de Sucesión Intestada de 1936 y 1987, Lamarca Marquès, Albert, «Successió intestada a Catalunya. De la Compilació al Codi civil i els cinquanta anys entre dues lleis (1936-1987)», *Revista Jurídica de Catalunya* (RJC), 2010, 4, [pp.1169-1214], p. 1196.

15. Con referencia al art. 151.1 d) CF, Marsal Guillaumet, Joan, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol-novembre 2009). Índex analític 2005-2009», *InDret*, 2010, 1, [pp. 1-33], p. 13: «[...] el procediment per aconseguir que el cònjuge supervivent esdevingui hereu serà feixuc, amb la intervenció d'una pluralitat de jutges si els fills del causant no tenen llur residència habitual a la mateixa localitat.»

blema se añadiría al dilema de tener que autorizar la repudiación de una herencia que es beneficiosa para el menor.¹⁶ Por eso lo correcto —y también lo más beneficioso fiscalmente— es prever legalmente una llamada legal en favor del cónyuge/conviviente, sin los efectos que comportaría una renuncia traslativa por el hecho de existir otros descendientes llamados.

IV. LA REPUDIACIÓN Y LA RENUNCIA EN FAVOR DE OTRO

1. Previo

La repudiación de la herencia siempre es pura y neutra (art. 461-2.1 CC Cat). Por el contrario, la renuncia traslativa es en beneficio o a favor de alguien: coherederos (codelados) o extraños (terceros u otros vocados). De ello trata el art. 461-5 b) y c) CC. La *ratio* del precepto es establecer la interpretación de cuál es la voluntad que subyace en la repudiación cuando ésta viene cualificada por ciertos actos que alteran su neutralidad. El régimen neutro de la repudiación es el del art. 461-5 b) II CC («[...] salvo que se trate de una donación o cesión gratuita a favor de todos los demás en la proporción en que son herederos»)¹⁷ Es, también, la hipótesis del art. 461-6.2 CC Cat.¹⁸

2. Los actos de falsa repudiación que implican aceptación

Así, la repudiación extintiva de la delación se convierte en negocio de atribución cuando el delado vende, dona o cede su derecho a todos sus coherederos, a alguno de ellos o a un tercero (art. 461-5 b) y c) C CCat); o cuando altera o selecciona a los beneficiarios de la repudiación (art. 461-5 c). En todos esos casos existe una voluntad implícita indudable: no se puede querer realizar el acto sin

16. Alude a un caso parecido de repudiación con sustitución vulgar y voluntad de favorecer al cónyuge, Gómez Taboada, «Sucesión contractual», en *L'aplicació judicial*, p. 556. Es difícil saber si, a la vista del conflicto de intereses con el abuelo/a y en ausencia de otros parientes de la misma línea que pudieran consentir (bisabuelo/a), sería posible que consistieran la repudiación solo los parientes más próximos de la otra línea. La STJ de Cataluña de 7 de julio de 2014 lo admitió en un supuesto de familia monoparental. Así también, RDGDEJM de 20 de febrero de 2023 (DOGC n. 8866, de 2 de marzo de 2023) (FD 2). Sobre el particular, Anderson, Miriam, «Recursos governatius: Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (octubre 2022-febrer 2023)», *InDret*, 2023, 2, [pp. 670-682], pp. 677-680.

17. Los epígrafes 1 a 3 se inspiran libremente en Arroyo Amayuelas, Esther, Art. 1000 CC, en De Pablo Contreras, Pedro et al (dirs.), *Código civil comentado*, II, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2016, pp. 1435-1438. Sobre la aplicación del art. 1000 CC y las consecuencias de la renuncia traslativa, entre muchas, STS de 20 de julio de 2012 (RJ\2021\9001), RDGRN de 20 de enero de 2017 (BOE n. 32, de 7 de febrero de 2017) y RDGSJyFP 30 diciembre de 2021 (BOE n. 28, de 2 de febrero de 2022).

18. Casanovas Mussons, Anna, Art. 461-5 CC Cat, en Egea-Ferrer, *Comentari*, II, [pp. 1478-1481], p. 1481.

querer aceptar y, por tanto, sin querer ser heredero. Son, pues, actos de «falsa» repudiación y por eso se entiende que cuando el delado los lleva a cabo siempre existe aceptación.

Cuando la repudiación se convierte en cesión onerosa o gratuita del *ius delationis*, ello equivale a aceptación y, por tanto, lo que se transmite es la herencia o una cuota. El adquirente lo es del heredero, no del causante. En consecuencia, existirá una doble tributación: la primera, derivada del impuesto sucesorio; la segunda, por el concreto acto de enajenación inter vivos.¹⁹ Es así, salvo que el delado renuncie una vez prescrito el impuesto, aunque sea por precio, porque entonces sólo tributa el beneficiario de la renuncia y, además, en concepto de donación (art. 58.3 RISD).²⁰

3. La renuncia traslativa que no comporta aceptación

Se exceptúa el efecto adquisitivo cuando la renuncia es gratuita y se realiza en favor de los que tienen un derecho de acrecer en la porción renunciada. En este caso, se está ante una auténtica repudiación (art. 461-5 b) II CCC). En el art. 461-5 b) CC Cat, el negocio de donación sólo comporta aceptación si la atribución no respeta la proporción en que los otros llamados deben suceder en la cuota renunciada.

En realidad, el precepto no debe interpretarse en sentido literal y debe tener aplicación en otros casos en que la renuncia no solo da lugar al acrecimiento. Así, también la renuncia que da lugar a la delación en favor del sustituto vulgar (haya o no pluralidad de llamados simultáneamente) o a los herederos intestados en el orden y grado que corresponda debe ser tratada igualmente como repudiación y no como aceptación. La regla general debe ser que la renuncia traslativa solo equivale a repudiación cuando la voluntad del delado no condiciona el curso de la herencia predeterminado por la ley. Efectivamente, en ese caso, no parece lógico que la renuncia a favor de quien normalmente debería suceder en lugar del repudiante deba ser tratada como una cesión «a extraños» y tener el efecto de aceptación. Por eso es también repudiación la hipótesis de renuncia traslativa prevista en el art. 461-6.2 CC Cat, que se refiere a la renuncia en favor de la única persona que podría suceder y se diferencia, así, del supuesto de aceptación *ex lege* previsto en el art. 461-5 c) CC Cat.²¹

19. Lamarca Marquès, «Successió intestada», p. 1196. Sobre el particular, con datos actualizados, *vid.* epígrafe VI.

20. RD 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones [RISD]. *Vid.* Consulta de la Dirección General de Tributos (V0101-06), de 19 de enero de 2006 y (V4972-16), de 16 de noviembre de 2016.

21. Sin embargo, esta interpretación no es la que por regla general efectúan los tribunales de lo contencioso. Entre muchas, *vid.* recientemente, STJ País Vasco de 19 de enero de 2021 (VLEX-866420864), que interpreta literalmente y de manera estricta la expresión «acreimiento» en el art. 1000 CC.

4. La práctica notarial de renuncia conjunta de los hijos y la aceptación simultánea del cónyuge anterior a la promulgación del Libro IV CC Cat

Antes de que el legislador catalán codificara la regla que hoy prevé el art. 442-2.2 CC Cat, existía una práctica notarial que consistía en admitir la renuncia conjunta de los hijos y la aceptación simultánea del cónyuge, con el fin de que este adquiriera en plena propiedad el patrimonio de subsistencia en qué consistía la herencia. A pesar de afirmarse que, sin duda, la razón por la cual los hijos se ponían de acuerdo para renunciar era la común voluntad de que el cónyuge viudo adquiriera toda la herencia,²² esa renuncia no se cualificaba ni como pura y simple o abdicativa, ni como renuncia traslativa y, por eso mismo, en la práctica había encontrado obstáculos para su inscripción. En los casos a que dieron lugar las RDGDEJ 19 octubre 2009 y RDGDEJ 20 octubre 2009, la registradora de la propiedad exigía saber si existían descendientes ulteriores (nietos), para poder dilucidar si la renuncia de los hijos era o no traslativa; o que se acreditara su inexistencia, para poder considerar que había habido una renuncia simple. Además de las distintas consecuencias fiscales, en la primera hipótesis hubiera sido preciso, para no interrumpir el tracto sucesivo (art. 20 LH), que constara inscrita la titularidad de los hijos como consecuencia de la aceptación *ex lege* antes de inscribir el pleno dominio de la madre.²³

V. LA DELACIÓN AL CÓNYUGE O CONVIVIENTE COMO EFECTO *EX LEGE*

La delación al cónyuge o conviviente cuando todos los descendientes comunes con el causante repudian altera el orden normal de llamamientos hereditarios en la sucesión intestada y constituye una excepción al principio de sucesión de grado en grado y de orden en orden (art. 441-6.3 CC Cat).²⁴ Por consiguiente, la discusión sobre si la renuncia de todos los llamados en favor del progenitor común debe cualificarse de pura y simple (o abdicativa) o de traslativa pierde sentido en la actualidad, toda vez que el art. 442-2.2 CC Cat establece la llamada en favor del cónyuge/conviviente como un efecto legal de la repudiación. Está implícito en la norma que los descendientes pretenden mejorar la posición del supérstite, precisamente porque la regla no opera cuando los descendientes delados no puedan ser herederos por cualquier otra circunstancia distinta de la repudiación.²⁵ Sin embargo, la realidad es que no ha lugar a interpretar cuál era la

22. Cosialls Ubach, Art. 442-2 CC Cat, en Egea – Ferrer (dirs.), *Comentari*, II, p. 1261.

23. Marsal Guillamet, «Recursos governatius», pp. 13-14, que, además, critica con razón la ausencia de argumentos jurídicos por parte de la RDGDEJ 19 octubre 2009.

24. Marsal Guillamet, «Recursos governatius», p. 13.

25. Taboada, «Sucesión contractual», en *L'aplicació judicial*, p. 554, «ya la iniciativa de los hijos de renunciar supone una voluntad de beneficiar a su progenitor». Critica la timidez del legislador

voluntad de los delados al renunciar a la herencia y que es indiferente que con ello pretendan beneficiar al progenitor común o, todo lo contrario, procurarse un beneficio propio y evitar pagar impuestos por un patrimonio del que apenas tendrán beneficios.

VI. NECESIDAD Y UTILIDAD DE LA NORMA

Se ha dicho que la norma contenida en el art. 442-2.2 CC Cat es especialmente beneficiosa para el ascendiente que sucede a una edad en que necesita más que los descendientes los recursos que le proporciona la sucesión en la herencia del causante. Se da a entender con ello que el sobreviviente es ya jubilado cuando hereda, cuando no un anciano en situación económica precaria.²⁶ Sin embargo, si bien se mira, la regla que ahora se analiza tiene tanto o más sentido cuando el cónyuge o pareja superviviente viudo/a es joven y tiene hijos ya mayores. En estos casos, la renuncia en su favor permite que el padre o la madre deje de estar vinculado a ellos con el usufructo y de este modo pueda asegurarse un patrimonio que le de mayor libertad y pueda, así, rehacer mejor su vida. Es cierto que el usufructo universal siempre se puede conmutar (arts. 442-3.1 y 442-5.1 CC Cat), pero para ello es preciso que los hijos se pongan de acuerdo en asignarle un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios y este no será el caso cuando el dinero de la herencia sea escaso o el patrimonio consista simplemente en la vivienda familiar (art. 442-5.5 CC Cat). Además, la conmutación tiene otros límites y en todo caso no excluye que la vivienda continúe bajo el régimen de usufructo (art. 442-5.2-3 CC Cat).

Pudiera parecer que el art. 442-2.2 CC Cat introduce restricciones que acaso sean poco justificables, como es la necesidad de que la viuda o pareja conviviente con el causante sea un ascendiente común con los hijos que repudian. Esa restricción solo obedece a la consciencia que tienen los hijos de que el patrimonio que ahora se quiere todo para el viudo ha sido adquirido conjuntamente con el esfuerzo del padre y de la madre.²⁷ Dentro de esa lógica tendría menos sentido, quizás, que los hijos se plantearan renunciar en favor de quien no es un ascendiente suyo o, tal vez, que solo es común a alguno de ellos.²⁸

al no extender la norma a otros supuestos, Gete-Alonso, «La sucesión intestada», en *El nou Dret successori*, pp. 227-228.

26. Gete-Alonso, «La sucesión intestada», en *El nou Dret successori*, pp. 226-227. Por el contrario, Ysàs Solanes, Maria, «La sucesión intestada en Cataluña», en Gete-Alonso Calera, M. Carmen (dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, II, Madrid, Civitas, 2011, [pp. 1661-1697], p. 1676, considera que el viudo ya está suficientemente protegido con el usufructo universal.

27. En el caso discutido en las RDGDEJ de 19 y 20 de octubre de 2009, la vivienda tenía el carácter de bien ganancial.

28. Aunque sin duda queda abierta la posibilidad de la renuncia traslativa. Vaquer Aloy, Antoni – Ibarz López, Noelia, «Las familias reconstituidas en la sucesión legal», *Revista de Derecho Civil*, 2017, 4, [pp. 211-235], p. 218, muestran cierta perplejidad por el hecho de que el legislador admita que el causante pueda no distinguir entre hijos comunes y no comunes dentro de la familia

Desde el punto de vista fiscal también hay que valorar favorablemente esta novedad, porque al alterar *ex lege* el orden de llamamientos, la repudiación ya no deberá considerarse hecha «en favor de terceros» y, por tanto, no implicará aceptación de la herencia (*ex art. 461-5 b y 461-6.2 CC Cat*) ni habrá, por consiguiente, doble imposición fiscal: la primera, derivada del impuesto sucesorio; la segunda, por el concreto acto de enajenación *inter vivos*.

En realidad, en lo que concierne al impuesto sucesorio, el efecto fiscal de estas repudiaciones no es excesivamente relevante. La bonificación que corresponde al viudo o la pareja estable en el impuesto de sucesiones es del 99% de la cuota tributaria sin límite alguno, de conformidad con el art. 633-4 del Código Tributario, en la parte aprobada por el Decreto legislativo 1/2024, de 12 de marzo.²⁹ Las bonificaciones que corresponden a los hijos según el mismo precepto han quedado muy reducidas en la Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, por lo que la tributación por parte del viudo o la viuda ordinariamente será inferior de la que correspondería a los hijos, aunque hay que recordar el efecto que pueden producir las reducciones por parentesco, 100.000 euros por hijo. Ocurre, sin embargo, que, si se trata de patrimonios de subsistencia y el activo de mayor valor de la herencia es la vivienda habitual, que goza de bonificación de hasta 500.000 euros, habrá que concluir que, en la sucesión en sí, el beneficio fiscal de la norma es pequeño.

El ahorro fiscal indiscutible se produce porque el viudo se ahorra tributar por donaciones. Si no resultara aplicable el art. 442-2.2 CC Cat, el viudo recibiría los bienes por donación de los hijos. En cambio, como consecuencia de la aplicación de la norma, normalmente ahorrará entre el 5% y el 7% del valor de lo que recibe. La tarifa reducida de donaciones, según el artículo 633-2 del Código Tributario es del 5% hasta 200.000 euros, el 7% hasta los 600.000 euros, y el 9% en el resto. La tarifa, en los patrimonios en que de ordinario se aplicaría la renuncia traslativa a que nos estamos refiriendo, aun cuando habría tantas donaciones al progenitor como hijos que renunciasen a la herencia, difícilmente pasaría del segundo tramo.

VII. REFLEXIONES FINALES

Que el cónyuge o conviviente supérstite suceda antes que los nietos en la hipótesis descrita es un ejemplo más de la progresiva tendencia del legislador catalán de mejorar su posición en la sucesión intestada.³⁰ Además de suceder en

reconstituida, y ordenar disposiciones testamentarias a su favor y que, en cambio, el trato legal que ese mismo legislador dispense a esos hijos no comunes no sea idéntico en cuanto a la adquisición de derechos en la herencia.

29. Ley 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la Administración tributaria de la Generalitat (DOGC n. 7426, de 3 de agosto de 2017) y Decreto Legislativo 1/2024, de 12 de marzo, por el que se aprueba el libro sexto del Código tributario de Catalunya, que integra el texto refundido de los preceptos legales vigentes en Catalunya en materia de tributos cedidos (BOE n. 87, de 9 de abril de 2024).

30. Breve apunte en Arroyo Amayuelas, Esther – Anderson, Miriam, «Cambios sin rupturas en el nuevo Derecho de sucesiones catalán», en Cuenca Casas, Matilde - Anguita Villanueva, Luís - Serra-

segundo lugar, en defecto de hijos o descendientes, tiene el usufructo universal en concurrencia con ellos, pero este derecho o su posible conmutación puede no ser suficiente y, por el contrario, la regla que aquí se analiza puede facilitarle las cosas cuando para los herederos sea intrascendente heredar.³¹ Efectivamente, ¿por qué los herederos deberían pagar el impuesto de patrimonio por un inmueble del que solo van a ser nudo propietarios y del que en vida del usufructuario no van a sacar ningún provecho? Poco o ninguno se obtiene si además resulta que la nuda propiedad debe repartirse entre muchos. Por lo general, los hijos repudian —y ello incluye la legítima—, de manera que luego solo percibirán la legítima que les corresponda en la herencia del padre o madre sobreviviente y acaso podría ocurrir que este último dispusiera de su herencia en favor de solo uno de sus hijos.³²

Las repudiaciones en Cataluña no tienen en esta situación el principal ejemplo y, seguramente, la mayoría de ellas obedece a la voluntad de no tener que pagar deudas. La todavía relativa poca frecuencia con que todos los hijos repudian en favor del cónyuge (recuérdese, como mucho, no más de 500 al año en Cataluña) quizás no permite afirmar que ha llegado el momento de promover una modificación legislativa del orden sucesorio en la intestada, con el fin de que el cónyuge o conviviente ocupen el primer lugar. Sin embargo, si se atiende al dato de que generalmente existe sucesión intestada cuando el causante no deja mucho en herencia (la planificación sucesoria es la regla en otro caso), es plausible defender la alteración de la delación al viudo o pareja en primer lugar —como, por otra parte, sugiere una parte de la población catalana— porque en este tipo de patrimonios el reparto en nuda propiedad y usufructo no satisface los intereses de

no Alonso, Eduardo (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, [pp. 1669-1719], pp. 1712-1716; Ferrer Riba, «Tradició heretada», en *El nou Dret successori*, p. 30; Lamarca, «Successió intestada», pp. 1200-1207.

31. Del Pozo – Vaquer Aloy – Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 378.

32. Ysàs Solanes, «La sucesión intestada en Cataluña», en Gete-Alonso (dir.), *Tratado*, II, p. 1676. Gómez Taboada, «Sucesión contractual», en *L'aplicació judicial*, p. 554, expresa que, a pesar de la renuncia, los hijos desean a veces mantener la legítima y no precisamente para reducir la base imponible del viudo heredero y no ve obstáculo alguno para que así sea, en virtud del principio de libertad civil (art. 111-6 CC Cat) y de la previsión del art. 451-7.1 CC Cat: «s'entén» es una simple presunción. Efectivamente, por más dudas que pueda ofrecer el último inciso del art. 451-7.1, una cosa es repudiar el título de herencia o de legado y otra renunciar al derecho legal de crédito en que consiste la legítima y ese esquema debe mantenerse en la sucesión intestada. Con todo, Arnau Raventós – Ginebra Molins – Tarabal Bosch, *Dret de successions*, p. 294, consideran que la renuncia a la herencia o al legado *implica* renuncia a la legítima, por lo menos en el ámbito de la sucesión testada. En la línea, Del Pozo – Vaquer Aloy – Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 401. Esta nota ha sido redactada sobre la base de las discusiones habidas en el Seminario del Profesor Badosa de los lunes por la tarde en la Facultad de Derecho y debo agradecer a sus integrantes las discusiones que hemos tenido, con argumentos no siempre coincidentes.

nadie.³³ En esa reforma encajaría muy bien la suspensión de la prescripción de la pretensión al pago de la legítima que hoy prevé el art. 451-27.3 CC Cat.³⁴

33. Así, Vaquer Aloy, Antoni, «Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el Dret civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret privat*, 2020, 22, pp. 77-105, y allí datos de la Agencia Tributaria catalana sobre la cuantía de las sucesiones en el trienio analizado (poco más de 100.000 euros) y encuestas que muestran ciertas preferencias por el cónyuge o conviviente en el primer orden de la sucesión y, significativamente, a partir de que los hijos tienen ya una determinada edad (pp. 84-89).

34. En el contexto de la sucesión testada, *vid.* también art. 451-11.3 del Projecte de Llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya (BOPC n. 457, de 19 de desembre de 2022), hoy decaído: «Si la causant ha instituït com a única persona hereva l'altre progenitor o progenitora de la legitimària i el pagament de la llegítima impedeix la persona hereva satisfer les seves necessitats, determinades d'acord amb l'article 452-1.2, aquesta pot ajornar el pagament durant la seva vida, tret que la causant hagi disposat el contrari. L'ajornament no s'estén a les atribucions fetes per la causant que siguin imputables a la llegítima.

EL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. UNA PERSPECTIVA DE FUTURO¹

Isabel González Pacanowska

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Murcia.

Sumario. I. LIBERTAD DE TESTAR Y LEGÍTIMAS. 1.- LA ORDEN MINISTERIAL DE 4 DE FEBRERO DE 2019. 2.- LOS DERECHOS LEGALES DEL CÓNYUGE VIUDO ENTRE LIBERTAD Y DERECHOS FORZOSOS. II. LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL CÓDIGO CIVIL Y LOS CAMBIOS PROPUESTOS POR LA DOCTRINA. III. ALGUNAS PREMISAS. 1.- El modelo legal de cónyuge viudo. 2.- Cónyuge viudo, no separado. El problema de la separación de hecho. IV. Algunas claves de las propuestas de reforma. 1.- El cónyuge viudo es legitimario y la legítima es *pars valoris*. 2.- El legado del usufructo universal de la herencia. 3.- El uso de la vivienda familiar.

I. LIBERTAD DE TESTAR Y LEGÍTIMAS

1. La Orden Ministerial de 4 de febrero de 2019

La OM del Ministerio de Justicia explica los motivos por los que encarga a la CGC los estudios previos necesarios para la renovación del Derecho sucesorio en el Código civil. Alude, en primer lugar, a las «profundas reformas» de las que ha sido objeto el Derecho de sucesiones en muchos países europeos, así como en las Comunidades Autónomas con competencias en Derecho civil. El Código civil en esta materia, se dice, «ha quedado rezagado», las modificaciones desde el año 1889, con la salvedad de la realizada por las leyes de 1981, han sido «puntuales». Al afrontar la tarea se insta a «aprovechar los trabajos ya realizados en el ámbito

1. El texto trae causa de la intervención desarrollada el día 21 de febrero de 2025, en el marco del Congreso Internacional sobre la Protección del cónyuge viudo, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Se ha mantenido, en general, el contenido y el tono de aquella intervención.

comparado interno e internacional» en aras de una «necesaria modernización de la mejor manera posible». Se alude a la «historia, la tradición y la cultura de cada país» en la configuración de esta materia para subrayar su importancia en el pasado, pero parece concederse mayor peso a la «experiencia más reciente» que nos revela «problemas jurídicos» comunes y soluciones que «tienden a converger».

Llegada la hora de afrontar una «profunda reforma del sistema sucesorio del Código civil español», comparece en primer término la legítima, «castellana», extensa e imperativa. Alejada de un sistema de libertad de testar en el que «el causante puede disponer libremente de sus bienes para después de su muerte». La indeclinable modernización del Código civil en este punto se asocia a los «cambios en la propia estructura familiar». Las opciones de reforma se explican como «dos posiciones contrapuestas»: legítima, por un lado, y absoluta libertad de testar, por otro. El debate, se reconoce, está «lleno de matices», y no puede ser resuelto de manera precipitada. De ahí que se pida a la CGC que profundice en aquellas dos opciones, o en cuantas puedan merecer estudio, y elabore sendos informes y Propuestas de texto articulado de cada una de aquellas visiones que «sirvan de la mejor manera posible a la sociedad», a fin de iniciar la futura reforma.

Ciertas expresiones de la OM suscitan algún comentario. No es compartible la idea de que la importancia de la historia, la tradición y la cultura deba colocarse en un segundo plano en este terreno por razón de esos problemas jurídicos comunes. La OM trasluce además cierto optimismo al presuponer que los retos compartidos implican convergencia entre las soluciones en el panorama comparado europeo y nacional.

Lo frecuente es, probablemente, que un sector mayoritario de los ascendientes favorezca con atribuciones gratuitas a sus más allegados en la línea recta descendente (en igual o desigual reparto) y, en su caso, a su consorte. Y que el testamento sea un continuo que complementa la senda acaso ya iniciada y la extiende en cualquier caso al *relictum*, con algunas concesiones a otros intereses, si el patrimonio lo permite.

Es también común, al menos en los sistemas de Europa continental, que la ley disponga que los parientes más próximos y, en su caso, el viudo, sean imperativamente favorecidos mediante un sistema de legítimas o de cuotas forzosas, y designados de forma dispositiva como sucesores en la sucesión intestada, supletoria de la testada. El cónyuge viudo, además, con independencia de su condición de legitimario, es habitualmente el beneficiario de normas destinadas a salvaguardar, en distinta medida, la continuidad en el hogar familiar.

Los diferentes sistemas, sin embargo, manifiestan diferencias respecto a quiénes son los legitimarios, y articulan de modo diverso su posición jurídica².

2. Las diferencias técnicas se intensifican al abordar la naturaleza de su derecho, su posición jurídica dentro de la comunidad hereditaria, las operaciones de computación del caudal a estos efectos, la cuantía y la consistencia cualitativa, los mecanismos para su satisfacción, las garantías del pago, las acciones de protección, las causas de privación, así como múltiples cuestiones conexas, como son el concepto y los efectos de la preterición o el régimen jurídico de la colación.

En cuanto al viudo, el análisis comparado ha de proceder con especial cuidado, dado que intervienen diversos elementos adicionales con una proyección indudable a la hora de evaluar el trato que le dispensa el Derecho sucesorio. Primero, y en todo caso, cuál es su posición resultante de la liquidación del régimen económico matrimonial. De singular importancia son además los derechos de carácter familiar que se confieren con ocasión del fallecimiento, con independencia de (o además de) lo que corresponda por razón de aquella liquidación o añadidos a sus derechos sucesorios. Por ejemplo, el derecho de predetracción del ajuar familiar de la vivienda habitual (art. 1321 CC), o derechos de uso sobre dicha vivienda, conferidos por la ley.

Segundo, y aunque en la actualidad tengan menor protagonismo, será preciso indagar si en el ordenamiento de que se trate persisten instituciones como bienes troncales, reservas, o supuestos de reversión de donaciones —como las reflejadas en los arts. 811 y 812 CC— que sirvan al interés de conservar determinados bienes de procedencia familiar en el tronco de origen, evitando que los derechos legales del viudo puedan subvertir ese destino. Asimismo, tendrá relevancia la existencia y el alcance de las reservas que puedan afectar al bínubo en favor de los hijos habidos en el primer matrimonio (arts. 968 a 980 CC), para evitar que los bienes adquiridos a título lucrativo del primer cónyuge premuerto terminen beneficiando a una nueva familia con olvido de la anterior.

Tercero, aunque de modo menos evidente, debe valorarse de qué modo, bajo qué presupuestos y con qué alcance la ley establece deberes patrimoniales entre los esposos cuando su unión se disuelve en vida de ambos, o si persigue dilatar en el tiempo y después de la crisis el nivel económico disfrutado durante el matrimonio. Esta consideración parece necesaria, en aras de evitar llamativas contradicciones axiológicas.

Por último, cabe preguntarse si, y en qué medida, el legislador ordinario ha de dotar a las normas civiles en esta sede de una finalidad de índole asistencial, colmando así alguna de las dimensiones de la función social de la herencia reclamada por el art. 33 de la CE, habida cuenta de que el supérstite pertenece, con frecuencia, al sector más envejecido de la población, con necesidades específicas cuya atención puede quedar sensiblemente mermada cuando no puede contar ya con los ingresos del fallecido primero.

2. LOS DERECHOS LEGALES DEL CÓNYUGE VIUDO ENTRE LIBERTAD Y DERECHOS FORZOSOS

Aunque sea a riesgo de incurrir en una descripción demasiado simplista, el debate sobre la reforma del Código civil, cada vez más extendido a partir del nuevo milenio, se divide entre quienes se muestran favorables a un cambio radical que suprima el sistema de cuotas forzosas y los que, por el contrario, abogan por preservar las ventajas indudables de un sistema de legítimas, sin perjuicio de introducir las modificaciones oportunas que logren la adaptación a los cambios

económicos y sociales de la familia, prescindiendo cuando proceda de instituciones de honda raigambre histórica.

Excedería con mucho el propósito de esta ponencia intentar una síntesis de los términos de la controversia o el alcance de las distintas propuestas de reforma, aunque de algunas se dará cuenta en los siguientes apartados. La doctrina que aborda la materia desde una perspectiva más general es ya inconmensurable y en alguna medida reiterativa en la exposición de los argumentos en pro de la abolición de los límites a la libertad dispositiva. Resulta llamativo que el punto de partida sea, en ocasiones, la obsolescencia de un sistema de cuotas forzosas para la realidad familiar del siglo XXI, pero, al mismo tiempo, el aserto se nutre de razones o de presuposiciones que, en alguna medida, resuenan a los que comparecían en los albores de la codificación³.

En los últimos años, además, han visto la luz varias obras de envergadura que abordan de manera monográfica la materia y suministran extensa información sobre cómo se desenvuelve la discusión en la doctrina, las ventajas y los inconvenientes de uno y otro sistema, así como las reformas ya acometidas en los Derechos civiles autonómicos y el estado de la cuestión en algunos Ordenamientos extranjeros⁴.

Ahora bien, al reflexionar sobre una posible reforma del Código civil en lo que atañe al viudo, resulta de interés descender desde los argumentos abstractos hacia una somera descripción de cuáles son y cómo se han reformado los derechos legales que se le atribuyen; derechos que representan correlativamente límites a la libertad del testador casado, ya sean de carácter imperativo, ya sea posible su desplazamiento mediante el pacto en contrario o la renuncia unilateral. El análisis se refiere solo a los ordenamientos nacionales, pues aquí no existen grandes diferencias en su respectiva base sociológica.

3. Extensa ilustración de tales opiniones puede encontrarse en SCAEVOLA, *Código*, 1898, pp. 92 y ss. De las concesiones favorables «al espíritu de la vida jurídica foral» reflejados en la reducción de la legítima de los descendientes y en la cuota usufructuaria del cónyuge viudo se da cumplida noticia; pero a la decisión final de la Comisión favorable a la legítima «concedemos con agrado nuestra alabanza». Sintetiza los argumentos MANRESA, *Comentarios*, 1898, 188 y ss. advirtiendo que pocos temas hay tan debatidos, aunque apostilla «Justo es reconocer que se ha dado a la cuestión una importancia que no tiene y que se han exagerado hasta lo sumo las ventajas e inconvenientes del sistema de legítimas y del sistema de libertad de testar». DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, p. 87, ya advertía que la controversia no puede reproducirse en los términos decimonónicos, por las radicales diferencias entre el entorno de entonces y el actual, así como por razón del menguado protagonismo actual del Derecho sucesorio como vehículo de transmisión de la riqueza de las grandes fortunas. Como señala VALLADARES, *Libro Homenaje*, 2003, p. 4893, los argumentos «suenan a otras épocas» y «trasnochados». ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias*, 2020, p. 31 y s.

4. Limitando aquí la cita a algunas de las obras de carácter más extenso, MAGARIÑOS, *Libertad*, 2022. Con abundantes y exhaustivas referencias, VERDERA SERVER, *Contra*, 2022, VIVES VELO DE ANTELO, *Razones para mantener*, 2024. Indispensable para comprender la evolución histórica y la reflexión crítica sobre alguno de los tópicos reiterados en esta materia, RUBIO GARRIDO, *Fundamentos*, 2022. Una síntesis del sistema español, tendencias en los últimos años y los argumentos en pro y contra del sistema de legítimas, CÁMARA LAPUENTE, *Mandatory*, 2020, pp. 164 y s.

Lo primero que se observa en este terreno es que se diluye aquella contraposición. El viudo resulta favorecido con derechos de índole sucesoria o de carácter familiar, tanto en los Derechos que consagran la libertad de testar —o en los que no es legitimario—, como en aquellos otros que le incluyen entre los sucesores forzosos. Más aún, es en los primeros donde puede llegar a recibir mayor amparo, al menos desde la perspectiva de asegurarle una cierta continuidad en su posición durante el matrimonio. Cabe destacar que, a pesar de las diferencias normativas, se cumple en todo caso una de las principales funciones características de los sistemas que establecen derechos legales predeterminados, sin perjuicio de su diversa consistencia y cuantía. El testador goza *ex ante* de un marco legal claro y preciso de los límites a los que ha de ajustarse al ordenar su sucesión, con la seguridad de que al respetarlos sus disposiciones tendrán la eficacia pretendida.

La configuración legal concreta se encuentra impregnada de distintas finalidades conforme a la historia y la tradición de cada región. Estos factores inciden en el margen que se concede a la autonomía de la voluntad para eludir la disciplina legal mediante pacto o para excluir su aplicación por la renuncia del beneficiario. El panorama es la confirmación de que «sociedades muy similares pueden estar regidas por reglas sucesorias muy distintas», pues «la historia tiene una importancia decisiva» y la propia singularidad del fenómeno sucesorio inclina a «especial cautela ante toda reforma del Derecho de sucesiones»⁵.

Los cambios legislativos desde el año 2000 revelan, en efecto, un proceder más bien cauteloso, alejado de rupturas drásticas ajenas a su devenir histórico. En el Fuero Nuevo de Navarra, sin legítima material alguna, se mantiene a favor del supérstite el tradicional usufructo legal de viudedad, antes denominado de fidelidad (leyes 253 a 266 FN), y persiste la reserva del cónyuge bínubo (ley 273 FN), representando ambos límites a la libertad dispositiva. En Aragón, con un sistema de legítima colectiva a favor de los descendientes, el viudo no ha tenido la consideración de legitimario, pero igualmente le corresponde el usufructo de viudedad, derecho de familia inalienable e inembargable, que se atribuye a cada cónyuge sobre todos los bienes del que primero fallezca. Usufructo que cabe no obstante excluir por pacto y es susceptible de renuncia en todo o en parte (conforme a la disciplina de los arts. 272 y siguientes del CDFA). El preámbulo del Decreto Legislativo 2/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón subraya que el art. 271 CDFA expresa la esencia del derecho de viudedad aragonés y sus rasgos definitorios «tal y como lo conocemos desde su origen histórico en la época de los Fueros».

El usufructo universal, en ambos casos, está ligado a la garantía del sustento económico del viudo, confiando además en que, por esta vía, perdure la unidad en la gestión del patrimonio familiar como símbolo y representación física de la solidez de los vínculos entre los miembros de la familia. Al usufructuario incumbe prestar alimentos a los descendientes del cónyuge premuerto (ley 259. 3 FN,

5. DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, p. 86.

art. 298 CDFA). El carácter vitalicio de su disfrute asegura al mismo tiempo la permanencia de los bienes dentro de la familia como linaje o estirpe basada en la consanguinidad⁶, sin perjuicio de tener además sus propias y específicas causas de extinción, entre ellas el nuevo matrimonio o la vida marital estable con otra persona, salvo pacto o disposición en contrario del premuerto⁷.

En el Código civil de Cataluña el viudo tampoco es, ni ha sido, legitimario. Solo en caso de carecer de recursos económicos propios podrá reclamar la cantidad precisa para cubrir su situación de necesidad, apreciada en esta sede con criterios específicos, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, la cuarta viudal (arts. 452-1 a 452-6 CCCat.), de origen justiniano. Su función es similar, aunque no idéntica, a la prestación compensatoria regulada para los casos de crisis matrimonial en el art. 233-13 CCcat., con importantes diferencias de régimen jurídico: la cuarta viudal es el límite máximo que puede alcanzar la atribución y se subordina a las legítimas de los descendientes⁸. A esa similitud se refiere el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio al señalar que se han actualizado los requisitos para su reclamación con criterios análogos a los que sirven para fijar la pensión en una crisis matrimonial para asegurar «que en caso de viudedad el cónyuge no quede paradójicamente en una condición peor de la que podría haber disfrutado si el matrimonio se hubiese disuelto por divorcio»; además se han evitado aquellos factores que en el sistema anterior «habían hecho inviable en muchos casos su reclamación o la habían reducido, injustamente, a importes insignificantes».

En el Código civil, como es bien sabido, los derechos del viudo y su conformación usufructuaria se introdujeron como novedad en una suerte de acercamiento a los sistemas forales navarro y aragonés de usufructo viudal universal. Una legítima de distinta condición que la reconocida a los parientes en línea recta, que, al recaer sobre el tercio de mejora en concurrencia con descendientes, confiere a éstos la expectativa de consolidación del pleno dominio. Comparte con los Derechos forales la finalidad de procurar que los bienes percibidos del consorte fallecido reviertan a la familia de éste y de atender, en menor medida, al digno mantenimiento de quien en la época se describía mayoritariamente como mujer, sin profesión. Ciertamente, no tiene estricto carácter alimenticio al no subordinarse a la carencia de recursos económicos del beneficiario, ni su limitado alcance asegura centralizar en su persona la gestión de los bienes de la familia, máxime porque se permite su conmutación para evitar los inconvenientes económicos y jurídicos que el usufructo comporta. La independencia respecto de la necesidad efectiva explica no solo su carácter vitalicio, sino también que no se extingue por contraer

6. Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, *Las legítimas*, 2019, p. 440.

7. Destaca, en efecto, que, además de por otras causas ligadas al incumplimiento de obligaciones hacia los hijos o al propio usufructo, se extingue por el nuevo matrimonio o vida marital estable: art. 301.1. (c) CDFA, salvo disposición en contra del premuerto. Ley 261.3 FN, en relación con las leyes 262, 264.3.

8. V. ESPIAU, *Tratado*, 2016, p. 850.

nuevo matrimonio o tener vida marital con otra persona⁹. De manera consciente y huyendo de «investigaciones odiosas y de cuestiones entre las familias» se prefirió conceder en todo caso la legítima al viudo, con independencia de su fortuna o de su pobreza¹⁰ o de ulteriores vicisitudes de su vida, a diferencia de lo previsto en los derechos forales para el usufructo universal.

La misma naturaleza de derecho real limitado y conmutable se conserva para la legítima del viudo en las recientes reformas de los ordenamientos autonómicos que seguían en este punto la forma del Código civil. Los cambios de los últimos años se han limitado a alterar la cuantía de la cuota usufructuaria, y no siempre para incrementarla, novedades que se insertan en un contexto de supresión de la legítima de los ascendientes y de reducción cuantitativa de la de los descendientes. Así ocurre en el Derecho gallego (Ley/2, 2006 de 14 de junio de Derecho civil de Galicia, arts. 253-257), donde se establece un usufructo de un cuarto si concurre con descendientes y de la mitad si no los hay. En el Derecho Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, arts. 52 y 53) la cuota usufructuaria que le corresponde como legítima es la mitad si concurre con descendientes y de dos tercios en otro caso.

Finalmente, el cónyuge viudo retiene la condición de usufructuario en el Derecho Balear de Mallorca y Menorca (art. 45. III CDCIB) —en cuantía variable en función de la concurrencia con otros legitimarios, y universal, si es el único—, mientras que no es legitimario en Ibiza y Formentera.

II. LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL CÓDIGO CIVIL Y LOS CAMBIOS PROPUESTOS POR LA DOCTRINA

Un sector de la doctrina lamenta lo que se percibe como la exigua consideración del supérstite en el Código civil. En el marco de la crítica al planteamiento legitimario vigente, por algunos se exalta la fortaleza intrínseca del vínculo matrimonial, por razón, se dice, de la voluntad afectiva y efectiva que lo sustenta que lo hace digno merecedor de mayor consideración legal ante la desolación que sigue al fallecimiento del otro cónyuge. Estadísticamente, se añade, la mayoría de los supérstites son viudas y, se presupone, de edad avanzada que, en la descripción típica, han compartido los esfuerzos de una vida en común con sus frutos patrimoniales y han permanecido voluntariamente juntos hasta que la muerte los ha separado¹¹.

9. V. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El pago*, 2004, pp. 31 y ss., y sobre su función y fundamento, pp. 54 y ss. Del mismo autor, *Las legítimas*, 2019, pp. 439 y s. V. el análisis detallado de los antecedentes y la evolución, con amplias referencias, de ARRÉBOLA, *Retos*, 2023, *passim*.; en particular, sobre la finalidad de preservar los bienes dentro de la familia, pp. 155 y s.

10. MANRESA, *Comentarios*, 1898, p. 446 y s.

11. Cfr. GOMÁ LANZÓN, *Las legítimas*, 2019, p. 73, en relación con las razones que abonan una modificación de las legítimas en el Código civil se refiere, en otras, a la «conyugalización» de las relaciones jurídicas «por lo que en buena parte de los casos lo que se quiere, si el matrimonio ha ido bien, es favorecer hereditariamente al cónyuge». ESTELLÉS PERALTA *El valor*, 2024, 555 y s. Una

Este tipo de consideraciones ya estaban presentes, en alguna medida, en la Exposición de motivos de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. La anteposición del cónyuge a los colaterales en la sucesión intestada se justificó entonces para aliviar su postergación, que se habría agravado de mantenerse la preferencia de los hermanos, advirtiéndose que «el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre» y que «en la sociedad moderna prima la familia nuclear sobre la troncal». Afirmaciones que, lejos de perder vigencia, gozan de extendida y plena aceptación. Nótese, con todo, que este razonamiento es aplicable al orden legal de la sucesión intestada que responde a la presumible voluntad del causante tipo, susceptible de ser desplazada mediante el testamento. El deber imperativo de respetar la legítima y el correlativo derecho a exigirla, en cambio, se asocian de algún modo a una proyección *post mortem* de los deberes conyugales de ayuda mutua derivados del vínculo matrimonial y están presentes en todo caso, sea la sucesión testada o intestada. No parece, entonces, que pueda sin más justificarse por razón de la afectividad, pues se impone incluso en contra de la voluntad del testador.

Quizá por esta razón, la virtualidad de tales límites es en la práctica reducida, como lo demuestra la muy escasa jurisprudencia referida específicamente al ejercicio de acciones de protección de la legítima por el viudo y frente a disposiciones testamentarias o donaciones que perjudican aquella. El conflicto suele más bien presentarse en relación con otras cuestiones como es su posición jurídica en la comunidad hereditaria; por ejemplo, la responsabilidad del usufructuario por las deudas hereditarias o la obligación de colacionar si es instituido heredero¹². En materia de legítimas es más frecuente observar que sean las disposiciones a favor del consorte, por sí solas o en combinación con otras, las causantes de la lesión de la legítima de los descendientes que concurren (por ejemplo, por razón de donaciones inoficiosas, desheredación injusta o preterición intencional).

Desde la perspectiva de la contraposición entre la libertad de testar y el sistema de cuotas forzosas, se propugna, en cualquier caso, una mejora en su posición, si bien difiere la vía para alcanzarla.

Los adalides de la denominada libertad de testar sostienen que el apego a la tradición de las legítimas cuenta entre sus desafortunadas secuelas el convertirse

completa síntesis de los rasgos de la legítima del cónyuge viudo, CORRIPIO, *La permanencia*, 2024, pp. 1123 y s.

12. Ambas cosas negadas por la jurisprudencia. Sobre la institución en el usufructo y la responsabilidad por deudas, v. STS 712/2014, de 16 diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5728). Un resumen y con cita de jurisprudencia anterior, v. la STS 807/2023 de 24 mayo (ECLI:ES:TS:2023:2376). En cuanto a si debe colacionar las donaciones recibidas, se dice que «El Código civil no se ocupa expresamente de esta cuestión y, aunque hay opiniones minoritarias discrepantes, la doctrina tradicional, que hoy continúa siendo mayoritaria, y que la sala considera preferible mantener, niega que el viudo se vea afectado por la colación», y en tal sentido se pronunció la STS 955/2000, de 25 de octubre. La opinión mayoritaria es que «la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos».

en una barrera infranqueable para la extendida voluntad de los testadores de favorecer a su cónyuge, especialmente cuando concurre con los amplios derechos imperativos a favor de los descendientes. Se argumenta que esto puede incluso generar desprotección familiar, porque beneficia a personas que ya gozan de vida independiente y respecto de quienes se han cumplido ampliamente los deberes paternos durante la minoría de edad y hasta completar su formación, en detrimento del progenitor viudo. Se señala que existe un creciente rechazo e inquietud entre los testadores al comprobar la vigencia de estas limitaciones. Debería primar, ante todo, el acuerdo entre los propios interesados, sin perjuicio de reconocer a favor de ese cónyuge postergado, ya sea por voluntad testamentaria del fallecido o por el orden de la sucesión intestada, prestaciones de naturaleza estrictamente alimenticia o asistencial y subordinados a sus presupuestos¹³.

Por otro lado, los que militan en el terreno de la legítima avanzan distintas propuestas de reforma. Con cierta prudencia se mantiene la naturaleza usufructuaria de la legítima, pero se propone incrementar su cuantía a la par que men- guararía la de los descendientes. Esta medida en algunas ocasiones se complementa con la consagración de la plena validez y eficacia del legado voluntario del usufructo universal¹⁴.

Esta segunda aproximación de algún modo había cristalizado en la Propuesta de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil publicada como texto completo en el año 2018¹⁵: la cuota usufructuaria es de un tercio o de un cuarto según concorra con uno (y la legítima del hijo es de un tercio) o con más hijos (cuya legítima es la mitad); o de la mitad si con ascendientes. Los autores de la Propuesta explican que no se han apreciado motivos para cambiar la peculiar naturaleza de sus derechos; y esta decisión se debe a que la participación del viudo en la riqueza generada constante matrimonio tiene lugar, normalmente, de acuerdo con las reglas del régimen de bienes, haya o no participado el sobreviviente de manera efectiva en la creación material de tal patrimonio¹⁶.

Partiendo de las propuestas de la APPDC, por otros se propugna de *lege ferenda* que siga siendo en usufructo en concurrencia con descendientes, pero facilitando la conmutación y permitiendo que ésta pueda tener lugar también en todo caso a iniciativa del cónyuge. Si confluye en cambio con ascendientes o con extraños se diluye la finalidad de conservar los bienes para los descendientes del causante y persisten, acaso con mayor conflictividad, los inconvenientes económicos de la desmembración del dominio¹⁷.

13. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, pp. 120, 129. Con amplio desarrollo, MAGARIÑOS, *Libertad*, 2022, pp. 381, 386.

14. En el sentido de incrementar la cuantía del usufructo, v. con ulteriores referencias, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *Dolencias*, 2022, p. 255. CABELLO, *Cónyuge*, 2024, p. 222.

15. <https://www.derechocivil.net/index.php/actividades/propuesta-de-codigo-civil>

16. GALICIA AIZPURUA, *En torno*, 2017, p. 20.

17. V. con mayor detalle, FERNÁNDEZ CAMPOS, *La familia*, 2010, pp. 290 y s. *Las legítimas*, 2019, pp. 457 y s.

III. ALGUNAS PREMISAS

1. El Modelo legal de cónyuge viudo

El régimen matrimonial instaurado desde 1981 y, especialmente, a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, impide diseñar un modelo generalizado y abstracto. La realidad laboral de los esposos y su respectiva independencia económica debilita la justificación de la legítima viudal que tradicionalmente ha girado en torno al retrato del viudo, mayoritariamente mujer, a la que los derechos legitimarios debían proporcionar asistencia y continuidad económica de su posición durante el matrimonio¹⁸.

En el marco de la reflexión sobre las reformas que atañen a los derechos legales será preciso valorar también que las estadísticas revelan una tasa de divorcios algo superior al 50%, con la mayor incidencia de rupturas en la cuarta década de la vida y algo disminuida en la quinta, mientras que el nivel más elevado de riqueza individual se alcanza alrededor de los sesenta años¹⁹. Este panorama relativiza los argumentos relacionados con la contribución del supérstite a la trayectoria vital del premuerto, tanto en los aspectos más personales ligados a la crianza de los hijos, como en los patrimoniales; en ambos casos puede haber tenido mayor peso la pareja anterior. A estos factores se suma la progresiva erosión de la fortaleza del vínculo matrimonial, libre y unilateralmente disoluble, así como la actual subordinación de los derechos sucesorios a la permanencia de una relación afectiva, en el sentido que se examina en el siguiente apartado²⁰.

Algunos autores, teniendo presente esta inevitable variedad, han sugerido propuestas para que, en alguna medida, repercuta sobre la naturaleza y extensión de los derechos sucesorios, tanto legitimarios como intestados, que podrían variar en su extensión en función del régimen económico matrimonial o de otras circunstancias como la duración del matrimonio²¹.

18. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, p. 116. Con distintas propuestas concretas de reforma tanto de las legítimas como del orden en la sucesión intestada, pp. 117 y ss. Con detalle sobre la obsolescencia de aquellas razones, ARRÉBOLA, *La posición*, 2023, *passim*.

19. V. el estudio elaborado por el Observatorio Demográfico CEU-CEFAS, *El divorcio en España*, marzo de 2024, disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://cefes.ceu.es/wp-content/uploads/Divorcio-Espana-Informe-Observatorio-Demografico-CEFAS.pdf>.

20. Lo advertía DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, p.120: «Da la impresión de que la corriente de fondo que, a mediados del siglo XX, llevó a la centralidad de la pareja conyugal en la familia (basada en un matrimonio indisoluble) y, como una de sus consecuencias, a la revisión de los derechos sucesorios en favor del viudo, se encuentra ahora con otra corriente que asienta las relaciones conyugales en la voluntad de seguir conviviendo, por lo que se liquidan las consecuencias de la convivencia en cuanto ésta termina por voluntad de cualquiera de los cónyuges». RUBIO GARRIDO, *Fundamentos*, 2022, p. 684, manifiesta sus dudas sobre el ensalzamiento de la legítima del viudo, «basada en el tierno afecto, con lo que es obligado aceptar que, entonces, ha de ser un derecho sucesorio evanescente y frágil».

21. Por ejemplo, FERNÁNDEZ CAMPOS, *La familia*, 2010, p. 292 y s., analiza la posibilidad de conceder la legítima viudal (que no el llamamiento intestado) solo a los matrimonios a partir de cierta duración, no menos de tres años. O darle una mayor participación sucesoria cuando el régimen

No parece, sin embargo, que la regulación de las legítimas pueda incorporar todas esas variables sin el riesgo de enturbiar un ámbito que, en principio, concierne exclusivamente a los propios cónyuges, y de generar mayor complicación para fijar el valor de la cuota forzosa. El espacio adecuado para abordar dichas cuestiones es el de la liquidación de las relaciones patrimoniales del matrimonio cuando el vínculo se disuelve, con algunas matizaciones en los casos de fallecimiento.

La libertad de elección del régimen matrimonial garantiza que dicha liquidación se realice conforme a la voluntad de la pareja. En este ámbito las cuentas se nutren de la historia ya compartida y se ajustan a las particulares circunstancias de cada matrimonio. La duración del vínculo, la organización de la vida en común, las decisiones adoptadas a lo largo del tiempo y la colaboración entre los esposos —cuya naturaleza e intensidad resulta en ocasiones difícilmente conmensurables— son elementos con indudable impacto en la composición del patrimonio, tanto privativo como común, sea ganancial o no, y resultan determinantes para establecer los reembolsos y las compensaciones que procedan²².

Aunque por algunos se considere llamativa la libertad de pacto que existe en cuanto al régimen económico-matrimonial, frente a la rigidez sucesoria que deriva del sistema legitimario²³, cabe observar que la respectiva participación de cada uno de los cónyuges en el patrimonio del otro es sin duda un aspecto central del régimen económico matrimonial, pero las razones por las que se pacta uno u otro

matrimonial hubiera sido uno de separación de bienes, v. FERNÁNDEZ CAMPOS, *Las legítimas*, 2019, p. 458. VERDERA SERVER, *Contra*, 2022, p. 382 y p. 399, apunta la necesaria reflexión sobre la coherencia entre el régimen económico matrimonial y el sistema de legítima. La relación entre derechos hereditarios y vicisitudes del matrimonio se observa claramente en el sistema estadounidense, presidido, salvo en Luisiana, por la libertad de testar; pp. 281 y s. V. sobre el derecho del cónyuge a una participación en el patrimonio en regímenes de separación de bienes sobre la base, según algunos, de su contribución a lo largo del matrimonio, VIVES VELO DE ANTELO, *Razones*, 2024, pp. 163 y s. En los ordenamientos europeos que adoptan un sistema de legítimas, alguno establece esa relación, como por ejemplo Alemania, pero no tiene repercusión en otros, más cercanos al sistema del Código civil, como Italia, Francia o Portugal. Cfr. BRAUN, *Mandatory*, 2020, p. 115.

22. Cuestión distinta es si las normas de liquidación debieran ser modificadas, especialmente las que rigen el régimen de separación de bienes. Como se dice en el texto, la contribución de cada cónyuge al patrimonio formado constante matrimonio se nutre de intangibles, por lo que el reparto basado en criterios de comunidad ordinaria de bienes merece alguna reflexión. Especialmente inadecuado me parece el sentido y la interpretación usual de la jurisprudencia en torno al art. 1438 CC y la compensación en el régimen de separación de bienes, norma que no solo se ocupa de la contribución a las cargas mediante el trabajo doméstico, sino también de la liquidación de esa contribución. V. una visión crítica, con detallado análisis de la jurisprudencia: VAQUERO PINTO, *La compensación*, 2023, *passim*; LAMARCA MARQUÉS, *Trabajo*, 2024, *passim*; VILLÓ TRAVÉ, *Visión*, 2024, *passim*.

23. VERDERA SERVER, *Contra*, 2022, p. 382. Estas consideraciones han estado presentes en la doctrina francesa: la suerte del cónyuge viudo debería estar ligada al régimen económico matrimonial, no al derecho sucesorio; y por muchos se postula la supresión, por ser la reserva del cónyuge una «anomalía», v. PÉRÈS/POTENTIER, *La réserve*, 2019, p. 129 y ss. Pero nótese que en Francia esta legítima es una novedad, introducida por la ley de 3 de diciembre de 2001, y que solo es legitimario en defecto de descendientes. La ley prevé, además, diversos cauces para aumentar la cuota disponible si es para favorecerle.

atañen también, y a veces como consideración preeminente, al régimen de gestión y disposición de los bienes constante matrimonio, así como a la responsabilidad patrimonial por razón de las deudas contraídas por cada cónyuge. Los deberes de ayuda y socorro mutuos, en cambio, integran aspectos imperativos (art. 1318 CC) y constituyen, a mi juicio, el fundamento último de la legítima del viudo, como freno a la libertad dispositiva de su cónyuge premuerto.

2. El cónyuge viudo, no separado. El problema de la separación de hecho

Se parte aquí de la premisa establecida en la STC 93/2013, de 23 de abril, que declaró la inconstitucionalidad de las normas de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables. Como es bien sabido, y a pesar de las extensas críticas por utilizar una peculiar e impropia noción de norma imperativa, se apreció vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando se impone una regulación legal a quienes han decidido no contraer matrimonio y por razón de la mera convivencia²⁴.

No se desconoce la tendencia de las normas civiles promulgadas en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, aunque el recordatorio de su extensa variedad deviene ineludible para calibrar el significado y el alcance de la equiparación a efectos sucesorios entre el matrimonio y la pareja estable. En algunas Comunidades Autónomas, como Navarra o Aragón, el usufructo legal de viudedad solo corresponde al unido por matrimonio, sin perjuicio de las disposiciones voluntarias o los acuerdos para favorecer a la pareja. En Cataluña, en cambio, la equiparación es plena en cuanto al derecho a la cuarta viudal y en los llamamientos a la sucesión intestada (arts. 452-1, 442-1 y 442-3 CCCat.). Igual criterio se sigue en las Islas Baleares en el art. 13 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables. En el Derecho gallego, la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio extiende lo establecido para el matrimonio a las parejas de hecho, pero, tras la modificación por la Ley 10/2007, de 28 de junio, solamente a las que convivan con relación de afectividad análoga a la conyugal y se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. En el País Vasco, desde la Ley 5/2015, de 25 de junio, la situación es similar en cuanto a la inclusión de la pareja estable en todas las instituciones sucesorias y derechos atribuidos al matrimonio, si bien se exige que la pareja esté legalmente constituida, con inscripción constitutiva en el correspondiente Registro²⁵.

En lo que al Código civil se refiere, existe, sin embargo, otra consideración fundamental: sin un tratamiento global de los presupuestos, requisitos y efectos

24. Cfr. la reflexión crítica en cuanto a la juridificación de la relación que se quiso como fáctica, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias*, 2020, p. 113. RUBIO GARRIDO, *Fundamentos*, 2022, p. 683.

25. Un resumen completo y detallado, EGUSQUIZA, *Autonomía*, 2024, pp. 283 y ss. Una síntesis de los argumentos a favor y en contra de la equiparación, pp. 270-275.

económicos de las parejas (en especial, en caso de disolución), cuyo régimen jurídico en el ámbito sucesorio se pretenda equiparar a las matrimoniales, resulta harto difícil aquilatar la oportunidad y el alcance de esos derechos y su coherencia con un marco legal más general en esta materia.

Por otro lado, si el reconocimiento legislativo se limita a la pareja constituida como tal mediante la manifestación y constancia formal de su consentimiento en documento público, con un régimen de publicidad —que probablemente en una ley estatal debería ser el Registro Civil²⁶—, deviene ineludible preguntar sobre el sentido de esta superposición de cauces formales similares para levantar acta de la unión afectiva entre dos personas, a las que se dota del mismo régimen jurídico. Probablemente, además, conduce a otro debate relativo al significado y el alcance de la competencia exclusiva del Estado sobre las formas del matrimonio y sobre los Registros públicos con efectos civiles (art. 149.1. 8ª CE)²⁷.

La cuestión, en cualquier caso, presenta tintes diversos en el contexto de una reforma más amplia en el que la cuantía de la legítima de los descendientes se reduce y la de los ascendientes o se suprime o se limita a los padres. El desafío mayor, probablemente, se suscita por el silencio legislativo en la sucesión intestada, agravado por la ausencia de normas de liquidación de las relaciones patrimoniales²⁸. Además, lo antes expuesto no impide que se valore la oportunidad de aplicar algunas normas, dirigidas a tutelar el interés del cónyuge o de la pareja en continuar en el uso de la vivienda familiar, en el sentido que se indica más adelante.

26. En aras de la seguridad jurídica y para evitar el riesgo evidente de fraude.

27. Lo que se dice en el texto viene motivado por la evolución observada en varios países. En algunos, las normas sobre parejas estables se promulgaron, en su día, para regular la unión de personas del mismo sexo que no podían contraer matrimonio, pero con un contenido jurídico similar al matrimonial. Una vez que en el respectivo Ordenamiento se modifica el régimen matrimonial y se abre a toda persona, siendo indiferente el sexo, no pueden constituirse nuevas parejas estables, puesto que existe solo un cauce para la unión formalizada, y se denomina matrimonio. La legislación derogada sigue no obstante aplicándose a aquellas parejas constituidas con anterioridad y que no quieran «convertirse» en matrimonio, como ahora se les posibilita. Así ha ocurrido en Alemania; la *Lebenspartnerschaftsgesetz* de 2001 se refería exclusivamente a parejas del mismo sexo. Por la Ley de 20 de julio de 2017, se establece su derecho a contraer matrimonio. Desde el 30 de septiembre de 2017 ya no es posible que dos personas del mismo sexo se unan como pareja registrada. Se considera que la regulación de la pareja registrada ha devenido superflua. En Suiza ha ocurrido lo mismo. La legislación sobre parejas registradas (de 18 de junio de 2004) circunscribía la posibilidad de constituirse como tal a parejas del mismo sexo. Desde el 1 de julio de 2022 pueden contraer matrimonio, por lo que ya no cabe constituir una pareja registrada. Las anteriores a esta fecha se mantienen como tales o pueden convertirse mediante declaración en matrimonio. De ahí que, en la reforma suiza de sucesiones de 18 de diciembre de 2020, con entrada en vigor el 1 de enero de 2023, la referencia a los derechos sucesorios de parejas registradas se refiere únicamente a las del mismo sexo que ya estuviesen registradas al amparo de la norma anterior de 2004, a las que estaba vedado el matrimonio. Parecida ha sido la evolución en los países nórdicos, con la sucesiva apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. V. SHERPE/EEG, *Mandatory*, 2020, p. 581. Todo lo anterior sin perjuicio de la existencia de normas aplicables a las parejas que conviven al margen de cualquier formalidad, pero de alcance distinto y en consideración a si tienen descendencia común.

28. Sobre la doctrina favorable a incluir al conviviente en los llamamientos intestados, v. la síntesis de GAGO SIMARRO, *Las legítimas*, 2019, pp. 536 y s.

Es por otra parte manifiesto que en el Código civil tanto para la legítima como para el llamamiento a la sucesión intestada no basta la subsistencia del vínculo jurídico. La incidencia de la crisis matrimonial ha tenido una larga evolución hasta llegar a la situación vigente, instaurada por la ley 15/2005, de 8 de julio. Los arts. 834 y 945 CC privan de derechos sucesorios no solo en caso de divorcio o de separación legal, sino también de mera separación de hecho²⁹. Se requiere, en consecuencia, la efectiva existencia y permanencia de una comunidad de vida en el momento del fallecimiento. La ruptura meramente fáctica, sea de mutuo acuerdo o impuesta por voluntad unilateral, determina la pérdida de tales derechos³⁰. En esta circunstancia, es irrelevante que el cónyuge viudo estuviera o no conforme con la terminación de la convivencia. Ni siquiera tendrá trascendencia la causa por ser patente la firme voluntad del legislador de evitar la valoración de los motivos subyacentes. El resultado es ciertamente discutible, en particular cuando ha mediado una orden de alejamiento por violencia de género y es la víctima la que por razón de la separación derivada de aquella pierde cualquier pretensión sobre la herencia del otro³¹.

La situación descrita podría resolverse *de lege ferenda* introduciendo en la norma una excepción favorable a las víctimas de violencia en aras de garantizar su protección integral, opción no exenta de dificultades. Siguiendo el análisis sugerido por el ATC 301 /2023, cabría apuntar que el concepto de separación de hecho como productora de efectos jurídicos es la que tiene lugar por voluntad de los esposos o de alguno de ellos, y quedaría excluida cuando la cesación temporal de la convivencia conyugal se produce por hechos ajenos a esa voluntad, o impuesta por un tercero³². Sin embargo, la solución no termina de convencer; el distanciamiento en este tipo de conflicto quizá existe desde antes o sin que se dicte orden alguna, pero la censura respecto de la conducta que la provoca permanece, con los problemas añadidos por la falta de adopción de las medidas judiciales subsiguientes a una crisis matrimonial, en el sentido que se indica más adelante.

29. V. con detalle la evolución a partir de 1981 en esta materia, FERNÁNDEZ CAMPOS, *La familia*, 2010, pp. 263 y ss. Díez GARCÍA, *¿Legítima*, 2024, pp.36 y ss.

30. Examina las distintas interpretaciones de la separación de hecho a este respecto, FERNÁNDEZ CAMPOS, *La familia*, 2010, pp. 271 y ss.

31. El asunto se analizó en el ATC 301/2023, de 6 de junio, que acordó inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 834 CC. Un extenso análisis de esta resolución, Díez GARCÍA, *¿Legítima*, 2024, pp. 42 y ss.

32. V. Díez GARCÍA, *ibidem.*, p. 57. Propugna, con detallada argumentación, una revisión legislativa de los arts. 834 y 945 CC para «discriminar en sus efectos a las víctimas de violencia de género», siempre que «resulte justificada y lo estará si, con ella, se brinda la adecuada protección integral que dichas víctimas reclaman». V. pp. 58 y ss. Ciertamente, esta opinión supone resucitar criterios de culpabilidad y matices sancionadores, con correlativa protección del inocente, que a estos efectos habían estado presentes en las redacciones anteriores de los preceptos del CC (p. 62), y la autora es consciente de las dificultades de introducir tal norma de *lege ferenda*, siquiera se limite su aplicación a las viudas separadas, víctimas de violencia de género (p. 65). De ahí que se incline por la interpretación alternativa en los términos sugeridos por el ATC 301/2023, por lo que «cabe entender que la separación de hecho a los efectos de los arts. 834 y 945 CC no equivale a un cese de la convivencia cuando el alejamiento físico ha sido impuesto por una decisión judicial».

La separación de hecho como causa determinante de la privación de derechos sucesorios plantea, además, la casuística y la inseguridad inherentes a la acreditación de una circunstancia fáctica reveladora de la desaparición del sustrato afectivo del matrimonio. Razón, posiblemente, por la que según la doctrina reiterada de la DGSJFP es insuficiente una mera manifestación unilateral del testador o de los herederos. Corresponde al viudo, se dice, el derecho a intervenir en la partición y a dar su consentimiento para velar por la intangibilidad de su legítima y esa intervención no puede quedar al arbitrio de uno u otros. A los efectos de dar por probada la situación de separación de hecho, se citan distintas vías: por acuerdo mutuo fehaciente, por acta de notoriedad, por la interposición de una demanda de separación³³, por ratificación del cónyuge que no interviene en la partición, o «cualquier medio probatorio admitido en Derecho de carácter documental»³⁴.

Cabe destacar, por último, que cuando el fallecimiento tiene lugar sin previa disolución efectiva del matrimonio por divorcio o, en su caso, sin haber separación legal, el cónyuge viudo, que todavía lo es a pesar de la falta de convivencia, no podrá aspirar ya al pago de una pensión por desequilibrio económico al amparo del art. 97 CC³⁵. Pensión a la que tampoco habrá lugar, aunque, en su caso, se hubiere interpuesto ya en vida de ambos la correspondiente demanda, falleciendo uno de los cónyuges antes de la resolución definitiva. La terminación del proceso de separación o divorcio por este hecho impedirá que exista pronunciamiento firme sobre la pensión³⁶ y el supérstite carece de participación legal alguna en la herencia del premuerto. La situación resultante es sin duda perjudicial precisamente para aquellos viudos que, por razón de su edad y escasas expectativas laborales junto a otros factores, hubieran sido firmes candidatos al otorgamiento de una pensión por desequilibrio económico con carácter indefinido; pensión que, de haberse establecido, no se extingue simplemente por la muerte del deudor³⁷.

33. Cfr. art. 102.1º CC, «Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio», «cesa la presunción de convivencia conyugal» por ministerio de la Ley.

34. RRDGSJFP 28 noviembre 2023 (JUR 2023, 444128) y 7 mayo 2025 (JUR 2025, 141660). Se destacan además las diferencias con la eficacia que *prima facie* se otorga a la expresión testamentaria de una causa legal de desheredación, que no requiere prueba alguna de su certeza, cuya asimilación se pretendía por el notario recurrente. En los casos contemplados, en cambio, no había desheredación y la intervención de la esposa como heredera forzosa en la partición y la intangibilidad de su legítima «no puede quedar al arbitrio del testador ni de los herederos» por la mera manifestación sobre la situación de separación de hecho.

35. La pensión que no se extingue al fallecimiento del deudor (art. 101.II CC) es aquella que ya se hubiere establecido, en su caso por resolución judicial firme.

36. Cfr. Auto AP Granada 50/2018, de 6 abril, ECLI:ES: APGR:2018:423A.

37. V. últimamente, y en relación con el escenario típico en el que se confiere una pensión por desequilibrio económico de carácter indefinido, SSTs 838/2022, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4425), 1593/2024, de 28 noviembre (ECLI:ES:TS:2024:6107); se subraya que el posible acceso a las ayudas públicas no elimina el desequilibrio económico ni exime de la obligación (en el caso, del marido) de cumplir con la pensión compensatoria.

Estos desajustes podrían solventarse mediante la posibilidad de impetrar el auxilio judicial, o continuar el proceso ya iniciado, a los solos efectos de comprobar si concurren los presupuestos del desequilibrio económico y fijar entonces no una pensión sino una prestación única, acaso con el régimen de responsabilidad establecido en el art. 101.II CC. La cuestión con todo es dudosa.

Los inconvenientes expuestos evidencian las incoherencias de haber admitido que una mera situación fáctica no definida por la ley «pueda cesar los efectos legales imperativos que la propia norma establece»³⁸; máxime cuando, de haber mediado previa separación judicial, la ulterior reconciliación requiere, en principio y no sin crítica, cumplir las formalidades de notificación establecidas en el art. 835 CC para que el sobreviviente conserve sus derechos.

Lo expuesto no significa que la separación de hecho deba ser irrelevante. Tampoco es causa de disolución automática de la sociedad de gananciales (art. 1393.3º CC), pero esto no ha impedido a la jurisprudencia rechazar, con buen criterio, pretensiones dirigidas a integrar en el patrimonio ganancial bienes adquiridos por uno de los cónyuges cuando ha mediado una separación de hecho «seria y prolongada en el tiempo», y las circunstancias permiten apreciar «un ejercicio abusivo del derecho contrario al principio de buena fe proclamado en el art. 7 CC»³⁹. Y esta doctrina jurisprudencial también se había manifestado a los efectos de privar al viudo de derechos sucesorios⁴⁰.

IV. ALGUNAS CLAVES DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA

Las claves más concretas que a continuación se analizan se inscriben dentro de la opinión favorable a mantener un sistema de cuotas fijas, con reducción considerable de su cuantía, dentro de una reforma más amplia del sistema legítimo del Código civil.

Conviene destacar que este esbozo de los aspectos básicos deja el cuadro evidentemente incompleto, pues no se aborda sino de modo tangencial la sucesión intestada, sin perjuicio de que persista en este escenario el derecho a la legítima. Sí cabe apuntar que la opinión doctrinal mayoritaria propugna situar el llamamiento al viudo después de los descendientes y antes que los ascendientes. A mi juicio, el llamamiento intestado del cónyuge viudo no debe resolverse exclusivamente en términos de adelanto en el orden de prelación, sino de concurrencia con los que le preceden en el sistema vigente. Al ser además distinta la base de cálculo y por encontrarnos en el ámbito de normas supletorias —que, en la explicación usual, se formulan atendiendo a la presumible voluntad del causan-

38. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Retos*, 2023, p. 117.

39. V. con cita extensa de la jurisprudencia anterior en tal sentido, la STS944/2024, de 3 julio (ECLI:ES:TS:2024:4149), sobre todo cuando se acredita, o se deduce de la prolongada separación fáctica, la voluntad de desvinculación personal y patrimonial.

40. V. FERNÁNDEZ CAMPOS, *La familia*, 2010, p. 269 y s., con cita de jurisprudencia de Audiencias.

te—, la cuota que se fije deberá variar atendiendo a si la concurrencia se produce con hijos y descendientes (y el número de éstos), o con ascendientes⁴¹.

El juicio global, además, requiere abordar otros asuntos como la fiducia sucesoria, la incidencia de la preterición no intencional de los descendientes sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o de la pareja, o el régimen jurídico de la desheredación, en los que no cabe entrar.

1. El cónyuge viudo es legitimario y su legítima es *pars valoris*

En un contexto en el que disminuye la cuantía de las legítimas de los parientes en línea recta, la suerte del cónyuge podría confiarse a la voluntad del testador y, en su caso, a una modificación de las reglas de la sucesión intestada para otorgarle una posición preferente o un llamamiento legal en concurrencia con los que ahora le anteceden⁴².

No parece haber, sin embargo, razones para prescindir de la tradición instaurada por el Código civil que le atribuye la cualidad de legitimario, además de lo que le corresponda por razón de la liquidación del régimen económico matrimonial y sin tener que subordinarlo a una situación de necesidad. Como antes se ha apuntado, a diferencia del llamamiento intestado, la legítima es un imperativo que el testador ha de respetar. Se justifica no tanto por la idea de afecto conyugal, sino a modo de reconocimiento legal y proyección limitada *post mortem* de los deberes de ayuda y socorro⁴³ recíprocos, propios del vínculo matrimonial; no se subordina, a diferencia de las situaciones de crisis, a los presupuestos y requisitos de la pensión por desequilibrio económico (art. 97 CC), porque se trata de un matrimonio en el que solo el fallecimiento ha frustrado la continuidad en el cumplimiento de aquellos deberes.

41. La preferencia a los ascendientes parece en principio coherente con la centralidad de la familia nuclear y así se ha hecho en algunos ordenamientos autonómicos. En Cataluña, por la Ley 10/2008, se le otorga además el usufructo universal de la herencia si concurre con descendientes (art. 442-3); y en caso de renuncia de todos los hijos, la herencia se defiende al cónyuge. En el País Vasco, la Ley 5/2015 ha adoptado el mismo orden de suceder, con preferencia a ascendientes y colaterales (art. 114). Y así se recoge en la *Propuesta de Código civil de la APDC*, art. 466-12.1. En otros países, sin embargo, se prevé la posible concurrencia con distintas variables, como en Italia, en Francia o en Portugal. También recibió esta posibilidad el parecer favorable en las propuestas de conclusiones de las Jornadas de la APDC de 2006, v. DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, p. 170. PÉREZ ESCOLAR, *Sucesión*, 2007 pp. 1646 y s., 1662, favorable a la anteposición, considera, en cambio, que establecer la concurrencia del cónyuge con descendientes sería innecesario por conservar el primero el derecho a la legítima en la intestada; en caso de hacerlo con ascendientes (que, por hipótesis se postergan), éstos igualmente podrán reclamar la legítima. Sobre distintas opciones, v. CERVILLA GARZÓN, *Dolencias*, 2022, pp. 640 y ss., que propone una legítima de ascendientes en usufructo, en concurrencia con el viudo.

42. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, pp. 120 y s.

43. En este sentido, DÍAZ ALABART, *Hacia un nuevo*, 2019, p. 195. En Francia, PÉRÈS/POTENTIER, *La réserve*, 2019, p. 94.

En lo que se refiere en particular a la cuota forzosa, un sector de la doctrina se ha manifestado favorable a reconocer al cónyuge, en todo caso, una legítima «en propiedad», en el sentido de tener la misma naturaleza que la de los otros legitimarios. Los cambios sociales y económicos han debilitado la consistencia de las razones históricas del usufructo legal y habría que tomar en consideración varios factores, en muchos casos concurrentes. El patrimonio del causante es el producto del trabajo y del esfuerzo individual, generado o mantenido durante el matrimonio, y la medida de la contribución de su cónyuge rebasa con frecuencia los criterios puramente contables; al mismo tiempo, decrece el peso de los bienes de procedencia familiar y las razones en pro de su eventual reserva para la familia de origen. En segundo lugar, la composición de la herencia —a veces poco más que la vivienda familiar de carácter común— no es susceptible de generar rendimientos que aseguren al viudo apoyo económico; aunque la legítima carezca de finalidad alimenticia, deberá coadyuvar al sostenimiento del supérstite, que habitualmente es persona de avanzada edad. Se suma a lo anterior que el tercio en usufructo que actualmente le confiere el Código civil (art. 834 CC) tampoco le asegura en esta circunstancia la permanencia en el uso de la vivienda habitual que, sin embargo, constituye una preocupación extendida. Por último, la conmutación es un instrumento ampliamente utilizado para evitar los inconvenientes económicos y jurídicos asociados al usufructo y satisface los intereses de todos los implicados, incluido el propio supérstite que, a pesar de lo expuesto, en el régimen actual no puede exigir dicha conmutación, salvo que concorra con hijos solo del causante, en los términos del art. 840 CC⁴⁴.

En cuanto a cuál sea la naturaleza de esa legítima, se trataría de integrarla en un sistema que no solo persigue ampliar el margen cuantitativo de la libertad testamentaria, sino también flexibilizar el aspecto cualitativo, mediante la configuración del derecho legitimario como una *pars valoris*, con cierta inspiración en el sistema seguido en el Código civil catalán y, de manera más reciente, por el Derecho gallego, desde la Ley 2/2006, de 14 de junio, sobre lo cual no procede extenderse más en este lugar.

Ahora bien, sería contradictorio que la concesión al supérstite de una legítima en propiedad se tradujera en un incremento de los límites a la libertad dispositiva⁴⁵. Nótese que el valor del usufructo, aplicando los criterios de las normas fis-

44. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, p. 130. TORRES GARCÍA/ GARCÍA RUBIO, *La libertad*, 2014, pp. 160, 162; OLMEDO CASTAÑEDA, *La legítima*, 2017, p. 594. CARRIÓN, *Un debate*, 2022, p. 3036. RUBIO GARRIDO, *Fundamentos*, 2022, p. 685 considera que la regulación vigente sobre el usufructo y la conmutación no constituye una solución ideal «con el perfil actual de la economía y el tono frecuente de las relaciones personales y familiares», con el recordatorio de las razones que ya se aducían en contra de este modelo en la comisión de codificación del CC., Y añade que «Si creo útil una regulación que confiera mayor libertad, al menos, en cuanto al modo de satisfacción y título de atribución de la legítima del viudo, facilitando al máximo posible (sobre todo desde una óptica fiscal) las conmutaciones». DOMÍNGUEZ LUELMO, *El derecho*, 2024, p. 42.

45. No se trata de disminuir la extensión de la legítima de los descendientes para ampliar la del cónyuge, dejando todavía menor ámbito de libre disposición al causante; se trata de encomendarle la decisión de favorecer a su pareja en mayor medida. En Italia, por ejemplo, desde la reforma de

cales como es habitual en esta sede, se reduce cuanto mayor sea la edad del viudo, lo que implica, paradójicamente, que en el sistema vigente y en caso de conmutación resultarán menos beneficiados los de mayor edad, con generalmente ingresos disminuidos por mor de la jubilación y con menguadas posibilidades de mejorar su situación económica. Una cuota del caudal «en propiedad» implicaría, desde este punto de vista, un mayor beneficio para los que, probablemente, más lo necesiten.

Cabe recordar, por otro lado, que la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima vidual apenas ocupa espacio en los repertorios jurisprudenciales, pues lo más frecuente es que, lejos de representar un freno para la libre voluntad del testador, ésta pretenda favorecerle al máximo. En la tesitura de ampliar la cuantía de su legítima, tendencia que no se observa en los ordenamientos autonómicos, o dejar al causante la decisión que juzgue oportuna en función de las circunstancias, parece preferible esto segundo.

Ha de reconocerse que admitir la mera separación de hecho como circunstancia determinante de la pérdida de derechos sucesorios legales ha provocado una evidente fragilidad de cualquier derecho imperativo que por ley se pueda establecer pues, como antes se ha expuesto, es irrelevante que aquella sea provocada por la libérrima voluntad de quien testa con olvido total de su (todavía) consorte⁴⁶.

La legítima, en definitiva, es solo uno de los aspectos a considerar en una futura reforma. Como derecho imperativo su mayor virtualidad estará en la sucesión intestada, si es que el llamamiento en este escenario se posterga a la ausencia de parientes en línea recta. De ahí que, posiblemente, tengan mayor relevancia práctica las cuestiones a las que se dedican los siguientes apartados. Antes ha de advertirse que la reflexión sobre posibles medidas y el mejor modo de articularlas cuenta, no solo con las ya adoptadas en otros países, sino sobre todo con la inestimable inspiración que ofrecen los Derechos civiles nacionales.

1975 (Ley 151, 19 mayo 1975), el cónyuge percibe un mínimo de un cuarto del caudal (si concurre con dos o más hijos, cuya legítima es de dos tercios), o un tercio (si solo hubiera un hijo, cuya legítima es la mitad), además de otros derechos; lo que por algunos se critica por restringir en exceso la libertad del causante. Cfr. BRAUN, *Mandatory*, 2020, pp. 115, 117. Con ulteriores referencias doctrinales sobre estas críticas en el Derecho italiano, v. VIVES VELO DE ANTELO, *Razones*, 2024, pp. 177 y s., 183 y s.

46. Precisamente es esa facilidad de ruptura, por mera decisión unilateral, la que en Francia se considera decisiva para negar la cuota de reserva a favor de quienes celebran el Pacto Civil de Solidaridad; en aras de respetar la autonomía de los interesados en adoptar el modelo de convivencia que mejor se ajuste a sus intereses, manteniendo en consecuencia un modelo plural y sin buscar mayor aproximación al matrimonio. V. PÉRES/POTENTIER, *La réserve*, 2019, p. 124.

2. El legado del usufructo universal de la herencia

La frecuencia de esta disposición en los testamentos que se rigen por el Código civil⁴⁷ indica la conveniencia de proveer una regulación específica para clarificar algunos extremos controvertidos. El primero relativo a la aptitud de esta disposición para satisfacer los derechos legitimarios del viudo. El segundo se refiere a la incidencia del gravamen sobre los derechos de los legitimarios concurrentes.

Salvo que conste otra voluntad del causante, este legado debe entenderse como una vía adecuada para satisfacer los derechos legitimarios del viudo. Una legítima *pars valoris* implica, sin duda, un replanteamiento del significado de la intangibilidad cualitativa. El punto de partida es que el legitimario, todo legitimario, ha de obtener un valor que se integre de modo definitivo en su patrimonio y de su libre disposición. Parece conveniente, sin embargo, habilitar una vía para retener una de las finalidades tradicionalmente asociadas a la configuración de su legítima como un derecho vitalicio. Se trataría de refrendar el deseo del testador que, de un lado, le procura al supérstite la continuidad en la gestión y el disfrute de todo el patrimonio mientras viva, pero, al mismo tiempo, quiere asegurar que, cumplido aquel designio, la consolidación del pleno dominio tenga lugar a favor de otras personas, que, en la práctica, son los descendientes.

En este caso debe perdurar la posibilidad de conmutación, en el sentido previsto en el actual art. 839 CC. No obstante, a la vista de las soluciones adoptadas en algunos ordenamientos autonómicos, cabe hacer las siguientes precisiones en lo que se refiere a la conmutación. Ante todo, y desde la óptica de la finalidad de la disposición testamentaria, sería ineludible el consentimiento del usufructuario, de modo que habrá de procederse de común acuerdo con los sucesores afectados por el gravamen⁴⁸.

Mas no hay razón para exigir inexcusablemente el acuerdo de todos los interesados, siempre y cuando el propio testador hubiere establecido la posible conmutación por iniciativa del viudo, sin necesidad de contar en esta hipótesis con la voluntad conforme de los nudos propietarios. Tal previsión constituiría un legado alternativo, correspondiendo al cónyuge la elección entre el usufructo universal de la herencia o el legado de su valor a pagar con bienes hereditarios, una renta vitalicia o un capital en efectivo, con el límite de la legítima de los obligados al pago⁴⁹.

47. V. REBOLLEDO, *La familia*, 2010, pp. 31 y s. Desde una visión notarial, con distintas variantes, GARRIDO DE PALMA, *El usufructo*, 1973, *passim.*, GARRIDO DE PALMA, *Las legítimas*, 2019, p. 130.

48. Así es en el Derecho gallego. Según el art. 229.II LDCG el usufructo voluntario del cónyuge sólo es redimible por acuerdo del usufructuario y de los propietarios sin usufructo. La norma presupone, explica BUSTO LAGO, *Comentarios*, 2008, p. 991, la interdicción de la facultad unilateral a instancia de los herederos; (p. 992) «el defecto de acuerdo no ampara o habilita a los nudos propietarios para acudir a la vía judicial ejercitando una facultad de conmutación que la ley no les atribuye».

49. De algún modo, esta es la solución adoptada en el Derecho civil vasco. Salvo disposición expresa del testador, el usufructo universal es incompatible con el legado de la parte de libre

Uno de los temas recurrentes que suscita el usufructo universal de la herencia es la lesión de la intangibilidad cualitativa de los legitimarios concurrentes, porque el gravamen recae (posiblemente) sobre los bienes que aquellos perciben en satisfacción de su propia legítima, en contra del 813.II CC. El asunto es bien conocido, así como la evolución de la jurisprudencia que admite la validez de la cautela *socini* o de las cláusulas de opción compensatoria. El usufructo no es ilegal, sino, sobre la base del art. 820.3 CC, deja a la voluntad del legitimario gravado «cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla»⁵⁰.

Mas también es evidente que la universalidad del usufructo puede verse siempre frustrada en el sistema vigente por la voluntad de cualquiera de los legitimarios que exija el pago de su legítima (estricta) libre de la carga. Es más, este peligro se torna más acuciante cuando solo concurre un hijo, circunstancia cada vez más extendida por la baja natalidad⁵¹.

Cierto es que subordinar la plena efectividad del usufructo universal a un mayor beneficio de los legitimarios afectados por el gravamen asegura de algún modo que el testador no aprovechará este instrumento únicamente para perjudicarles, como podría ocurrir si además de gravar los bienes que aquellos perciben como legítima, le atribuye la nuda propiedad y la expectativa de consolidación por el valor de la parte de libre disposición a otras personas distintas.

La doctrina, con todo, ha defendido el reconocimiento de la plena validez de la disposición testamentaria del usufructo universal, sin necesidad de conferir al legitimario afectado por el gravamen un mayor beneficio y sin que tenga, en consecuencia, la opción de rechazar la compensación y exigir el pago de su legítima libre de cargas⁵².

Esta ha sido la vía seguida en los Derechos gallego y vasco en los que expresamente se prevé que el legado de usufructo dispuesto a favor del cónyuge viudo no afecta a la intangibilidad cualitativa de otros legitimarios descendientes. Así se

disposición, pero el testador puede establecer el legado alternativo de uno u otro, a elección del viudo: art. 57 LDCV. Nótese que el precepto sí permite la acumulación de la parte libre en propiedad y el usufructo del resto de la herencia, como una vía para fortalecer su posición cuando así lo disponga expresamente el causante. V. ARAKISTAIN, *La posición sucesoria*, 2023, p. 369.

50. STS 715/2003, de 10 de julio (RJ 2003, 4628), con cita de otras. El recurso a esta cautela se extiende a otros casos de gravamen impuesto a los legitimarios, a cambio de mayor beneficio, como en la STS 5 diciembre 2018 (RJ 2018, 5392). V. ECHEVERRÍA DE RADA, *La cautela*, 2020, p.2588.

51. V. VIVES VELO DE ANTELO, *Razones*, 2024, pp. 261 y ss. con ulteriores referencias doctrinales.

52. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Derecho*, 2006, p. 122; RUBIO GARRIDO, *Fundamentos*, 2022, p. 685; VIVES VELO DE ANTELO, *Razones*, 2024, pp. 266. Un apunte, DOMÍNGUEZ LUELMO, *El derecho*, 2024, p. 42.

establece en el art. 241 LDCG⁵³. La misma norma se refleja en el art. 56 de la LDCV⁵⁴.

La Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil incorporó estas ideas en el art. 467-19.3: «no comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo, o un hijo o descendiente con discapacidad...».

Cabe todavía plantear si esta merma en la intangibilidad de la legítima en aras de cumplir los fines asociados al legado del usufructo universal debiera ser objeto de alguna matización. Es entendible que el gravamen haya de ser soportado por los hijos comunes; a la postre, el favorecido es su progenitor. Más discutible, en cambio, es extender el razonamiento a otros legitimarios concurrentes que solamente tendrán la nuda propiedad en tanto persista el disfrute vitalicio del viudo⁵⁵. El usufructo determina una relación continuada y un reparto de obligaciones que pueden ser más conflictivos entre personas que quizá carezcan entre sí de todo trato personal, o el que tenían se diluye al haber desaparecido el nexo de relación. Si se trata de descendientes solo del causante es posible, además, que sea reducida la diferencia generacional entre aquellos y el viudo, con lo que disminuye la probabilidad de que lleguen en vida a disfrutar de la consolidación del pleno dominio. Y si se trata de ascendientes, cabe afirmar lo mismo, pero ahora

53. En Galicia el usufructo universal sin mayor controversia se admite desde la Ley 4/1995, y se mantiene en la Ley 2/2006. La salvedad del usufructo del viudo ordenado con arreglo a la ley a la prohibición de cargas se establece en el art. 241 LDCG. Advierte además REBOLLEDO VARELA, *Comentarios*, 2008, p. 1031 que, al no exigirse en el art. 228, ni en relación con él en el art. 241 LDCG «que vaya acompañado de una mayor atribución patrimonial al descendiente que la legítima que le corresponde conforme al art. 243» (LDCG, que se cifra en un cuarto), «nada impide que las tres cuartas partes de libre disposición se atribuyan a un tercero y al descendiente su legítima con usufructo al cónyuge viudo de esa parte de la herencia, lo que a su vez permite que sea el propio cónyuge supérstite el beneficiado por la atribución patrimonial de libre disposición». Nótese, sin embargo, que en el Derecho Gallego el usufructo voluntario a favor del cónyuge puede ser universal o *parcial* (art. 228 LDCG). Si, en cambio, se legitima el gravamen solamente cuando se persiga la finalidad de que disfrute de todo el patrimonio, se reduce el peligro de que se use no con el fin de mejorar su situación sino solo para perjudicar a los legitimarios descendientes.

54. El legado de usufructo universal fue reconocido por la Ley 3/1992, con la precisión de que no afectaba a la intangibilidad de la legítima. El art. 56.2 LDCV, reitera esta norma para el usufructo voluntario universal. V. ARAKISTAIN, *La posición sucesoria*, 2023, p. 366 y s.

55. Así se admite, con todo, no solo en los Derechos civiles autonómicos, en los términos ya expuestos, sino también en otros ordenamientos. El Derecho francés, en este punto, merece ser destacado. Se discute aquí la oportunidad de conservar una reserva a favor del cónyuge viudo (de reciente implantación en el año 2001, con modificaciones en 2006), que además solo tiene esta cualidad en defecto de descendientes. Lo que, en cambio, parece gozar de general aceptación son las normas que permiten al causante favorecerle, no solo con la parte de libre disposición y las tres cuartas partes del usufructo de la herencia, sino también con el usufructo universal: art. 1094.1 *Code*. Ahora bien, el usufructo atribuido al cónyuge es susceptible de conmutación a instancia de los herederos gravados: art. 759 *Code*; de esta facultad no se les puede privar (art. 759.1 *Code*) y, en defecto de acuerdo, decidirá el juez, que tendrá que respetar, no obstante, la voluntad del viudo de continuar en el uso sobre la vivienda familiar (art. 760.III *Code*).

por razón de la edad de éstos. Esta potencial conflictividad la puede evitar el testador, detrayendo de la herencia bienes concretos mediante legado⁵⁶.

Diferenciar entre unos y otros es siempre un asunto comprometido, que, además, solo puede resolverse teniendo presente el marco más general sobre el significado y el alcance de la intangibilidad cualitativa, así como las consecuencias de la infracción provocada por la imposición testamentaria de gravámenes sobre los bienes que se asignan en pago de la legítima. En cuanto a este segundo punto, la doctrina mantiene distintas opiniones sobre la suerte de la carga impuesta en contra de la prohibición del art. 813 CC. Según algunos autores, ha de reputarse «no existente» o tenerse por no puesto, si bien convence más entender que incumbe al legitimario afectado provocar la ineficacia de un gravamen que bien podría aceptar voluntariamente⁵⁷.

De mantenerse esta norma, el designio del testador podría quedar frustrado por aquel de los descendientes no comunes (o, en su caso, por el ascendiente) que no se aquietara a respetar la voluntad de aquél. El legitimario renuente podría exigir la satisfacción de lo que se le debe en bienes hereditarios. En aquellas herencias cuyo principal activo es el inmueble que constituía la vivienda familiar, dicha exigencia podría conducir a situaciones de comunidad, con la complicación inherente, y al ejercicio de acciones de división.

La cuestión planteada podría recibir una respuesta distinta dentro de un sistema de legítima *pars valoris*, con una diversa configuración del alcance de la intangibilidad cualitativa. Un sistema en el que no corresponde al legitimario pretensión alguna para provocar la inoperancia de los gravámenes sobre los bienes que recibe en pago y establecidos por la voluntad del causante, sino solo para exigir la satisfacción de un valor patrimonial que, en cualquier caso, puede ser abonado en dinero, aunque no lo hubiere en la herencia. En esta tesitura, acaso se lograría atender tanto al interés del usufructuario en permanecer en el disfrute de todos los bienes hereditarios, cuanto al de aquellos otros legitimarios que prefieren obtener ya el pago del valor que les corresponde⁵⁸.

En definitiva, si los legitimarios afectados son hijos comunes, deberán respetar el usufructo universal dispuesto por uno de sus progenitores a favor del otro y conformarse con percibir, en su caso, la nuda propiedad con la expectativa de consolidar el pleno dominio. Cuando los legitimarios concurrentes no tengan esa condición, tendrían la opción de renunciar a la atribución testamentaria y reclamar el pago de su legítima que, en un sistema de *pars valoris*, podrá ser satisfecha en dinero.

Por último, habrá que considerar si, además de por las causas generales, el usufructo universal debiera incorporar causas específicas de extinción asociadas

56. Conclusión a la que, por vía de interpretación, llega la STS 960/2005, de 14 diciembre (RJ 2005, 10160), en un caso de concurrencia entre la viuda y los hijos solo del causante.

57. V. las distintas opiniones y, en el sentido del texto, RAGEL SÁNCHEZ, *Comentarios*, 2013, p. 5931: «Estará en su mano elegir una u otra solución, pero, en tanto no se acoja a la protección que le brinda el art. 813.II, prevalecerá la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión».

58. Esta solución, de algún modo, es la adoptada en el art. 451-9 CCCat., segundo párrafo.

a la desaparición sobrevenida de su finalidad. En los ordenamientos autonómicos en los que se reconoce sin ambages la validez de la disposición, se contemplan estas causas añadidas a las generales. En el Derecho gallego, el art. 236 LDCG prevé la extinción por contraer la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto. Ahora bien, esa extinción no afecta a la cuota legal legítima, en usufructo (arts. 253 y 254 LDCG)⁵⁹. También en el Derecho vasco, el art. 57 LDCV se remite a las causas de extinción de la legítima viudal: salvo disposición expresa del causante, se extingue por hacer vida marital con otra persona. En este caso, no hay cuestión sobre la subsistencia de la legítima, pues igualmente se extingue.

A la vista de estos ejemplos, cabría admitir esta causa de extinción, pero siempre vinculada a la voluntad del causante que así lo hubiere establecido expresamente. Las relaciones entre el titular del usufructo y los nudos propietarios pueden verse seriamente enturbiadas cuando, por razón de las nuevas circunstancias del supérstite, decae la finalidad de la disposición testamentaria. Es preferible, sin embargo, que sea el testador, en último término, el que valore la oportunidad de que persista el usufructo universal, a pesar de los cambios posteriores a su fallecimiento.

3. El uso de la vivienda familiar

La continuidad en el uso de la vivienda familiar es una aspiración que asoma con frecuencia en la doctrina, y el modo de alcanzar este resultado ha tenido distintas respuestas legislativas⁶⁰. En el Código civil, dejando ahora de lado las normas sobre liquidación de gananciales y considerando únicamente la posición del viudo como legitimario o, en su caso, como heredero, es claro que carece de facultad alguna de pedir que su derecho se concrete sobre la vivienda⁶¹.

Una perspectiva de futuro debe, en consecuencia, abordar esta cuestión. Se trata, no obstante, de una materia sumamente delicada, por varios motivos.

De entrada, junto al interés del cónyuge puede confluir el de otras personas, en particular el del legitimario persona con discapacidad, que estuviera conviviendo en la vivienda habitual del causante en el momento del fallecimiento, situación que contempla actualmente el art. 822 CC, no sin alguna crítica, en la que no cabe entrar.

59. La cuestión, no obstante, es discutida en la doctrina, v. BUSTO LAGO, *Comentarios*, 2008, p. 1011.

60. Cfr. GAGO SIMARRO, *La vivienda*, 2023, *passim*; PEREÑA VICENTE, *La obsolescencia*, 2019, p. 18. CORRIPIO GIL DELGADO, *La permanencia*, 2024, pp. 1128 y ss., expone varios argumentos en pro de salvaguardar el interés del cónyuge en la vivienda.

61. Cfr. CORRIPIO GIL DELGADO, *La permanencia*, 2024, pp. 1140 ss., sobre la posible negociación con los herederos para lograr, con todo, esa conmutación en el sistema vigente y los aspectos fiscales.

Aunque no se plantee el problema de la concurrencia, la vivienda suele ser el activo más importante. Si la ley establece derechos a favor del viudo en aras de asegurarle la permanencia, ya sea la sucesión testada o intestada, se comprometen los derechos sucesorios de otros legitimarios que concurren con aquél, acaso con peores circunstancias vitales o económicas.

Decidir la naturaleza de estos derechos sobre la vivienda tampoco es tarea sencilla. La ley podría predeterminar el tipo de derecho que sustenta la permanencia del viudo —como ocurre en algunos de los supuestos que veremos más adelante—, por ejemplo, como derecho de habitación o de usufructo. En cuyo caso, habrá que aclarar si se rigen supletoriamente por lo dispuesto para los derechos de esa clase, o si tienen normas propias relativas, por ejemplo, a causas de extinción específicas, como el nuevo matrimonio o la vida marital del titular. Por otro lado, esa concreta configuración legal puede no adaptarse en absoluto a los intereses del propio beneficiario, por lo que sería pertinente la previsión normativa de la conmutación a instancia de aquél. Posibilidad ésta última que, como luego se verá, no siempre se contempla por la norma, aunque se confiera un derecho de uso vitalicio.

Por último, la asignación de derechos por ministerio de la ley obliga a determinar su relación con la disciplina de las legítimas, surgiendo aquí varias cuestiones: si se imputa a la legítima del viudo, si computa o no para fijar la legítima de los otros legitimarios concurrentes y, en consecuencia, si puede o no ser objeto de reducción, entre otras.

Por lo expuesto, resulta de interés una somera consideración de algunas de las medidas adoptadas en distintos ordenamientos. La nota común es que, ya se trate de la mera continuidad en la posesión con carácter temporal, ya del reconocimiento de una titularidad jurídico real vitalicia, la vivienda en la que una u otra se ejercitan es privativa del causante o común con el supérstite.

En cuanto a las previsiones legales, se observa, en primer lugar, que algunas se limitan a asegurar la permanencia durante un tiempo determinado inmediatamente posterior al fallecimiento; y, en tal caso, la norma suele tener carácter imperativo. En este sentido, goza de raigambre el tradicional año de luto o de viudedad reconocido al viudo y al miembro supérstite de la pareja de hecho en el Código civil catalán (art. 231-31). Además del uso de la vivienda familiar, el luto comprende la percepción de alimentos a cargo de la herencia, de acuerdo con el nivel de vida que habían mantenido y la importancia del patrimonio. No se configura como un derecho sucesorio, sino familiar y derivado del matrimonio o de la pareja estable, aunque recae sobre bienes hereditarios, y es independiente «de los demás derechos que le correspondan en virtud de la defunción del premuerto». En atención a su fundamento en la comunidad de vida y a su limitada duración temporal se ubica dentro de los derechos viduales familiares⁶².

62. Sección 5ª, Cap. I, Alcance de la institución familiar, Título III, *La Familia*, Libro segundo del CCCat., *La persona y la familia*, arts. 231-30 y 231-31. Al parecer, si concurre una causa de indignidad para suceder, tampoco se tendrá este derecho familiar. Según ESPIAU, *Tratado*, 2016, p. 847, como derecho a continuar en el uso de la vivienda conyugal «apunta a su consideración como

Con un carácter similar, —derecho familiar derivado del matrimonio más que sucesorio—, se dispone en el *Code*, y como materia de orden público. El cónyuge tiene un derecho de goce gratuito de un año de duración sobre la vivienda habitual común de los esposos o privativa del premuerto (art. 763 *Code*).

En ambos casos, se trata de derechos de naturaleza familiar, con eficacia automática e imperativa, y, por tanto, no computables ni imputables a los derechos hereditarios del beneficiario⁶³.

Este derecho temporal puede tomarse en consideración en una futura reforma del Código civil, que de este modo aseguraría al supérstite en todo caso, y al margen de cuál fuera su régimen económico, la permanencia en el hogar familiar durante un tiempo prudencial que le permita adaptarse a la nueva situación. Como derecho familiar, su finalidad sería paliar la disrupción provocada por el fallecimiento y, en tal sentido, ha de ser reconocido también a la pareja estable, tal y como se ha establecido en el Derecho aragonés⁶⁴. Sobre todo, esa continuidad, siquiera temporalmente limitada, se desliga de cuál sea su concreto título sucesorio y aunque careciera de él.

En segundo lugar, la garantía del uso de la vivienda se amplía considerablemente en otros ordenamientos en los que, por ley y también con carácter imperativo, se concede un derecho real de habitación, personalísimo y vitalicio, si bien a veces modulado por causas específicas de extinción. El ejemplo lo proporciona el art. 54 de la LDCV. Como una de las principales novedades de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco, el cónyuge o la pareja tendrán «un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho».

una mera legitimación posesoria... de carácter legal, no respaldada por un derecho patrimonial que corresponda al cónyuge o conviviente supérstites, lo cual parece congruente con su limitada duración temporal». Se ostenta frente a quienes corresponda la titularidad de la vivienda como consecuencia de la sucesión; no se puede hacer valer frente a quienes fueran propietarios de esta antes de la muerte del causante. Como derecho viudal familiar no puede ser excluido por el causante. El matrimonio o la convivencia marital de su titular con otra persona es causa de pérdida de su titularidad, aunque en ningún caso estará obligado a devolver el importe de los alimentos percibidos.

Con ulteriores referencias y extensamente, v. GAGO SIMARRO, *La vivienda*, 2023, pp. 515 y ss. A falta de previsión legal sobre el reparto de los gastos, propone como solución atender a su origen: gastos derivados de la posesión, deberán ser sufragados por el usuario; gastos derivados de la propiedad, por los herederos (o, cabría añadir, el nuevo propietario); esa conclusión, añade, es conforme con lo que dice el TS en relación con los gastos de la vivienda familiar cuando el uso se atribuye al cónyuge comunero o no propietario.

El art. 146 LDCV prevé un derecho de habitación «de un año y un día» para garantizarle la permanencia en el caserío del premuerto, mientras se mantenga en estado de viudedad.

63. GAGO SIMARRO, *La vivienda*, 2023, p. 522.

64. El art. 311.2 CDFA dispone que el supérstite de una pareja de hecho podrá «independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año». Sobre el reconocimiento de este mismo derecho en el art. 13 de la Ley Andaluza 5/2002 y la inconstitucionalidad de tal norma por carecer de competencias (art. 149.1.8º CE) según la STC 110/2016, de 9 de junio, v. GAGO SIMARRO, *La vivienda*, 2023, p. 520.

Entiende la doctrina que, a pesar del silencio de la Exposición de Motivos, el derecho de habitación le corresponde además de la legítima (en usufructo), si es que la extensión del patrimonio permite la coexistencia de ambos. Como derecho necesario, constituye un límite a la libre disposición del causante y tiene carácter personalísimo e intransmisible⁶⁵. Es un derecho sucesorio, un legado legal que el causante no puede enervar ni pagar de otro modo, si bien podría conferirle un derecho que lo subsuma, como cuando instituye al cónyuge heredero único o usufructuario universal⁶⁶.

La atribución legal e imperativa de un derecho de habitación sobre la vivienda familiar tiene un precedente en el Derecho italiano. Desde 1975 (art. 540 *Codice Civile*), amén de beneficiar al viudo que concurre con descendientes con una amplia legítima en propiedad (un tercio si concurre con un solo hijo y un cuarto, si con dos o más), dispone a su favor lo que se describe como un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda familiar privativa del fallecido o común, además de la legítima que le corresponda. El orden de imputación es, primero, con cargo a la cuota libre, luego a la legítima del cónyuge y, finalmente, a la de los descendientes legitimarios concurrentes. Derecho que le corresponde tanto en la sucesión testada como la intestada. En la actualidad, y dada la mayor frecuencia de matrimonios sucesivos del causante y la posible concurrencia con hijos de uniones anteriores, este régimen se estima necesitado de revisión⁶⁷.

Otras soluciones legales también propenden a otorgar derechos vitalicios sobre la vivienda familiar, pero, a diferencia de las anteriores, pueden ser excluidos por la voluntad del testador. En Francia corresponde al supérstite el derecho vitalicio de habitación, conforme al art. 764 *Code*, salvo disposición en contra del causante en testamento notarial. El valor de este derecho, que se extiende al uso del ajuar, se imputa a sus derechos sucesorios, pero, si fuera superior, no deberá pagar el exceso (art. 765 *Code*)⁶⁸.

65. Cfr. con detalle ARAKISTAIN, *La posición*, 2023, pp. 355 y ss. Puede ser objeto de pacto y de renuncia anticipada, ex art. 100. 2 LDCV o quedar subsumido en el derecho más amplio que corresponda al viudo (usufructo universal, por ejemplo). Existen, no obstante, distintas opiniones sobre el modo en que puede afectar a la legítima de los descendientes, en caso de que la nuda propiedad de la vivienda les corresponda en pago de su legítima.

66. FERNÁNDEZ DE BILBAO, *El derecho*, 2015, pp. 477 y ss.

67. Cfr. VIVES VELO DE ANTELO, *Razones*, 2024, pp. 176. El resultado en la práctica puede traducirse en una desaparición efectiva de la libre disposición del causante, además del gravamen sobre la legítima de los descendientes, cuando la herencia se reduce a poco más que la vivienda familiar. Con más referencias doctrinales, v. VIVES VELO DE ANTELO, *Acerca de*, 2022, pp. 516 y ss. Algunas propuestas de reforma sobre los derechos viuales en el sentido de someter el derecho vitalicio de habitación a ciertas causas de extinción, v. BRAUN, *Mandatory*, 2020, p. 136. BARBA, *Autonomía*, 2024, p. 219 estima que el derecho de habitación debe corresponder al viudo, «en cuanto satisface una necesidad importante que va más allá del interés económico»; pero cree necesaria una modificación para dejar claro que ese derecho no debe añadirse a la legítima ni a la cuota intestada, y en caso de exceso, deberá abonar la diferencia.

68. La exigencia de que la voluntad en contra se manifieste en testamento notarial se dirige a llamar la atención del testador sobre las consecuencias de su decisión. El art. 765-1 establece el plazo de un año para que el cónyuge manifieste su voluntad de beneficiarse de los derechos de habitación y de uso. La conmutación cabe por acuerdo de todos los interesados, conforme al art.

De algún modo, la atribución de derechos que aseguran al cónyuge la permanencia, salvo otra voluntad del causante, se encuentra también reflejada en el Derecho catalán, pero solo en la sucesión intestada. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable tienen en concurrencia con descendientes el usufructo universal, que se extiende a las legítimas y no se pierde aunque el viudo contraiga nuevo matrimonio o pase a convivir con otra persona. La conmutación procede a instancia del beneficiario y por una cuarta parte alícuota de la herencia y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar⁶⁹.

Respecto a una futura reforma del Código civil cabría hacer algunas reflexiones.

La continuidad en el uso es una finalidad que la ley debe proteger. En primer término, mediante el mayor espacio concedido a la voluntad del propio causante. Con la reducción cuantitativa del derecho de otros legitimarios concurrentes, el sistema ofrecería el margen suficiente para que aquél prevea lo necesario, ya sea atribuyendo la propiedad o derechos de uso exclusivo sobre la vivienda privativa, o sobre la cuota que le corresponda en la vivienda común, o mediante el legado del usufructo universal⁷⁰.

La asignación legal imperativa de derechos vitalicios de uso, en cambio, suscita diversos reparos⁷¹. El derecho de habitación no confiere, en principio, exclusividad (art. 524.II CC), por lo que no cabría impedir el uso a otros nuevos titulares a quienes corresponda la propiedad del inmueble privativo del causante o la cuota que tenía en la vivienda común. Si falta el parentesco entre unos y otros, la convivencia de algún modo impuesta por la propia ley no parece ser la fórmu-

766 *Code*. De otro lado, y en un escenario hipotético de supresión de la legítima del viudo en Francia, se ha planteado si el derecho sobre la vivienda debiera ser entonces imperativo. En contra se dice que sería imponer algo a quienes se separan, sin divorcio; o imponerlo en ciertos casos de familias recompuestas donde quizá el causante quiera evitar el conflicto entre el supérstite y los hijos de una unión anterior. Cfr. PÉRÈS/POTENTIER, *La réserve*, 2019, p. 130.

69. CCCat., arts. 442.1, 442.3.1, 442-4, 442-5.1. Según ESPIAU, *Tratado*, 2016, p. 863, el cónyuge o conviviente sí puede privar a su consorte o compañero superviviente de este derecho; si puede privar a alguno de sus herederos legales de la sucesión intestada y privarles de esta condición, «habrá que admitir que pueda excluir o privar» a los primeros de su condición de usufructuario universal, «y ello sin que sea necesario recurrir a la alegación de una causa de justificación que fundamente la exclusión».

70. Cfr. distintas disposiciones testamentarias que en el sistema vigente podrían asegurar la permanencia del supérstite en el hogar, CORRIPIO GIL DELGADO, *La permanencia*, 2024, pp.1144 y ss. La jurisprudencia suministra ejemplos en los que se da curso a la pretensión de la madre legataria del usufructo universal para el desahucio del hijo nudo propietario en la STS 20 enero 2014 (RJ 2014, 2229). Confirma la legitimación de la madre usufructuaria contra el hijo, nudo propietario, la STS 1468/2024, de 6 noviembre (ECLI:ES:TS:2024:5551).

71. Como solución de *lege ferenda*, sugiere, entre otras, un legado legal de usufructo o de habitación de todas las estancias, no transmisible, CORRIPIO GIL DELGADO, *La permanencia*, 2024, p. 1158. VIVES VELO DE ANTELO, *Razones*, p. 436 y ss., propone que la legítima debiera constituir en la atribución por ministerio de la ley de un derecho de usufructo sobre la residencia habitual, aunque reconoce que parece difícil encontrar una fórmula «única y justa que pueda adaptarse a todos los casos». Por ello sugiere varios paliativos como fijar una cuota máxima, con opción de pagar el exceso o reducir el tiempo de duración del derecho; que fuera conmutable; o con posibilidad de exclusión si el matrimonio hubiera durado menos de un cierto número de años. Mas tal cúmulo de variables provocaría, entiendo, un incremento de la inseguridad en el caso concreto y excesiva judicialización.

la idónea, al desaparecer la persona que representaba el lazo de unión entre ellos. Si además no se prevé la conmutación, se dificulta al supérstite optar por otra solución que quizá responda mejor a sus necesidades⁷².

Por otro lado, surgen ulteriormente dudas sobre si tales derechos legales deben entenderse aptos para satisfacer la legítima o si deben añadirse a ésta, como al parecer ocurre tanto en el Derecho vasco como en el Derecho italiano. Por último, pero no menos relevante, en los casos de familias recompuestas, se privaría al causante de la posibilidad de prevenir disensiones entre su consorte y los hijos de una unión anterior.

En cuanto a la previsión legal de derechos de uso o de habitación vitalicios que, por el contrario, son susceptibles de ser desplazados en el testamento, pueden desencadenar problemas similares a los de carácter imperativo, en especial si el fallecimiento es intestado, por más que se diga que esa interacción responde a la presumible voluntad del causante. Estos inconvenientes podrían solventarse mediante la conmutación prevista en la norma y a instancia del viudo, pero el remedio podría representar una carga excesivamente onerosa para los herederos si el patrimonio es modesto, especialmente cuando el único bien de valor es la vivienda⁷³.

En defecto de previsión testamentaria sobre esta materia, posiblemente lo más adecuado ante la variedad de situaciones que la práctica ofrece sea brindar al cónyuge la facultad legal de reclamar el pago de sus derechos sucesorios con la atribución de la propiedad o de derechos que le habiliten para continuar ocupando la vivienda familiar, con el deber, que al propio cónyuge incumbe, de abonar el exceso en metálico⁷⁴.

El Código civil ya procura que la antedicha finalidad se alcance en la liquidación del régimen de gananciales, mediante los derechos de adjudicación preferente de la propiedad, o la constitución de derechos reales de usufructo, uso o habitación en los términos establecidos en los arts. 1406 y 1407 CC, sobre los que no cabe profundizar en este lugar.

A modo de complemento de esta regulación, así como en aquellos supuestos en los que la vivienda sea, en cambio, privativa del causante o común de los cónyuges sin tener gananciales, la protección podría articularse estableciendo

72. Lo advierte ARAKISTAIN, *La posición*, 2023, p.360.

73. Explica VAQUER ALOY, *Comentario*, 2024, p. 369 y s., en relación con el usufructo universal del cónyuge o conviviente y la opción de conmutación, que el mantenimiento de un derecho de usufructo en la sucesión intestada «como es tradicional en el derecho civil catalán, no es una solución óptima, especialmente cuando se trata de patrimonios modestos o de patrimonios activos»...«en particular cuando se trata de familias reconstituida». La conmutación, añade, «en patrimonios modestos, puede resultar muy gravosa para el heredero, que se puede ver forzado a vender para pagar —piénsese, por ejemplo, en una herencia en que el bien prácticamente único es la mitad indivisa de la vivienda habitual y la usufructuaria ejerce el derecho a la conmutación—.»

74. CORRIPIO GIL DELGADO, *La permanencia*, 2024, p. 1158 apunta que, en defecto de derechos exclusivos, tuviera una facultad de adjudicación preferente el viudo, excluyendo, acaso, bienes que tuvieran origen familiar.

derechos de adjudicación en términos similares, que garanticen, al menos, la continuidad en el uso de modo vitalicio o temporal⁷⁵.

Si la posición sucesoria del viudo en el caso concreto se limitase a lo que le corresponde por legítima —recuérdese que como *pars valoris* consiste en el derecho a reclamar un valor patrimonial—, tendría la facultad de pedir que se satisfaga con la atribución de la propiedad o la constitución de aquellos otros derechos, sin perjuicio de abonar el exceso. Esta posibilidad la prevé el legislador gallego, aunque la legítima aquí es en usufructo; tiene el derecho de hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre la vivienda habitual, con preferencia a la facultad de conmutar⁷⁶.

Si el viudo forma, además, parte de la comunidad hereditaria —en virtud de la institución testamentaria, o como heredero intestado en concurrencia con otros parientes en línea recta, si es que se cambiara en este sentido el orden del llamamiento legal—, aquella facultad habrá de ejercitarse en la partición, disponiendo de la elección entre la propiedad o alguno de esos otros derechos de contenido más limitado, acaso con la duración temporal que estime oportuna en función de sus circunstancias, también económicas, y con la obligación de pagar la diferencia en dinero.

El derecho de adjudicación habría en todo caso de ejercitarse bajo el presupuesto de que la vivienda forme parte de la herencia o fuera común de los cónyuges, y sin que pueda prevalecer sobre la voluntad del testador respecto de sus bienes privativos⁷⁷. Cumplida esta premisa, parece prudente confiar al interesado la decisión en uno u otro sentido. Al contar con varias opciones, podrá elegir la que mejor se adapte al valor de sus derechos sucesorios, así como a sus propias necesidades y medios económicos, en caso de tener que pagar la diferencia⁷⁸. Se

75. En lo que se refiere, en particular, al derecho de habitación, en su configuración legal concreta cabría introducir distintas variables. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El derecho real*, 2023, pp. 55 y ss., señala respecto del derecho de habitación constituido de modo voluntario, que en el título constitutivo se puede especificar «qué más personas pudieran vivir en la casa objeto del derecho de habitación, o incluso impedir que otros ocupantes puedan habitarla». Otra posibilidad (pp. 57 y s.) es configurar un derecho de uso sobre la vivienda que se extienda a la totalidad de ésta (como se prevé en el art. 562-7 CCCat.), o posibilitar que, además de la vivienda, pueda destinarse a otros usos, que, «deberá estar previsto en la Ley o venir autorizado expresamente en el título constitutivo o, al menos, deducirse con claridad del mismo que las partes han querido autorizarlo».

76. Art. 257 LDCG, pero también sobre «el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que vinera desarrollando con su trabajo». «Este derecho es preferente a la facultad de conmutar» que el art. 256 LDCG atribuye a los herederos. Destaca PEÑA LÓPEZ, *Comentarios*, 2008, p. 1115, que esa facultad de concreción se subordina a otra voluntad distinta del testador sobre el modo de satisfacer su legítima y, además, a que la cuota legitimaria sea suficiente para comprender dentro de ella el usufructo del bien o bienes sobre los que el cónyuge haya decidido ejercitar su facultad.

77. La SAP Málaga 279/2021, de 26 abril (ECLI:ES:APMA:2021:1131) estima la pretensión de desahucio de los hijos y herederos contra la viuda que continuaba en la posesión exclusiva de la vivienda familiar, privativa del causante, cuando éste había dispuesto a su favor el legado de *otro* inmueble, en pago de la legítima.

78. La SAP Guadalajara 196/2025, de 20 marzo (ECLI:ES:APGU:2025:135) ofrece un interesante ejemplo del conflicto que puede existir entre el viudo (sucesión intestada), que por razón de edad y posibilidades económicas, prefiere que la legítima se le satisfaga mediante el usufructo sobre la

evita, además, que la finalidad protectora del viudo derive en una situación excesivamente gravosa para los hijos u otros herederos del causante.

Cabría, además, sopesar el reconocimiento de los derechos bajo examen a otros integrantes de la comunidad hereditaria. En todo caso, a favor de la pareja estable del causante, al que éste mismo hubiera atribuido aquella condición. Pero igualmente en otros casos, para evitar el perjuicio de aquél heredero que venía habitando la vivienda; especialmente cuando se trata del único bien y la indivisión resultante aboca, a falta de acuerdo, a la venta en pública subasta (art. 1062.2 CC)⁷⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena (2023), *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código civil y en el Derecho civil vasco*, Reus, Madrid.
- ARRÉBOLA BLANCO, Adrián (2023) «La posición del cónyuge en el sistema legítimo del Código civil», en Arrébola Blanco (Dir.), *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, v. I, Reus, Madrid, pp.149-176.
- BARBA, Vincenzo (2024), «Libertad de testar, una idea del sistema italiano», en Egusquiza Balsameda, M^a.A./ Cerdeira Bravo de Mansilla, G.(dirs.)/García Mayo, M./Sánchez Valle, M^a.R.(coords.), *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, pp. 205-224.

vivienda familiar (a la sazón ganancial), frente a los copropietarios concurrentes (en el caso, hermanos del causante, por haber fallecido antes de la partición la ascendiente del causante, heredera intestada), proclives a conmutar con la asignación de una cuota en propiedad y con la intención, al parecer, de un ulterior ejercicio de la acción de división.

79. En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias*, 2020, p. 92, explica que el perjuicio que pueda causarse a los coherederos que ya utilizaban la vivienda por razón de aquella venta lo ha evitado la jurisprudencia de modo puntual, pero «es difícil confiar que pueda imponerse en la práctica como criterio generalizado». De ahí que, además de las respuestas parciales que proporcionan los arts. 1406 y 1407 CC y el art. 822, el problema (p. 93 y s.) «es mucho más amplio» y «probablemente mereciera una solución más completa y general dentro de las normas sobre la partición y las adjudicaciones»; y el autor lo extiende no solo al coheredero que convive o comparte el uso de la vivienda, sino también «un negocio o empresa», sea o no su cónyuge o conviviente de hecho, sea o no heredero forzoso y tenga o no una discapacidad. No obstante, recuerda la asentada jurisprudencia que admite «la viabilidad de la acción de precario entre coherederos, frente al coheredero y en favor de la comunidad hereditaria, que disfruta exclusivamente por concesión graciosa del causante». El testador podrá no obstante garantizar la permanencia mediante la constitución de un derecho que los demás herederos deban respetar. En este sentido, la STS 431/2024, de 1 abril (ECLI:ES:TS:2024:1671) estima la acción de división del único inmueble de la sociedad post ganancial y ejercitada por la hija única, heredera universal, frente a su padre, usufructuario universal, confirmando el criterio de la sentencia del juzgado «que declaró extinguido el condominio respecto de la vivienda litigiosa, ordenó su venta en pública subasta y la distribución del precio...conforme al derecho de cada propietario en tal comunidad, declarando expresamente también el respeto del derecho de usufructo del demandado».

- BRAUN, Alexandra (2020), «Forced Heirship in Italy», en Reid, K./ De Waal, M./ Zimmermann, R. (eds.), *Comparative Succession Law*, v. III, *Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, pp. 108-138.
- BUSTO LAGO, Jose Manuel (2008), «Comentario del art. 229 y del art. 236» en Rebolledo Varela, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 989-992, 1009-1012.
- CABELLO HERNÁNDEZ, José Ramón (2024), «Cónyuge supérstite, el sobreviviente relegado. La legítima viudal desde una perspectiva familiar sociológica con matiz de género», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 20 bis, pp. 190-227.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2020), «Forced heirship in Spain», en Reid, K./ De Waal, M./ Zimmermann, R. (eds.), *Comparative Succession Law*, v. III, *Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, pp. 139-174.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador (2022), «Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código civil español?, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º.16 bis, pp. 3010-3039.
- CERVILLA GARZÓN, M^a. Dolores (2022), «Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada», en Estellés Peralta, P.M. (dir.), *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código civil español*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.613-652.
- CORRIPIO GIL DELGADO, María Reyes, «La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario», en *Anuario de Derecho Civil*, 2024, pp. 1110-1180.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2006), «Una propuesta de política de del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 13-172.
- DÍAZ ALABART, Silvia (2019), «Últimas tendencias en el Derecho sucesorio español», en Pérez Gallardo, L. (dir.), *Hacia un nuevo Derecho de sucesiones*, Colombia, Grupo editorial Ibáñez, pp. 185-215.
- DÍAZ ALABART, Silvia (2023), «Las legítimas de padres y ascendientes; una figura a revisión», en *Revista de Derecho Privado*, num.2, pp. 117-142.
- DÍEZ GARCÍA, Helena (2024), «¿Legítima a favor de la viuda víctima de violencia de género separada de su difunto consorte maltratador por una orden de alejamiento?», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, pp. 33-74.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2024), *El derecho a la propiedad y a la herencia ante la nueva realidad social*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid.
- ECHEVERRÍA DE RADA, María Teresa (2020), «La cautela *socini*: revisión crítica de su concepción actual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 781, pp. 2583-2619.
- EGUSQUIZA BALSAMEDA, M^a. Ángeles (2024) «Libertad de testar, legítimas y persona unida en análoga relación a la conyugal. Asincronías familiares en el Código civil», en Egusquiza Balsameda, M^a. A./ Cerdeira Bravo de Mansilla,

- G. (dirs.), *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, pp. 266-294.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (2020), *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Wolters Kluwer, Madrid.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (2023), «En defensa de la legítima del Código civil», en Arrébola Blanco, A. (dir.), *Retos del Derecho de Sucesiones en el siglo XXI*, vol. I, Reus Madrid, pp. 97 - 147.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago (2016), «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña», en Gete-Alonso y Calera, M^a.C. (dir.)/ Solé Resina, J.(coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T.II, 2^a ed., pp. 837-879.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María (2024) El valor de la «conyugalidad»: la conveniencia de una revisión de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite y su posible discapacidad ante la nueva realidad socio-familiar», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 20 bis, pp. 554-601
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio (2004) *El pago de la legítima al cónyuge viudo*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio (2010), «La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo», en Rebolledo Varela, A.L. (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, pp.263-296.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio (2019), «¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?», en Capilla Roncero, F./ Espejo Lerdo de Tejada, M./ Aranguren Urriza, J.J. (dirs.), Murga Fernández, J.P./ Hornero Méndez, C. (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp.437-462.
- FERNÁNDEZ CAMPOS; Juan Antonio (2023), *El derecho real de habitación en el Código Civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús «El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco», *Academia Vasca de Derecho*, n° 27, 2025/2016, pp. 475-498.
- GAGO SIMARRO, Clara (2019), «Derechos “mortis causa” del conviviente supérstite», en Capilla Roncero, F./ Espejo Lerdo de Tejada, M./ Aranguren Urriza, J.J. (dirs.), Murga Fernández, J.P./ Hornero Méndez, C. (gordos.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 519-550.
- GAGO SIMARRO, Clara (2023), «Atribución del uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge viudo», en Sanciñena Asurmendi, C./ Fernández Chacón, I./ Gago Simarro, C. (dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp.503 a 540.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka (2017), «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», en *InDret*, n° 4., pp. 1-31.

- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (1973), «El usufructo universal de viudedad. Su configuración especial en Galicia», en *Anuario de Derecho Civil*, pp. 483-506.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (2019), «Soluciones prácticas en materia de legítimas», en Capilla Roncero, F./ Espejo Lerdo de Tejada, M./ Aranguren Urriza, J.J. (dirs.), Murga Fernández, J.P./ Hornero Méndez, C. (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 123-140.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio (2019) «¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?, en Capilla Roncero, F./ Espejo Lerdo de Tejada, M./ Aranguren Urriza, J.J. (dirs.), Murga Fernández, J.P./ Hornero Méndez, C. (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 61-76.
- LAMARCA MARQUÉS, Albert (2024), «Trabajo para la casa y compensación económica en el régimen de separación de bienes (Comentario a la STS 1423/2023, de 17 de octubre)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 125, pp. 71-94.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio (2022) *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Fundación del Notariado- Dykinson, Madrid.
- MANRESA Y NAVARRO, Jose María (1898), *Comentarios al Código Civil Español*, t.VI1898, Madrid., disponible en https://bib-antonioerverte.um.es/Manresa_CC/.
- OLMEDO CASTAÑEDA, Francisco Javier (2017), «La legítima en el Derecho común: ¿Supresión o reducción?, en *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 102-103, pp. 543-610.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (2009) «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, pp. 481-554.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (2019) «Las legítimas en la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil», en Capilla Roncero, F./ Espejo Lerdo de Tejada, M./ Aranguren Urriza, J.J. (dirs.), Murga Fernández, J.P./ Hornero Méndez, C. (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) pp. 193-210.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando (2008), «Comentario del art. 257», en Rebolledo Varela, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp.1113-1117.
- PEREÑA VICENTE, Monserrat (2019I, «La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español», en *La Ley. Derecho de Familia.*, n. 22, pp.1-35. (versión electrónica Legalteca).
- PÉRÈS, Cécile/ POTENTIER, Philippe (2019), *La réserve héréditaire. Rapport du groupe de travail*. acceso al *Rapport* y a los anexos en: <https://www.justice.gouv.fr/documentation/ressources/reserve-hereditaire>.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta (2007) «Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro», en *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1641-1678.

- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (2013), «Comentario a los artículos 806 a 818», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. IV, Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 5830-6006.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (2010), «La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en Rebolledo Varela, A.L. (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (2008), «Comentario del artículo 241», en Rebolledo Varela, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1027-1031.
- RUBIO GARRIDO, Tomás (2022) *Fundamentos del Derecho de Sucesiones*, Fundación Notariado, 2022.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (2022) «¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?», en *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código civil español*, dir. ESTELLÉS PERALTA, P.M., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 193-268.
- SCAEVOLA, Q.M. (1898), *Código civil comentado y concordado extensamente*, t. XIV, Madrid, 1898, disponible en https://bib-antonioereverte.um.es/Obras/Scaevola_CC.xml.
- SHERPE, Jens M./EEG (2020), Thomas, «Compulsory Portion and Minimum Inheritance in Norway», en Reid, K./ De Waal, M./ Zimmermann, R. (eds.), *Comparative Succession Law*, v. III, *Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, pp. 563-600.
- TORRES GARCÍA, Teodora/ GARCÍA RUBIO, M^a Paz (2014), *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina (2004), «Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, V. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp.4893-
- VAQUER ALOY, Antoni (2024), *Comentario al Código civil de Cataluña. Libro 4: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona.
- VAQUERO PINTO, M^a. José (2023) «La compensación por trabajo doméstico del art. 1438 del Código civil. ¿Ha llegado el momento de modificar la norma?, en *La Ley. Revista Jurídica sobre familia y menores*, n^o 37, pp. 107-125.
- VERDERA SERVER, Rafael (2022) *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid.
- VILLÓ TRAVÉ, Cristina (2024), «Visión crítica de la compensación por trabajo doméstico en el derecho civil español», en *Anuario de Derecho Civil*, pp. 133-216.
- VIVES VELO DE ANTELO, M^a Patricia (2024) *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Fundación Notariado, Madrid.

PACTOS SUCESORIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO NOTAS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA ENTRE LOS SIGLOS XIX Y XX¹

Marianna Pignata

Profesora asociada de Historia del Derecho

Universidad de Campania «Luigi Vanvitelli» - Italia

SUMARIO: I. DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA A LA COMPLEJIDAD HISTÓRICA: REPENSAR EL ART. 458 A LA LUZ DE SUS ORÍGENES - II. DEL MODELO NAPOLEÓNICO AL CÓDIGO DE 1865: PERSIS-

1. Texto revisado y ampliado de una ponencia presentada en las Jornadas Internacionales sobre «La protección del cónyuge viudo» celebradas el 21 de febrero de 2025. El redactor agradece a las profesoras M.^a Patricia Represa Polo y M.^a Teresa Álvarez Moreno el haber aceptado esta ponencia dentro de la sesión sobre «Protección del cónyuge o conviviente más allá de la sucesión testada»

Cf. O. Benelli, *I patti successori e le disposizioni del codice civile italiano*, Tempio, 1936, pp. 19 y ss, quien resume la heterogeneidad de las normas citadas: «a) la prohibición de pactos sucesorios es absoluta (art. 1118); b) no es posible renunciar a una sucesión futura que aún no se ha abierto; c) los cónyuges no pueden, en el contrato matrimonial, hacer ningún pacto o renuncia que tienda a alterar el orden jurídico de la sucesión, ni enajenar los derechos que puedan tener sobre el patrimonio de una persona viva (arts. 1118, 1380, 1460, 916, 954); d) se prohíben las donaciones *mortis causa* (art. 1066); e) se prohíbe a los cónyuges la propiedad en común de los bienes (art. 1433); f) la sociedad universal de gananciales sólo se permite para los bienes actualmente poseídos, para los bienes futuros sólo se permite el disfrute en común (art. 1701)». Por otra parte, C. Caccavale, (*Il divieto dei patti successori*, en *Successioni e donazioni*, editado por P. Rescigno, I, 2^a ed., I, Milán, 1991, p. 5), considera que el art. 1118 ya contiene una única disposición que prohíbe todo tipo de pactos sucesorios. Para más información, véase G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza dall'Avvocato Giorgio Giorgi*, III, Florencia, 1889-1893, pp. 457 y ss, quien, entre otras cosas, tuvo el mérito de haber sido el primero en distinguir los pactos sucesorios en institutivos, dispositivos y de renuncia; N. Coviello, *Delle successioni*, Parte generale, 4^a edición, Nápoles, 1935, pp. 100 ss; V. Polacco, *Della divisione operata da ascendenti fra descendenti*, Verona-Padova, 1885, p. 157.

TENCIA Y CAMBIOS EN LA PROHIBICIÓN DE PACTOS SUCESORIOS - III. LA PROHIBICIÓN DE PACTOS SUCESORIOS EN EL CÓDIGO DE 1942: ENTRE LIBERTAD TESTAMENTARIA Y ORDEN PÚBLICO. IV. LA PROHIBICIÓN DE PACTOS SUCESORIOS EN EL CÓDIGO DE 1942: ENTRE LIBERTAD TESTAMENTARIA Y ORDEN PÚBLICO.

I. DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA A LA COMPLEJIDAD HISTÓRICA: REPENSAR EL ART. 458 A LA LUZ DE SUS ORÍGENES

El Código Civil de 1865, conocido como Código Pisanelli, representa un hito en la historia del Derecho civil italiano, marcando la transición hacia una codificación uniforme tras la unificación de Italia. Una de las cuestiones centrales abordadas por el legislador se refería a los pactos sucesorios, objeto de una prohibición expresa cuya regulación, en lugar de concentrarse en una única disposición, se fragmenta en varios artículos. Este enfoque refleja una tradición jurídica bien asentada, cuyas raíces se encuentran tanto en la *scientia iuris* romanística como en la cultura jurídica europea de la era moderna. De hecho, la prohibición de pactos sucesorios² —sancionada hoy por el artículo 458 del Código Civil italiano— se basa en una tradición histórico-jurídica articulada y estratificada, cuya evolución normativa se aparta, en varios pasajes, de la idea de una prohibición imperativa absoluta³. Y como prueba de ello existe incluso una doctrina que sostiene que la prohibición no deriva de una tradición uniforme, sino que es una elaboración más reciente⁴. Lo cierto es que la evolución del Derecho de sucesiones y la introducción de normas supranacionales (como el Reglamento UE 650/2012)⁵ ponen cada vez más de manifiesto la necesidad de revisar la pro-

2. Conviene abrir un paréntesis para distinguir entre distintos tipos de pactos sucesorios (institutivos, dispositivos y de renuncia) que, a pesar de su diversidad, están tradicionalmente unidos por ciertos aspectos de importancia no secundaria para la propia sucesión, como son, en particular, el objeto y la consecuencia «sancionadora» que el ordenamiento jurídico reserva a todo pacto sucesorio. La amplitud de la literatura sobre el tema no permite aquí una reconstrucción exhaustiva; nos remitimos, por tanto, para una discusión más extensa, a las reflexiones de M.V. De Giorgi, (*I patti sulle successioni future*, Nápoles, 1976, p. 54) quien atribuye la paternidad de la distinción en cuestión a Giorgi (G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, III, 7ª ed., Florencia, 1930, p. 457 y ss.).

3. Con el artículo 458 del Código civil, que sanciona la prohibición de los pactos sucesorios, el legislador de 1942 se limitó a repetir servilmente las opciones ya tomadas por el primer Código civil italiano, confirmando una prohibición que ya era excesivamente rígida en el primer Código unitario, adhiriéndose acriticamente —casi mecánicamente— a una tradición jurídica que, a la luz de la evolución social y cultural, parece hoy para algunos juristas profundamente superada y conceptualmente débil. En este sentido, véase P. Cendon, *Il divieto dei patti successori*, en *Comm. al cod. civ., artt. 456 - 712 cod.civ.*, 2008; S. Aceto di Capriglia, *L'auspicata unitarietà delle successioni nel sistema eurolunitario e il superamento del divieto di patti successori*, en *Attualità Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, pp. 408-447.

4. En este sentido, R. Lenzi, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, en *Riv. Not.*, 1989, p. 1215, nota 19; M.V. De Giorgi, *I patti sulle successioni*, cit. pp. 20 y ss.

5. El Reglamento (UE) n° 650/2012 tiene por objeto armonizar las normas sobre competencia judicial, las disposiciones sustantivas aplicables en materia de sucesiones dentro de la UE, así como las relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones y a la aceptación y ejecución de docu-

hibición para adaptarla a las exigencias modernas⁶. La reconstrucción histórica que trataremos de compartir, en lo que respecta al ordenamiento jurídico italiano, intentará demostrar que, lejos de ser un dogma inmutable, la prohibición de pactos sucesorios refleja ciertamente un equilibrio cambiante entre tradición e innovación. Y en este recorrido por la historia del Derecho, en el que los pactos sucesorios como acuerdos por los que un sujeto dispone de sus propios derechos sucesorios o de los ajenos con anterioridad a la apertura de la sucesión se basan en la prohibición de pactos sucesorios, no se puede prescindir del origen romanista que es, como es bien sabido, en el ámbito de las ciencias jurídicas, la dirección positiva y experimental que domina el pensamiento especulativo moderno⁷. La prohibición de los pactos sucesorios se remonta comúnmente al Derecho romano clásico, donde el principio del *favor testamenti* (la centralidad de la voluntad del testador) representaba una garantía contra la instrumentalización de los derechos sucesorios; sin embargo, según investigaciones recientes, esta afirmación no encuentra una base uniforme en las fuentes históricas⁸. De hecho, el principio del *favor testamenti* en el Derecho romano clásico no representaba una prohibición generalizada, sino que existían una serie de nulidades que se aplicaban a casos concretos negociados sobre futuras sucesiones. El principio de que la voluntad del testador era modificable hasta la muerte (*ambulatoria voluntas defuncti*)⁹, principio que acabó constituyendo el pilar ideológico contra los pactos sucesorios, enfatizando el testamento como acto unilateral y revocable por excelencia. Sin embargo, en el Derecho romano existían también institutos como la *mancipatio familiae mortis causa*¹⁰, la *donatio mortis causa*¹¹ y el *pactum de*

mentos públicos. También se introduce un certificado sucesorio europeo, que pueden utilizar los herederos, legatarios y ejecutores testamentarios o administradores de fincas para facilitar la demostración de su condición o el ejercicio de sus derechos en otro país de la UE. Véase L. Di Cola, *L'esecutorietà delle decisioni emesse in materia di successione ai sensi del regolamento UE 659/2012*, en *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 1/2016; S. Landini (ed.), *Reglamentos UE 650/2012, 1103 y 1104/2016: familias transfronterizas, sucesiones internacionales, cuestiones de mediación y nuevos activos financieros*, Nápoles, 2020.

6. Sobre el tema, véase V. Roppo, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, en *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 7; P. Rescigno, *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, en *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padua, 1995.

7. Sobre este tema, los análisis de P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, VI, Le successioni, Roma, 1930.

8. Cf. P. Arces, *Il divieto dei patti successorii e gli acquisti a causa di morte nel diritto romano*, en <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano-21-Arces-Divieto.pdf> p.1

9. S. Lo Iacono, *¿Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui patti successori istitutivi*, Milán, 2019.

10. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1967, pp. 18 y ss; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, pp. 125 y ss; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990, pp. 716 y ss; C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milán, 1949, pp. 52 y ss; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazione*, Milán, 1955, pp. 35 y ss.

11. Sobre la licitud de este instrumento en la doctrina romana, véase por todos B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, editado por C. Fadda y P.E. Bensa, III, Turín, 1930, pp. 104 y ss.

*hereditate*¹² que, por el contrario, ponían de relieve la presencia de acuerdos bilaterales, a menudo irrevocables, destinados a producir efectos después de la muerte y a veces considerados admisibles. Con la evolución del pensamiento jurídico, en particular durante las épocas clásica y postclásica, se produjo una aversión progresiva a los actos dispositivos relativos a sucesiones que aún no estaban abiertas. Este rechazo se basaba en exigencias éticas y de orden público, ya que pretendía evitar prácticas consideradas perjudiciales para la moral común, como en el caso del *votum captandae mortis*¹³, es decir, el intento de lucrarse con la muerte de otro. No obstante, algunas instituciones de carácter sucesorio siguieron estando permitidas, lo que confirma el hecho de que la prohibición nunca fue absoluta ni uniforme en su aplicación¹⁴. Durante la Edad Media, con la *interpretatio doctorum*¹⁵ las normas en materia de Derecho de sucesiones se vieron influidas por las tradiciones locales: en este sentido, a pesar de una aceptación generalizada del principio testamentario¹⁶, el recurso a pactos sucesorios no se eliminó por completo, como en el ordenamiento jurídico germánico, en cuyas costumbres existían excepciones a la prohibición en relación con necesidades familiares o económicas particulares¹⁷, y en el Derecho canónico, donde la

12. M. Pétér, *Ètude sur le pacte successoral*, Ginebra, 1897; D. Achille, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Nápoles, 2012, p. 39.

13. Esta concepción encontró su lugar en el rescripto de Diocleciano y Maximiano (C.J. VIII, 38, 4), donde se afirma que «todo pacto contrario a las buenas costumbres carece de valor», en E. Gianturco, *Diritto delle successioni*, Nápoles, 1893, p. 29.

14. Para una lectura en profundidad de las fuentes romanas y la interpretación de la doctrina, véase B. Biondi, *Successione testamentaria e donazione*, Milán, 1955, p. 28, quien sostuvo que «el pacto testamentario, en principio, no repugna al Derecho romano»; también G. Vismara, *Storia dei patti successori*, Milán, 1986, pp. 63 y ss, tras un análisis exhaustivo y sistemático de las actas bilaterales *mortis causa*, sostuvo que «la supuesta aversión o repugnancia del Derecho romano a los pactos sucesorios nunca existió (...) existía una justa e irreductible aversión a la introducción, que se estaba configurando, de nuevos institutos de naturaleza pactual, los cuales, debido también a que no tenían formas bien definidas que fueran garantía suficiente del propio acto, habrían causado en poco tiempo una grave confusión en ese campo de la sucesión hereditaria que era de vital importancia para un pueblo, cuya civilización se fundaba, aunque bajo una estricta disciplina, en la libertad individual y en la propiedad privada»; también, S. Perozzi, *Istituzioni*, cit. pp. 490 y ss; S. Solazzi, *Diritto ereditario romano*, Nápoles, 1932, pp. 237 y ss; E. Besta, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padua, 1935, pp. 132 y ss; P. Voci, *Diritto ereditario*, cit., pp. 491 y ss; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, 1978, pp. 512 y ss.; V. Scialoja, *Diritto ereditario romano, concetti fondamentali*, Roma, 1915, pp. 165 y ss.; B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, cit., p. 105, n. 2.

15. Un análisis en profundidad de la *scientia iuris* medieval y de la hermenéutica jurídica de la época no puede prescindir de la contribución crítica de Giovanni Chiodi, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milán, 1997.

16. Es bien sabido que, desde la Edad Media hasta el siglo XVIII, el derecho sucesorio reflejaba rígidamente la lógica del sistema feudal, subordinando la transmisión de la herencia -y en particular de la propiedad inmobiliaria- a la necesidad de preservar intacto el poder económico y simbólico de las familias nobles. En este contexto, la sucesión masculina no era sólo una práctica, sino una verdadera imposición funcional a la perpetuación de los privilegios dinásticos y de las jerarquías sociales, a menudo en detrimento de cualquier forma de equidad hereditaria. Cf. G. Vismara, *Storia dei patti successori*, Milán, 1986, pp. 41 y ss.

17. Cf. A. Zaccaria, (*Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padua, 1988), quien señala que «por una parte, la libertad de testar,

Iglesia favorecía a veces los instrumentos pactuales para garantizar la transmisión de bienes con fines religiosos¹⁸. Existía pues una cierta tolerancia hacia los pactos sucesorios, con adaptaciones a las necesidades socioeconómicas locales, donde la contractualización de las sucesiones comenzó a debatirse en paralelo a la evolución del Derecho testamentario.¹⁹

Sin detenernos en la sucesión de consolidaciones y reglamentaciones, sin embargo, es imposible ignorar el *Código Napoleón*, que consolidó la prohibición de pactos sucesorios como norma fundamental: se uniformaron las reglas que regían las sucesiones, eliminando las diferencias basadas en la naturaleza de los bienes. Los parientes de ambas líneas —materna y paterna— participaban por igual en la sucesión. Todos los llamados, incluso por representación, recibían el mismo trato. Los hijos se situaban en pie de igualdad. La parte disponible de la herencia crecía en proporción a la distancia del parentesco, pero nunca podía ser inferior a la cuarta parte ni superior a la mitad del total. Se amplió la libertad testamentaria, aunque siguió siendo diferente. También se confirmó la abolición del mayorazgo y de cualquier distinción basada en el sexo²⁰. Esta elección se basó en el respeto de la autonomía testamentaria y en el principio de orden público que prohibía la disposición futura de los bienes mediante contratos vinculantes, prohibición que los juristas siempre remontaron a las influencias del

tradicionalmente situada en el centro de nuestro sistema sucesorio, ha encontrado fuertes límites en las normas sobre sucesión forzosa; por otra, en el Derecho germánico, las concepciones tradicionales que se referían a la comunidad familiar se han injertado en una fuerte propensión a exaltar la autonomía negocial del individuo», p. 268.

18. Por lo que se refiere a los pactos de renuncia, en derecho canónico era práctica habitual que el hijo primogénito renunciara a la herencia para pasar a la vida militar, y la misma renuncia por parte de la hija que tomaba los votos. Cf. G. Greco, *I patti successori di rinunzia*, en *Il nuovo diritto*, 1939, pp. 170 y ss. No es posible hacer aquí una exposición exhaustiva del rico debate doctrinal que se ha desarrollado sobre la cuestión; véase, por tanto, P. Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, II, Diritti reali e successioni, Milán, 1960, p. 224.

19. Según P. Delnoy (en su estudio *Les libéralités et les successions*, Lieja, 1991, p. 175) y, del mismo modo, según H. Mazeaud, J. Mazeaud y F. Chabas (*Leçons de droit civil. Successions et Libéralités*, París, 1999, p. 28), existen algunos puntos comunes en materia de pactos sucesorios. J.P. Lévy y A. Castaldo, en su *Histoire de droit civil*, París, 2002, p. 1267), observan que Bartolo, comentando el pasaje D. 45, 1, 61 del *Digesto*, consideraba que los pactos sucesorios sólo eran válidos si se referían a legados específicos y no a todo el patrimonio. Según Bartolo, en efecto, los pactos que regulaban la totalidad de la sucesión habrían eliminado de hecho el derecho a testar libremente. En cambio, por lo que respecta a los pactos de renuncia, que también se consideraban admisibles, los autores recuerdan que el Papa Bonifacio VIII, en el *Decreto Quamuis* (contenido en el *Liber Sextus*, VI.1.18.2), los juzgó expresamente no contrarios a las buenas costumbres. Por último, los pactos dispositivos se consideraban válidos a condición de que el consentimiento del *de cuius* (es decir, de la persona que debía abandonar la propiedad) se mantuviera firme hasta el momento de su muerte.

20. La literatura sobre la prohibición en la codificación napoleónica es extensa. Entre los autores que la tratan, sin pretender ser exhaustivos, véase A.M. Leroyer, *Droit des successions*, París, 2011; C. Renault - Brahinsky, *Droit des successions*, París, 2009; D. Guével, *Droit des successions et des libéralités*, París, 2010; C. Jabault, *Droit civil: les successions, les libéralités*, París, 2010; P. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, París, 2010.

Derecho romano clásico²¹. Con la extensión del Código Napoleón a los países conquistados por Francia y con la transposición del modelo napoleónico en muchos de ellos durante la Restauración, la prohibición de los pactos sucesorios encontró plena aceptación en Italia en el Código Civil de 1865 y en el posterior Código de 1942.²²

II. Del modelo napoleónico al Código de 1865: persistencia y cambios en la prohibición de pactos sucesorios

Es precisamente en la disciplina sucesoria donde el Código Civil italiano ya mostró en la época liberal y durante algunos años más, de forma más acusada que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, rasgos significativos de discontinuidad y originalidad respecto al modelo napoleónico del que tomó su punto de partida. En particular, el ordenamiento italiano se distingue por una fuerte valorización del derecho de propiedad en clave individualista, situando en el centro la autonomía del sujeto en la disposición de sus propios bienes. En esta perspectiva, la autonomía testamentaria se eleva a manifestación emblemática de la libertad dispositiva del individuo, extendida hasta el momento del fallecimiento, y reconocida como expresión plena del principio de autodeterminación patrimonial. Se trata de una opción sistemática que marca un claro alejamiento de la visión del *Código Napoleón*, marcada por un modelo más restrictivo en el que el testamento se concebía como un instrumento que debía conciliarse rígidamente con las necesidades de la familia y con el principio de estabilidad del orden sucesorio. El legislador italiano, si bien no renunció por completo a las exigencias de protección de la familia, pareció orientarse en cambio a reforzar la centralidad del sujeto propietario y su libertad para disponer, incluso *mortis causa*, de sus bienes: el diferente diseño político subyacente perseguido por nuestra nación favorece una diferenciación de la disciplina: el código unitario es, de hecho, la expresión de una sociedad interesada no tanto en la consecución de la igualdad económica como en la circulación (movilidad) de los bienes y la riqueza, y su rentabilidad.²³

21. En este sentido, véase M.V. De Giorgi, *I patti sulle successioni*, cit., pp. 33 y ss., quien subraya cómo, más allá de la adhesión formal al sistema romano de sucesiones, en el fondo el *Código Napoleón* se mantiene fiel al espíritu nacional, mostrando en este ámbito su lado más conservador. Para G. Alpa, *Handbook of Private Law*, 4ª ed., Cedam, 2005, p. 1231, las limitaciones a la libertad de testar obedecían a la necesidad de salvaguardar la familia.

22. En el Código de 1942, sin embargo, el mantenimiento de la prohibición se justifica esencialmente por referencia al principio de la tipicidad de las fuentes de supresión, limitado por una elección precisa del legislador a la ley y al testamento, aunque la doctrina sigue explicando la prohibición principalmente por referencia a la necesidad de proteger la autonomía testamentaria y, en general, por razones morales superiores. (cf. el Informe sobre el Código Civil, n° 225).

23. Véase D. Cavicchi, *Il divieto dei patti successori nella prospettiva della funzione sociale del diritto ereditario* en *L'Osservatorio sul diritto di famiglia*, fasc. 2/2019, que hace referencia a A. Liserre, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, en *Trattato di diritto privato*,

Y es en la experiencia italiana, en las posiciones de *la scientia iuris* desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, en la que queremos detenernos, partiendo precisamente de aquel Código Pisanelli que sancionaba la prohibición de pactos sucesorios, conllevando la nulidad absoluta de cualquier pacto contractual por el que un sujeto dispusiera de derechos sucesorios propios o ajenos antes de la apertura de la sucesión. Esto significaba que tales pactos no producían efecto jurídico alguno y no eran susceptibles de amnistía o confirmación. Esta nulidad tenía una función disuasoria, destinada a evitar la celebración de acuerdos contrarios al principio. En primer lugar, cabe señalar que la prohibición de los pactos sucesorios, tal como se recoge en el Código Pisanelli, debe interpretarse a la luz del contexto jurídico europeo más amplio de la época. La codificación italiana, aunque inspirada en gran medida en el modelo francés del *Código Napoleón*, se encuentra en la encrucijada de influencias heterogéneas: por un lado, la tradición románica, en particular la justinianeas, que ya conocía limitaciones a los pactos sucesorios en función de la protección del orden público y de las buenas costumbres; por otro, la persistente incidencia del derecho canónico, que reforzaba el principio según el cual la sucesión *mortis causa* debía producirse según reglas predeterminadas, coherentes con una estructura familiar estable y con la autoridad paterna como eje de la organización social.

En este marco, si bien el Código italiano reconocía y valorizaba la propiedad privada como un derecho subjetivo pleno —siguiendo una tendencia individualista de origen liberal—, la disciplina sucesoria seguía situándose en una dimensión fuertemente imbuida de instancias colectivas y familiares²⁴. Emblemático en este sentido es el hecho de que la sucesión se regule en el Libro III, entre los modos de adquirir la propiedad, enfatizando la centralidad de la transmisión de la propiedad *mortis causa* en el sistema de propiedad de los bienes. Sin embargo, a diferencia de otros ámbitos del Código —como el derecho de contratos o el derecho de obligaciones, que reflejan una estructura más acorde con los principios liberales e individualistas de la codificación decimonónica—, el derecho de sucesiones y el derecho de familia representan ámbitos normativos en los que la impronta tradicional, patriarcal y troncal sigue estando fuertemente presente, con soluciones que revelan una mayor prudencia por parte del legislador que impulsos modernizadores²⁵. En particular, la doctrina señaló que, a diferencia de la necesidad revolucionaria de dividir los bienes, en este contexto se garantizaba una unidad *del quantum* hereditario para los miembros de la familia: de hecho, los hijos naturales también podían heredar en la edad de la cuota de los hijos

dirigido por P. Rescigno, *Successioni*, I, 5, Turín, 1997, p. 7; G. Panza, F. Panza, *Successioni in generale tra codice civile e costituzione*, en *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, dirigido por P. Perlingieri, VIII, 2, Nápoles, 2012, p. 6.

24. Para un análisis de las disposiciones del Código civil de 1865 y del Código napoleónico, véase L. Borsari, *Commentario al codice civile italiano*, vol. III, parte 2a, Turín. III, parte 2a, Turín, 1877 y G.A. Rogron, *Codice civile spiegato dai suoi motivi, dagli esempi e dalla giurisprudenza*, (versión italiana de M. della Croce Petrucci), Nápoles, 1842.

25. G. Astuti, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sul codice degli Stati Italiani*, en *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, vol. II, Nápoles, 1984.

legítimos (con la facultad de conmutación para los hijos legítimos), en virtud del art. 805 del código anterior a la unidad; se preveía el usufructo para el cónyuge; la legítima se fijaba en la mitad de la herencia para los descendientes (y, por tanto, una parte desconectada del número de hijos) y en un tercio para los ascendientes, en virtud del artículo 807 del código anterior a la unidad. De este modo, el Código Civil de 1865 transpuso íntegramente una concepción marcadamente patrimonial de la sucesión a la herencia, situando en el centro del sistema sucesorio la sucesión testamentaria, que se consideraba prevalente sobre la legítima, como se desprende claramente del artículo 720. La importancia de la voluntad del *testador* se reforzaba, además, con el reconocimiento expreso de la libertad testamentaria (art. 759) y, a la inversa, con la prohibición estricta de la sucesión contractual. El fundamento de la disciplina sucesoria se identificaba en la facultad del propietario de disponer de sus bienes para después de su muerte, expresión de la más amplia libertad dominical, que ya se manifestaba en la facultad —que tendía a ser ilimitada— de disfrutar y disponer de los bienes en vida. Esta perspectiva era compartida también por el Ministro Guardasigilli Pisanelli, quien, en su informe sobre el proyecto de Código, subrayaba que la sucesión legítima respondía a las necesidades sociales, mientras que la sucesión testamentaria reflejaba la voluntad individual y los intereses del propietario.

Partiendo de esta premisa ideológica y sistemática, se puede, pues, proceder al examen de la prohibición de los pactos sucesorios, no sin observar, sin embargo, que varios códigos civiles anteriores a la unificación habían admitido formas de institución contractual.²⁶

En el Código Civil de 1865, la disciplina de la prohibición de los pactos sucesorios no adoptó la forma de una disposición general y explícita, como sucedería más tarde con el artículo 458 del Código de 1942, sino que surgió de un conjunto de normas sectoriales, inspiradas sistemáticamente en una orientación restrictiva y formalista destinada a excluir cualquier incidencia de la voluntad privada en las disposiciones sucesorias antes de la apertura de la sucesión.

En primer lugar, el apartado 1 del artículo 720 sancionaba que la sucesión se producía únicamente por ministerio de la ley o del testamento, excluyendo así, *por el contrario*, la legitimidad de cualquier fuente convencional, y por tanto contractual, de sucesión *mortis causa*. Esta disposición reafirma la inadmisibilidad de cualquier forma de institución convencional, expresando implícitamente una concepción autoritaria del orden sucesorio.

26. Véanse, en este sentido, los artículos 1038-1047 del Código de las Dos Sicilias, los artículos 1176-1186 del Código de Cerdeña, los artículos 1927 y 1942 del Código de Parma, así como los artículos 1914 y siguientes del Código Estense. Para un examen más detallado, véase M.V. De Giorgi, *I patti sulle successioni*, cit., p. 54, nota 37; N. Coviello, *Delle successioni*, cit, p. 78, nota 1; F. Filomusi Guelfi, *Voce Successioni* (Diritto civile italiano), en *Digesto Italiano*, vol. XXII, Parte terza, Turín, 1889-1897, p. 452; F.P. Traisci, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Nápoles, 2014, p. 42, nota 19, quien señala que en el Código sardo también se permitía la renuncia para iniciar la vida religiosa, mientras que el Código napoleónico —como también en el Concordato napolitano de 1818—, la consideraba superfluo ya que los religiosos no tenían capacidad para suceder.

Más explícitamente, el artículo 954 prohibía la inclusión en las capitulaciones matrimoniales de cláusulas por las que uno de los contrayentes renunciara a la herencia de una persona viva o dispusiera de futuros derechos sobre dicha persona²⁷. Esta disposición excluía expresamente la validez de los pactos sucesorios de tipo renunciatorio y dispositivo, incluso cuando se insertaran en un contexto —como el matrimonio— tradicionalmente tolerado en otros ordenamientos jurídicos, como el *Código Napoleón*.

El artículo 1118 también desempeñó un papel fundamental en la construcción de esta prohibición generalizada: al tiempo que reconocía de forma general la licitud de los contratos que tuvieran por objeto bienes futuros, el legislador excluía firmemente la posibilidad de renunciar o disponer de una sucesión aún no abierta, ya fuera con el futuro *causante* o con terceros, aunque existiera el consentimiento del interesado²⁸. Esta norma adopta la forma de una cláusula general de cierre del sistema, que excluye todas las formas posibles de pactos sucesorios, con independencia de su estructura o finalidad - institutiva, dispositiva o renunciatoria.

Otras disposiciones, aunque situadas en diferentes secciones del Código, reforzaron este enfoque sistémico. El art. 1460, por ejemplo, preveía la nulidad de la cesión de los derechos sucesorios de una persona viva, aunque ésta hubiera dado su consentimiento²⁹: la prohibición de la anticipación negociada de los efectos de la sucesión se reafirmaba así en la disciplina de la compraventa, confirmando la impermeabilidad del sistema a cualquier forma de disponibilidad *inter vivos* de los derechos *mortis causa*.

Por último, reviste especial importancia el artículo 1380, que se aparta explícitamente del modelo francés, al prohibir expresamente la institución contractual con vistas al matrimonio. Esta norma adquiere relevancia no sólo en el plano sustantivo, sino también en el teórico, ya que ofrece una justificación expresa de la prohibición, declarando inadmisibles cualquier convención o renuncia dirigida a modificar el ordenamiento jurídico de las sucesiones. Esta afirmación atestigua la adhesión del legislador decimonónico a una visión fuertemente formalista y centralizada de la sucesión, en la que el interés público en la certeza y estabilidad de la devolución de la herencia prevalece sobre las necesidades dispositivas de los particulares, incluso dentro de contextos tradicionalmente considerados dignos de protección, como el familiar.

El legislador de 1865, para poner a prueba las prohibiciones expuestas, insistió en la necesidad de respetar el principio de la libertad de disponer de los bienes por testamento en nombre de la ya discutida tradición romanista: una

27. El art. 954 establece que se prohíbe «en el contrato matrimonial renunciar a la herencia de una persona viva, ni enajenar los derechos que pudiera tener sobre dicha herencia».

28. El art. 1118 dispone que «las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato», añadiendo a continuación que «no se puede, sin embargo, renunciar a una herencia que aún no esté abierta, ni hacer estipulación alguna sobre la misma, ni con aquel de cuya herencia se trate, ni con un tercero, aunque se trate del consentimiento de este último».

29. El art. 1460 establecía «que la venta de los derechos sucesorios de una persona viva es nula, aunque ésta consienta en ello».

incisión que se ha convertido en un adagio que ha languidecido en nuestros días. Este supuesto es ante todo innovador en comparación con las razones de la prohibición en el código napoleónico: en este último, la prohibición se basaba en la necesidad de evitar la violación de la igualdad de las partes entre los herederos o el deber de asistencia familiar, mientras que en el código Pisanelli la prohibición se justificaba por la protección de la libertad testamentaria. Además, se produjo algo aún más innovador que la simple reafirmación de un principio ya enunciado muchas veces en el Derecho romano y en los siglos posteriores. Por primera vez, para garantizar dicho principio, se prohibió todo tipo de pactos sucesorios mediante diversas normas, sin excepciones. Estas ya no eran manifiestas y explícitas como en los demás Códigos anteriores a la unificación o como en épocas anteriores, sino que se hicieron más indirectas y matizadas. A partir de este momento histórico, la coexistencia de contratos sucesorios y testamentos —que había caracterizado, con diversas fluctuaciones, la experiencia jurídica premoderna— fue radicalmente superada en favor de una clara separación entre la dimensión contractual, considerada inadecuada para representar auténticamente la voluntad póstuma, y la dimensión testamentaria, erigida en forma exclusiva y obligatoria de disposición *mortis causa*.

El resultado es un planteamiento que, si bien remite formalmente a la tradición romanística, la reinterpreta en clave moderna y sistemática, asumiendo la libertad testamentaria no sólo como un valor jurídico a proteger, sino como un principio ordenador de toda la disciplina sucesoria. Esta ordenación, con sus implicaciones teóricas y sistémicas, influyó también profundamente en la legislatura posterior de 1942, contribuyendo a consolidar esa concepción de la prohibición de pactos sucesorios como expresión de un equilibrio entre la voluntad individual y el orden público sucesorio que ha llegado, aunque con nuevas tensiones, hasta nuestros días. La prohibición de pactos sucesorios, tal y como fue perfilada en el Código de 1865, encontró una amplia adhesión en la doctrina contemporánea, que aceptó sus premisas ideológicas y sistemáticas como instrumentos idóneos para garantizar la integridad del orden sucesorio. Entre los principales defensores de esta orientación se encontraba Scialoja, que identificó dos pilares fundamentales de la prohibición por un lado, la protección de la libertad testamentaria —entendida como la prerrogativa exclusiva del testador de modificar o revocar sus propias disposiciones hasta el último momento de la vida y, por tanto, como expresión de la autonomía dispositiva personal, unilateral y libre de todo vínculo sinalagmático por otra parte, la salvaguarda del orden público sucesorio, amenazado por la potencial nocividad de los pactos sucesorios, en la medida en que son capaces de alterar anticipadamente la estructura jurídica de las sucesiones y de desencadenar dinámicas de conflicto entre los causahabientes, exacerbando las tensiones familiares y favoreciendo conductas reprobables, como el *votum captandae mortis*.

Desde este punto de vista, la función preventiva de la prohibición asumía una relevancia no sólo jurídica, sino también social: los pactos sucesorios se percibían como instrumentos capaces de desestabilizar la estructura familiar y comprometer la función ético-social de la sucesión, que en el pensamiento jurídico de la

época seguía estando estrechamente vinculada a la continuidad del patrimonio y a la salvaguarda de la institución familiar. Sin embargo, ya empezaban a surgir voces críticas en el seno de la doctrina decimonónica, que ponían de relieve las rigideces de un sistema impermeable a cualquier forma de planificación *mortis causa*. Estas críticas se basaban en consideraciones de conveniencia práctica: el carácter absoluto de la prohibición impedía incluso aquellas formas de pacto que, adecuadamente tipificadas y reguladas, podrían haber fomentado una gestión racional y compartida de los bienes, evitado conflictos familiares y satisfecho las necesidades de una sociedad en progresiva evolución, cada vez más sensible a la certidumbre de las relaciones patrimoniales y a la potenciación de la autonomía privada.

Estas reflexiones anticiparon algunas de las instancias reformistas que surgirían con fuerza a lo largo del siglo XX, dando lugar a una revisión parcial, tanto doctrinal como jurisprudencial, de la prohibición en cuestión. Cabe señalar, no obstante, que un momento significativo de endurecimiento se registró en el período de los veinte años de fascismo, dentro del cual la codificación de 1942 —aun manteniéndose formalmente en continuidad con el sistema de 1865— confirmó y reforzó la prohibición absoluta de pactos sucesorios³⁰. Esta elección formaba parte del diseño ideológico más amplio del régimen, que tenía como objetivo la preservación del orden social a través de la centralidad de la familia tradicional, el control de sobre las dinámicas patrimoniales y la reducción de los espacios de autonomía contractual en asuntos percibidos como «sensibles» para la estabilidad del Estado. En este sentido, la reafirmación de la prohibición se connota no sólo como una opción jurídica, sino también como un instrumento de ingeniería social coherente con los principios autoritarios de la época.

III. La prohibición de pactos sucesorios en el Código de 1942: entre la libertad testamentaria y el orden público

Durante el período fascista, con la promulgación del Código Civil de 1942, como es bien sabido, la disciplina de las sucesiones adquiere, por primera vez de forma orgánica, su propia autonomía sistemática dentro del ordenamiento jurídico. Se sitúa en un libro propio —el Libro Segundo, titulado *Delle successioni*—, marcando así un claro alejamiento de la sistemática del Código de 1865, en el que las disposiciones sucesorias seguían incluidas en el tratamiento más amplio de los modos de adquirir bienes.

Esta elección de redacción no fue meramente formal, ni puede relegarse a un plano de mera reorganización estructural: los comentaristas más atentos de la época señalaron cómo la nueva colocación, sin negar que la sucesión *mortis*

30. Cf. L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, en *Commentario del cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Libro II, delle successioni (artt. 456-511, Bologna-Roma, 1964; F. Moncalvo, *Art. 458 cod. civ.*, en *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni* (editado por Bonilini y Confortini), Turín, 2007.

causa representa un modo de adquisición de bienes, afirmaba su autonomía conceptual y sistemática como rama diferenciada del Derecho civil. De este modo, se reconocía un valor más profundo a la disciplina sucesoria, que no se agota en la mera función de transmisión, sino que desempeña un papel decisivo en la preservación del patrimonio familiar, en la continuidad de las relaciones intergeneracionales y, más en general, en la estabilidad económica y social.

La autonomía de la materia sucesoria adquiere así una dimensión que va más allá de los áridos tecnicismos jurídicos, planteándose como expresión de una racionalidad política y social: la transmisión de la herencia, en efecto, no sólo preserva la cohesión y la identidad de la unidad familiar, sino que también contribuye, en el pensamiento del legislador de la época, al mantenimiento del orden social y del interés nacional³¹. En este sentido, el derecho sucesorio se configura no simplemente como un segmento del derecho patrimonial, sino como un instrumento esencial de equilibrio entre el individuo, la familia y el Estado. Y así, la familia fue elevada a pilar central de la estructura social y del Estado³². Desde esta perspectiva, el derecho de sucesiones se había convertido en un instrumento de refuerzo del modelo familiar autoritario y patriarcal.³³

La figura *del pater familias* era una representación de la centralidad de la figura masculina como cabeza indiscutible de la familia que conservaba el control sobre los bienes hasta la muerte, y era precisamente la prohibición de pactos sucesorios, garantizando la libertad testamentaria hasta el último aliento, lo que reforzaba esta posición autoritaria. Además, se justificaba como un medio de prevenir conflictos anticipados entre herederos, que podían socavar la cohesión familiar y comprometer el papel de la familia como núcleo estable de la sociedad, así como para evitar la división del patrimonio, percibida como un elemento de inestabilidad económica y social. En particular, con el advenimiento de la modernización productiva y la progresiva consolidación del modelo de empresa familiar, el veto absoluto a los pactos sucesorios se percibía en ocasiones como un factor disfuncional respecto a los objetivos de racionalidad en la transmisión de los activos productivos. La sucesión legítima, inevitablemente fragmentaria, corría de hecho el riesgo de comprometer la integridad de la empresa familiar, mientras que la imposibilidad de estipular pactos sucesorios impedía una planificación eficaz de la continuidad empresarial. Parte de la doctrina, en este sentido, puso de relieve la inadecuación del sistema sucesorio codicético respecto a las necesidades de la realidad económica emergente. Algunos autores enfatizaron cómo la prohibición absoluta, originalmente justificada por razones de orden público

31. L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1947, p. 3.

32. P. Passaniti, (*Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milán 2011, p. 3), que desde las primeras páginas de su introducción ofrece una amplia panorámica precisamente de la historiografía que se ha ocupado de la familia.

33. Aunque no es posible detenerse por completo en todo el debate doctrinal, cabe destacar, entre las numerosas aportaciones, los análisis de P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia - 1796 1942*, Bolonia, 1974; C. Caccavale, *Il divieto dei patti*, cit.; E. De Belvis, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Nápoles, 2013; V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Nápoles, 2015.

sucesorio, protección de la libertad testamentaria y prevención de conductas desviadas (por ejemplo, el *votum captandae mortis*), se había vuelto anacrónica con respecto a la creciente demanda de instrumentos jurídicos capaces de garantizar una transmisión intergeneracional ordenada del patrimonio empresarial. La rigidez del artículo 458 del Código Civil aparecía, en este marco, excesiva y carente de aperturas adecuadas hacia soluciones flexibles que permitieran, por ejemplo, formas de acuerdo entre el fideicomitente y los herederos designados, orientadas a la preservación de la unidad económica de la empresa. Estas instancias condujeron a una progresiva elaboración jurisprudencial y doctrinal dirigida a hipotetizar excepciones o mecanismos compatibles con el marco legal vigente, incluyendo el uso del instituto del *pactum de non petendo*, la sucesión fiduciaria o la donación con obligación de preservar la unidad empresarial³⁴. En el contexto del sistema corporativista fascista, algunos sugirieron que los pactos sucesorios podían ser regulados por el Estado para garantizar que sirvieran a los intereses económicos colectivos.

A este respecto, cabe recordar las posiciones de la doctrina autorizada que criticaban la prohibición absoluta de los pactos sucesorios, señalaban su incompatibilidad con las necesidades de la nueva economía burguesa y apoyaban la posibilidad de introducir pactos sucesorios dispositivos o renunciabiles para favorecer la estabilidad patrimonial y la transmisión de bienes complejos, como las empresas familiares. En la misma línea, se analizaron las implicaciones económicas de los pactos sucesorios y se consideró que la prohibición representaba un obstáculo para la planificación patrimonial y empresarial, por lo que se propuso una revisión que equilibrara la autonomía privada y el control público.³⁵

Las tensiones surgidas durante veinte años anticiparon reflexiones que se desarrollarían en la posguerra y que desembocaron en una nueva «regulación de los pactos sucesorios» con la necesidad de un sistema más flexible que se concretó, años más tarde, en la introducción del pacto familiar, introducido por la Ley n° 55/2006, destinado precisamente a favorecer la continuidad de la empresa respetando el marco sucesorio codificado, un instrumento que equilibra la planificación sucesoria y la protección de la unidad familiar³⁶ aunque con sus limitaciones. Aunque la necesidad, tantas veces subrayada, de proceder a una reforma radical del Derecho de sucesiones implica necesariamente la supresión o, como mínimo, la reducción de la prohibición de pactos sucesorios, la novela n° 55/2006

34. G. Amadio, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, en *Rivista del Notariato*, 2006.

35. La prohibición de pactos sucesorios ha sido citada como: «uno de los mayores obstáculos a la libertad de transmisión pactada del patrimonio en general y de las sociedades y empresas en particular». Véase F.P. Traisci, *Il divieto dei patti successori*, citado, p. 17.

36. Sobre el proceso histórico que condujo a la formulación actual del pacto de familia, véase E.M. Iannello, *I lavori preparatori*, en *Il patto di famiglia* editado por G. Palermo, Turín, 2009, p. 3; G. Minniti, *La genesi del nuovo modello contrattuale* (dalla nuova disciplina alla funzione tipica del contratto), *ivi*, pp. 39 y ss. El antecedente legislativo del pacto de familia es el proyecto de ley n° 2799 presentado al Senado de la República el 2 de octubre de 1997 (sobre el que véase A. Bortoluzzi, *Successione nell'impresa*, en *Dig. disc. priv.* - Sez. comm., agg. 2003, t. II, Turín, 2003, pp. 897 y ss.).

es señalada, debido a su estrecho *ámbito de aplicación*, por la mayoría de los comentaristas como una oportunidad perdida.³⁷

El período de posguerra marcó un abandono gradual de la visión jerárquica de la familia, allanando el camino para una concepción más dinámica e integradora del Derecho de sucesiones, y las posturas críticas que surgieron destacaron la necesidad de un equilibrio entre los valores tradicionales y las nuevas exigencias económicas³⁸. Estas reflexiones prefiguraron los cambios que madurarían después de la guerra, en la obra de las Constituyentes³⁹, en un contexto social y jurídico más abierto a las transformaciones de la modernidad. Pero la prohibición aún persiste y todo ello se deduce del artículo 458 del Código Civil, que establece: es nulo todo pacto por el que se disponga de la propia sucesión. Igualmente es nulo todo acto por el que alguien disponga o renuncie a los derechos que le puedan corresponder sobre una sucesión aún no abierta.

Y es precisamente citando el art. 458 que podemos cerrar estas reflexiones, que son sólo una mínima digresión a una narración histórico-jurídica que merece espacios mucho más amplios de investigación, con la esperanza de haber buscado en los argumentos doctrinales entre los siglos XIX y XX que dan una colocación más templada y formulación técnica, argumentos más especulativamente ricos y sobre todo más expresivos del debate que todavía anima nuestro mundo contemporáneo.

37. S. Aceto di Capriglia, *L'auspicata unitarietà delle successioni*, cit. (p. 433) quien se remite a los análisis de A. Palazzo, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, en *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, II, pp. 261 y ss.

38. A. Merlo, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, en *Patti di famiglia per l'impresa*, en *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2006.

39. Sobre la labor de los constituyentes, sobre su funcionamiento, también en este ámbito, con respecto a los valores fundacionales de la sociedad de la época, que contribuirían a construir la sociedad del futuro, véase A. D'Aloia, *La successione mortis causa nella Costituzione*, en *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, dirigido por G. Bonilini, Milán, 2009, pp. 43 y ss; P. Perlingieri, *La funzione sociale del diritto successorio*, en *Rass. dir. civ.*

EL ESTATUTO PATRIMONIAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DEL ART. 9.8 *IN FINE* CC A LA NECESIDAD DE COORDINACIÓN ENTRE LOS REGLAMENTOS 650/2012 Y 2016/1103

*Antonio Jesús Calzado Llamas*¹

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. DIFERENCIAS EN EL SUPUESTO DE HECHO. 1. *La unificación en el art. 9.8 in fine CC (antes del R. 650/2012 y 2016/1103)*. 2. La mutua exclusión en los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103. II. DIFERENCIAS EN LOS PUNTOS DE CONEXIÓN. 1. *La coordinación del art. 9.8 in fine CC (antes del 17 de agosto de 2015)*. 2. *La descoordinación entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (a partir del 29 de enero de 2019)*. III. LA CONSECUENCIA JURÍDICA: ENTRE EL EQUILIBRIO Y EL DESEQUILIBRIO.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2023 se contabilizaron 172.430 matrimonios. En 28.755 de esos matrimonios, se daba la cir-

1. Investigador Postdoctoral (FPU Ministerio – Período de Orientación Postdoctoral). Universidad de Sevilla. El presente capítulo constituye el desarrollo de la comunicación pronunciada en el «Congreso internacional: La protección del cónyuge viudo», celebrado en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid los días 20 y 21 de febrero de 2025. El autor aprovecha la presente publicación para retomar la reflexión sobre algunas conclusiones emitidas en una publicación anterior: CALZADO LLAMAS, A. J., «El elemento de extranjería en la planificación sucesoria de las familias: un estudio de Derecho internacional privado sobre la coordinación de la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo o pareja superviviente en la UE», *Latin American Journal of European Studies*, v. 1, n.2, 2021, pp. 216-238.

cunstancia de que uno de los cónyuges era extranjero (16,68%); mientras que, en 6.071 del total de matrimonios contabilizados, ambos cónyuges lo eran (3,52%)². En definitiva, en la quinta parte de los matrimonios registrados ese año existía algún elemento de extranjería (20,2%). Ello provoca que los efectos patrimoniales y sucesorios estén conectados al mismo tiempo con varios ordenamientos jurídicos. En especial, así ocurrirá a futuro con los litigios o controversias que puedan darse con ocasión de la extinción del matrimonio por causa de muerte, cuando se hayan de determinar los derechos del cónyuge viudo, que dependen del régimen económico matrimonial y de la sucesión.

Para resolver los conflictos de jurisdicciones y leyes en estas materias, las autoridades de España, como Estado Miembro de la UE, aplicarán a los regímenes económicos matrimoniales el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (en adelante. R. 2016/1103)³. Para lo relativo a las sucesiones, utilizarán el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁴ (en adelante, R. 650/2012).

El legislador parece consciente de la necesidad de que ambos Reglamentos se traten de forma coordinada. Tres ejemplos se pueden poner al respecto. El primero es el Considerando 12 R. 650/2012, que indica que «las autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios». Otra muestra de esta necesidad de conjunta observancia tiene que ver con el certificado sucesorio europeo, que contempla la información sobre el régimen económico matrimonial entre el contenido de dicho certificado (arts. 65.3.j y 68.h R. 650/2012)⁵.

2. Vid. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Matrimonios celebrados en España – Año 2023», disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ultiDatos&idp=1254735573002 (Consultado el 25 de junio de 2025).

3. DOUE núm. 183, de 8 de julio de 2016. Este Reglamento se aplica desde el 29 de enero de 2019 (art. 69 R. 2016/1103) y su ámbito territorial comprende solamente los Estados que forman parte del sistema de cooperación reforzada (Considerando 11 R. 2016/1103): Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Portugal y Suecia.

4. DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012. Este Reglamento se aplica desde el 17 de agosto de 2015 (art. 83 R. 650/2012) en todos los Estados Miembros salvo Dinamarca e Irlanda (Considerandos 82 y 83 R. 650/2012).

5. Vid., igualmente, Formulario V, Anexo II, del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de

Por último, cabe añadir que el art. 4 R. 2016/1103 favorece la concentración de la competencia judicial internacional al regular que «*Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión*» (véase, igualmente, el Considerando 32 R. 2016/1103)⁶.

Sin embargo, ninguno de los dos Reglamentos contempla una solución expresa de concentración de la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo. Sin duda, ello resulta desafortunado por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico sí existía una solución de coordinación, regulada en el art. 9.8 *in fine* CC. Esta disposición establecía que «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*». Sin embargo, la eficacia *erga omnes* de los Reglamentos antedichos han producido un desplazamiento de las soluciones de origen interno para resolver los conflictos de jurisdicciones y los conflictos de leyes en ambas materias.

Ello da lugar a problemas que abarcan toda la estructura de la norma de conflicto: desde el supuesto de hecho hasta la consecuencia jurídica, pasando por los puntos de conexión. El presente Capítulo pretende ofrecer una breve exposición de todos ellos, comparando la solución interna con la internacional, y dando cuenta de las posibles soluciones normativas y doctrinales que se han propuesto para solventarlos.

II. Diferencias en el supuesto de hecho

1. La unificación en el art. 9.8 *in fine* CC (antes del R. 650/2012 y 2016/1103)

Antes de comentar las cuestiones objetivas relativas al art. 9.8 *in fine* CC, debemos advertir al lector de que este precepto actualmente no se aplica para los conflictos de leyes sucesorios. Desde el 17 de agosto de 2015, rige el R. 650/2012. La exposición relativa a este artículo quiere servir para facilitar la labor de comparación con el régimen actual, de cara a valorar las actuales normas de conflicto. Hecha esta aclaración, comenzamos por el supuesto de hecho de la norma, que en el art. 9.8 *in fine* CC son «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite*». Esta expresión contiene una precisión de carácter objetivo y otra de carácter subjetivo, que procede analizar separadamente.

los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 359 de 16 de diciembre de 2014).

6. Ello debe acompañarse de la posibilidad de acumulación de acciones y de procesos, prevista para España en los arts. 73.1.2º y 77.4 LEC. Sobre la acumulación de acciones, *vid.* STS núm. 279/2023, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:1434).

A) La precisión objetiva: los «derechos por ministerio de la Ley»

El art. 9.8 *in fine* se refiere a los «derechos» del cónyuge supérstite. Es decir, se hace mención solamente a una parte del patrimonio sucesorio. Sin embargo, la sucesión también se compone de aquellas deudas que el causante deja desatendidas a causa de su muerte. Por lo tanto, las que pudieran corresponder al cónyuge viudo no se delimitan entonces por el último inciso del art. 9.8 CC, sino que son una derivación del supuesto de hecho general, relativo a la «sucesión por causa de muerte».

Junto a esa precisión, se refiere el supuesto de hecho de este artículo a los derechos atribuidos «por ministerio de la ley». Ello deja fuera del ámbito de aplicación del art. 9.8 *in fine* CC aquellas atribuciones sucesorias realizadas a través de las disposiciones *mortis causa*: éstas se regirán, por lo que se refiere a su contenido, por la ley sucesoria vigente al momento del otorgamiento o del fallecimiento; si bien las legítimas se mantienen sometidas en cualquier caso a la ley sucesoria aplicable al momento del fallecimiento (art. 9.8 inciso segundo CC). Sobre el concepto de «ley» empleado en el supuesto de hecho, la SAP Lleida núm. 553/2001, de 17 de diciembre⁷ negó que dicho concepto viniera referido a la ley de la vecindad civil que regía la sucesión. De defenderse dicho significado, de acuerdo con la Audiencia Provincial, la regla del 9.8 *in fine* CC sería innecesaria y quedaría vacía de contenido, al ser siempre aplicable la ley sucesoria.

Finalmente, en torno a la naturaleza de los derechos comprendidos en el supuesto de hecho, ha existido un importante debate interpretativo que, aunque hoy superado, interesa reseñar. Tenía que ver con la naturaleza de los derechos cubiertos por el ámbito de aplicación del art. 9.8 *in fine* CC. Este debate era relevante por cuanto que, como venimos insistiendo, el estatuto patrimonial del cónyuge viudo se compone a grandes rasgos de una doble vertiente: la liquidación del régimen económico matrimonial y la sucesión. Cabe destacar que el precepto sólo se refiere a los «derechos» sin calificar en ningún momento su naturaleza sucesoria o familiar.

7. ECLI:ES:APL:2001:972, F. J. 3º.

La imprecisión de este artículo dio lugar a dos posturas en la jurisprudencia⁸. Una corriente de interpretación restrictiva⁹ entendía que el ámbito de aplicación objetivo de este precepto debía limitarse a aquellos derechos de naturaleza familiar cuyos efectos jurídicos se manifiestan tras la muerte de uno de los cónyuges¹⁰. Se argumentaba al respecto que, si se pudiera aplicar la ley reguladora de los efectos del matrimonio y no la nacional (o de la vecindad civil) del causante a los derechos sucesorios del viudo, se produciría un fraccionamiento de la ley aplicable a la sucesión incompatible con el principio de unidad y universalidad establecido en el art.

8. Antes de que la jurisprudencia se pronunciara sobre la interpretación del ámbito objetivo de los derechos legales del supérstite, el autor A. CHAVES RIVAS identificó hasta siete tomas de postura diferentes sobre el alcance del art. 9.8 *in fine* CC. Las mencionamos siguiendo la síntesis del autor: a) La tesis «literalista», favorable a extender la aplicación de este precepto a los derechos del cónyuge viudo tanto familiares como sucesorios, ya que el supuesto de hecho no distingue entre unos y otros (a ella se acoge la incipiente jurisprudencia analizada en su momento por el autor); b) la «tesis restrictiva», que entiende que este precepto no se aplicaría a los derechos de carácter sucesorio, sino a aquellos de naturaleza familiar cuya titularidad se obtiene por el cónyuge viudo tras la muerte del otro cónyuge; c) existen otras dos tesis, cercanas a la literalista, pero con matices: una de ellas entiende que el 9.8 *in fine* CC se aplica los derechos usufructo viuales, legitimarios e intestados, pero no las normas sobre el orden de llamamientos en la sucesión intestada; y la otra, que este precepto abarca todos los derechos de naturaleza sucesoria (salvo el orden de llamamientos *ab intestato*), mientras que los derechos familiares quedan sometidos al art. 9.2 CC. Otras tesis doctrinales, entre autores partidarios de la doctrina literalista o restrictiva, inciden sobre el ámbito personal de aplicación del art. 9.8 *in fine* CC: d) así, hay autores que entienden que este precepto se aplicará cuando los cónyuges tengan distinta vecindad civil; e) otros autores, además del requisito de la diferente vecindad civil, consideran que este precepto sólo debe aplicarse si la ley aplicable a los efectos del matrimonio resulta más favorable para el cónyuge viudo que la ley sucesoria; f) y finalmente, otra línea doctrinal reduce la aplicación de este precepto a los supuestos de Derecho internacional privado. Para un mayor desarrollo crítico sobre cada una de las posturas, *vid.* CHAVES RIVAS, A., «La posición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional: Evolución y situación actual», en AA. VV., *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. 2. Colegios Notariales de España, 2002, pp. 1834-1850. La jurisprudencia existente con posterioridad se ha ceñido a las dos primeras posturas, *vid.* ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 271-280.

9. Esta postura vino siendo defendida, en primer lugar por la Dirección General de los Registros y del Notariado, *vid.* RDGRN de 11 de marzo de 2003 (BOE núm. 100, de 16 de abril de 2003), F.J. 4º; RDGRN de 18 de junio de 2003 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2003), F. J. 4º; RDGRN de 5 de febrero de 2005 (BOE núm. 82, de 6 de abril de 2005), F. J. 3º. Igualmente, se puede observar esta interpretación en la jurisprudencia menor, antes de ser revisada por el Tribunal Supremo, *vid.* SAP Soria núm. 201/2007, de 3 de diciembre (ECLI:ES:APSO:2007:265), F. J. 2º; SAP Málaga núm. 288/2011, de 22 de junio (ECLI:ES:APMA:2011:3706), F. J. 7º; SAP Baleares núm. 179/2014, de 11 de junio (ECLI:ES:APIB:2014:1256), F. J. 2º.

10. Sería el caso de los derechos de predetracción de bienes del ajuar familiar (art. 1321 CC, art. 231-30 CC catalán), que también se prevé en otros Derechos forales, si bien, como parte del régimen económico matrimonial (en Aragón, dentro de las disposiciones del régimen de consorcio conyugal, art. 266.2 Código de Derecho Foral de Aragón; y en Navarra, como parte de las disposiciones del régimen de conquistas, Ley 87 Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra). Igualmente, se puede destacar la denominada viudedad aragonesa, que consiste en un usufructo sobre la totalidad de los bienes del cónyuge premuerto que se manifiesta como expectante en vida de ambos cónyuges (arts. 192, 271.2 y 279 de la Código de Derecho Foral de Aragón). También entrarían dentro de esta categoría los derechos del *any de plor*, que consisten en poder habitar la vivienda conyugal y recibir alimentos con cargo al patrimonio del cónyuge premuerto durante el período de un año (art. 231-31 Código Civil catalán).

9.8 inciso primero CC. Además, la interpretación inclusiva de los derechos sucesorios desvirtuaría la regla específica prevista en el art. 16.2 CC, no derogada por la Ley 11/1990, que establecía una solución de adaptación específica entre la sucesión y los efectos del matrimonio en relación con la viudedad aragonesa (*infra*).

Sin embargo, terminó imponiéndose una interpretación amplia del supuesto de hecho, favorable a incluir dentro del mismo también los derechos de naturaleza sucesoria. Dicho criterio interpretativo se ha consolidado a partir de la STS núm. 624/2013, de 28 de abril de 2014¹¹. El Tribunal Supremo se basó, en primer lugar, en una interpretación finalista del precepto, y entendió que constituía «*un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico-matrimonial*». Seguidamente, en atención al punto de conexión («*la ley que rige los efectos del matrimonio*»), sostuvo que dicho concepto «*comporta un conjunto de derechos de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges*». Con posterioridad a esta Sentencia, la jurisprudencia posterior ha ido acatando la doctrina del Tribunal Supremo en sucesivos casos de conflictos de leyes internacionales e interregionales¹².

Como última cuestión a plantear, está la relación existente entre la disposición del art. 9.8 *in fine* CC con la regla vigente del art. 16.2 CC. Este último precepto, anterior a la reforma de 1990¹³, plantea una solución particular de adaptación para

11. ECLI:ES:TS:2014:2126, F. J. 2º. Sobre esta sentencia, *vid.* los comentarios de LORENTE MARTÍNEZ, I., «Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado: La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril 2014», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, n.º 1, marzo 2015, pp. 256-268; y MORENO SÁNCHEZ-MORALED A., «Ley aplicable a la sucesión y ley reguladora de los efectos del matrimonio. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 abril 2014», *Revista de Derecho Patrimonial*, 35, Septiembre-Diciembre 2014, pp. 415-438.

12. *Id.* STS núm. 161/2016, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1160), F. J. 2º; SAP Valencia núm. 182/2017, de 3 de julio de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:5997), F. J. 4º; SAP Baleares núm. 336/2017, de 21 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2017:2141), F. J. 3º; SAP Almería núm. 483/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:APAL:2022:1749), F. J. 2º; y, aunque no menciona expresamente la doctrina del TS, también puede citarse la SAP Málaga núm. 20/2024, de 19 de enero (ECLI:ES:APMA:2024:1394), F. J. 2º. Cabe destacar la SAP Palmas de Gran Canaria núm. 423/2019, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APGC:2019:1647), F. J. 3º, donde la Audiencia Provincial entendió que la doctrina del TS venía referida simplemente a la aplicación del art. 9.8 *in fine* CC a los derechos legitimarios del cónyuge viudo. Así, entendió que los derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada quedaban sometidos a la ley nacional del causante (italiana), pese a que el régimen económico matrimonial se regía por la ley española. La Audiencia Provincial entendió que la solución de remisión de la sucesión intestada a la ley de los efectos del matrimonio perjudicaba al cónyuge viudo, habida cuenta de las diferencias entre los derechos concedidos por el ordenamiento italiano (la mitad de la herencia en concurrencia con hijos y descendientes, sin perjuicio de la legítima concedida por el derecho español) frente a los que le atribuye la ley española (el usufructo del tercio destinado a mejora). Si bien la solución italiana en este caso era más favorable, la Sentencia fue recurrida en casación y corregida por la STS núm. 1633/2024, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:6181), F. J. 3º, que confirmó que la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo era la española.

13. Se introdujo a través del *Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil* (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974).

los derechos de la viudedad aragonesa. A muy grandes rasgos, la viudedad aragonesa consiste en un usufructo sobre los bienes que el otro cónyuge deje al morir. Pese a la importante implicación en el patrimonio sucesorio, sin embargo, es considerado un derecho de naturaleza familiar¹⁴, que nace del matrimonio (art. 192 CDFA), con independencia del régimen económico matrimonial observado por los cónyuges (art. 271.3 CDFA). Además, durante la vigencia del mismo, se manifiesta como expectante, lo cual tiene implicaciones a los efectos de disponer y enajenar los bienes sometidos al régimen de viudedad (arts. 279-282 CDFA).

Para entender la repercusión de la regla del art. 16.2 CC sobre los derechos de viudedad, hay que contrastar la existencia de este derecho con la ausencia de protección del viudo en el Derecho sucesorio aragonés: no es sujeto legitimario, pues solamente lo son los descendientes (art. 486.2 CDFA); y su llamamiento en la sucesión intestada es subsidiario al de descendientes, ascendientes y parientes troncales.

La exclusiva protección familiar del cónyuge viudo aragonés conlleva un riesgo de descoordinación cuando la ley aplicable a los efectos matrimoniales y a la sucesión no coinciden. Si al momento de fallecimiento, la ley aplicable a los efectos del matrimonio es la aragonesa, pero la sucesoria no, se puede generar una sobreprotección, pues el cónyuge recibiría, además de los derechos de la viudedad aragonesa, los derechos viudales que prevea la ley aplicable a la sucesión. Para evitarlo, el art. 16.2 dispone en su párrafo primero que: *«El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria»*. Es decir, se neutraliza el solapamiento de la viudedad y los derechos sucesorios dejando sin efecto éstos últimos. En la situación contraria, esto es, si la ley de la sucesión es la aragonesa y la matrimonial no, se puede generar una desprotección del cónyuge viudo, en especial en aquellos casos en los que el régimen económico fuese de separación de bienes. Por ello, el art. 16.2, párrafo tercero CC establece que: *«El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte»*. De tal modo que, pese a que no correspondería aplicar el usufructo viudal por su naturaleza familiar, el legislador dispone igualmente su aplicación¹⁵.

La reforma del art. 9.8 CC producida por la Ley 11/1990 no derogó lo dispuesto en el art. 16.2 CC. Podría haberlo hecho¹⁶, ya que la finalidad a la que responden ambos preceptos es la misma: evitar perjuicios derivados de una descoordinación

14. Sobre los debates en torno a la naturaleza sucesoria, real o familiar del usufructo de viudedad aragonés y también del navarro, *vid.* BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 134-140.

15. *Vid.* SAP Zaragoza núm. 466/2018, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APZ:2018:2639), F. J. 10º, tanto para los supuestos de sobreprotección como para los de infraprotección. Su doctrina ha sido reiterada en la SAP Zaragoza núm. 298/2019, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APZ:2019:2704), F. J. 4º.

16. Algunos autores han afirmado que, tras la reforma de 1990, este precepto carece de sentido, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Artículo 16», en CAÑIZARES LASO, A. (dir.) *Comentarios al Código Civil, Tomo I (Arts. 1 a 267)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 587; ZABALO ESCUDERO, E., *La situación*

entre la ley matrimonial y la sucesoria; sólo que el 9.8 *in fine* CC lo hace con una vocación más generalista, esto es, no limitada al caso aragonés¹⁷. Lo cierto es que las dos reglas conviven, y la escasa jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto de la relación entre ambos preceptos ha entendido que, dado que el art. 16.2 CC es una regla especial, tiene preferencia sobre la regla general. En palabras de la SAP Zaragoza núm. 466/2018, de 12 de noviembre: «*si como afirma la STS de 28/04/2014 (rec. 2105/ 2011) el art. 9.8 CC opera como una excepción a la regla general sobre la «ley de la sucesión», el art. 16.2 CC opera como una contraexcepción en la medida en la que contempla un conflicto específico que conforme a nuestra tradición jurídica mereció un tratamiento legislativo propio que luego el propio legislador no consideró pertinente modificar ni derogar*»¹⁸.

B) La precisión subjetiva: el cónyuge viudo

El supuesto de hecho también hace una precisión de carácter subjetivo, pues se refiere al «cónyuge supérstite». La condición de «cónyuge», presupone que se ha celebrado un matrimonio válido, mientras que la condición de «supérstite» implica que dicha relación se ha mantenido desde la celebración del matrimonio hasta la muerte de uno de ellos. El matrimonio válido y duradero supone, en definitiva, la condición legitimadora del cónyuge viudo para poder reclamar sus derechos legales: los derivados del régimen económico matrimonial, pero, sobre todo, los sucesorios. A fin de cuentas, la liquidación del régimen económico es un efecto común a cualquier causa de disolución del matrimonio. Sin embargo, las crisis matrimoniales pueden comportar la pérdida de los derechos sucesorios si la ley aplicable a éstos así lo establece.

En el ámbito de la ley sucesoria española, por ejemplo, el Derecho común y algunos ordenamientos forales prevén la pérdida de derechos legales familiares y sucesorios por la mera separación de hecho de los cónyuges. En cuanto a los efectos de la separación legal, la nulidad y el divorcio, existen diferencias entre los ordenamientos forales según los efectos jurídicos se manifiesten a partir del pronunciamiento de una sentencia o tras la mera interposición de la demanda¹⁹.

jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional, Aranzadi, Pamplona, 1993, pp. 198-200.

17. Bajo la solución del art. 9.8 *in fine* CC, si la ley aplicable a los efectos del matrimonio hubiera sido la aragonesa, entonces los derechos sucesorios del cónyuge viudo también se someterían a dicha ley (*vid.*, por ejemplo, SAP Zaragoza núm. 465/2000, de 10 de julio, ECLI:ES:APZ:2000:1975). No habría necesidad de excluir la legítima (como en el art. 16.2 primer párrafo CC), porque el Derecho aragonés no la contempla para el viudo. Si la ley aplicable a los efectos del matrimonio no es la aragonesa (por ejemplo, si fuera el Derecho civil común), tanto el estatuto patrimonial como el sucesorio se regirían por el CC, y no se aplicaría la viudedad aragonesa. En uno y otro caso, los derechos del viudo se someten al equilibrio establecido por el legislador dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

18. ECLI:ES:APZ:2018:2639. F. J. 10º. Igualmente, en la doctrina, *vid.* CHAVES RIVAS, A., «La posición jurídica del cónyuge viudo...», *op. cit.*, p. 1859.

19. La casuística es muy diversa según el ordenamiento común o foral observado. Para los derechos legales familiares y sucesorios, *vid.*, en Derecho común y en Derecho foral: Aragón (arts.

En aquellos casos internacionales donde se ponga en tela de juicio la existencia o validez del matrimonio constituido o extinguido en el extranjero, esta disputa deberá resolverse como cuestión previa a la aplicación de la ley sucesoria²⁰. En los casos en que dicha ley comporte la pérdida de derechos sucesorios desde el momento de la interposición de la demanda, deberá probarse por el sujeto interesado el acometimiento de dicho trámite. Si la disputa viene dada porque existe una resolución ya dictada sobre la separación, nulidad o divorcio, deberá promoverse su reconocimiento en nuestro país, aunque sea de forma incidental. Finalmente, en los supuestos en que, con ocasión de un litigio sucesorio, se pone en cuestión la nulidad del matrimonio tras su extinción por causa de muerte, se deberá comprobar si el juez que conoce de la sucesión es, asimismo, competente para resolver sobre ese incidente de nulidad matrimonial²¹.

Como último inciso, cabe apuntar que el art. 9.8 *in fine* CC no permite su aplicación para determinar la ley aplicable a los derechos que, por ministerio de la ley, correspondan a la pareja supérstite de una unión de hecho²². Ello además es coherente por cuanto que la remisión a la ley reguladora de los efectos del matrimonio no es invocable respecto de las parejas de hecho. Por lo tanto, los derechos sucesorios de la pareja supérstite quedarán sometidos a la norma de conflicto general sobre las sucesiones *mortis causa*²³.

2. La mutua exclusión de los R. 650/2012 y R. 2016/1103

Desde del 15 de agosto de 2015, el R. 650/2012 comenzó a aplicarse para determinar la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* con repercusiones transfronterizas a partir de esa fecha (art. 83.1 R. 650/2012). La aplicación universal de sus normas de conflicto incluso en supuestos donde la ley designada es la de

253 y 276.2 Código de Derecho foral de Aragón; STS de 13 de junio de 1986, ECLI:ES:TS:1986:8091, F. J. 3º y 4º); Cataluña (arts. 231-31, 442-6, 452-2 Código Civil catalán); Mallorca y Menorca (arts. 45 y 84.2 Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares); Navarra (Leyes 254.1 y 304.2 Compilación de Derecho Foral de la Comunidad de Navarra); País Vasco (arts. 55, 57 y 112 Ley de Derecho civil del País Vasco). La casuística también es diversa en los casos de atribuciones realizadas mediante disposiciones *mortis causa*.

20. Vid. ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, op. cit., pp. 39-44, que se refiere en especial al problema de los matrimonios poligámicos.

21. Sobre esta cuestión nos pronunciamos en el apartado II.2 del presente Capítulo.

22. Vid. CHAVES RIVAS, A., «La posición jurídica del cónyuge viudo...», op. cit., pp. 1832-1833.

23. Vid. ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, op. cit. p. 50; Puede servir de ejemplo la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 67/2020, de 6 de marzo (ECLI:ES:APTF:2020:324). Según los hechos del caso, la demandante del caso de origen mantenía una unión estable de hecho con un causante venezolano. Al determinar la ley aplicable a la sucesión, la Audiencia Provincial indicó que la aplicación de la ley venezolana por remisión de la regla general del art. 9.8 CC no era cuestión controvertida. En aplicación de la ley venezolana, sin embargo, sí se daba la equiparación de los derechos del miembro supérstite de la unión de hecho a los de un cónyuge viudo.

un tercer Estado (art. 20 R. 650/2012) provocó que, desde ese momento, el art. 9.8 CC (incluida la regla especial referida al cónyuge viudo) quedase sin aplicación para los conflictos internacionales de leyes²⁴.

Este Reglamento está llamado a regular cuál es la ley aplicable, entre otras cuestiones a «*la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites*» (art. 23.2.b) R. 650/2012).

Una primera diferencia entre el R. 650/2012 y el art. 9.8 *in fine* CC es que su supuesto de hecho ya sí incluye los derechos de las parejas supérstites. Sin embargo, su ámbito de aplicación no recoge las posibles controversias que pudieran darse en torno a la condición de cónyuge viudo o pareja supérstite de cara a su legitimación sucesoria, pues los actos referidos al estado civil están excluidos del Reglamento (art. 1.2.a) R. 650/2012). En los casos en los que se quiera reconocer una resolución de nulidad de separación legal o de divorcio dictada en un Estado Miembro distinto al que conoce del litigio sucesorio, el mecanismo de posible activación será el reconocimiento incidental previsto en el art. 30.5 del *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)* (en adelante, R. 2019/1111)²⁵. Igualmente, si se quiere promover la nulidad del matrimonio de forma incidental a la sucesión, la competencia para conocer de dicho incidente corresponderá a las autoridades designadas por el R. 2019/1111²⁶, mientras que la ley aplicable deberá determinarse conforme a las normas de conflicto nacionales (en España, arts. 107, 9.1, 49 y 50 CC).

Como segunda diferencia, ya de carácter material, el art. 23.2.b) R. 650/2012 hace referencia a los derechos «sucesorios». Ello engloba tanto los derechos que derivan de la sucesión intestada, como los derivados de un testamento o un pacto sucesorio, de acuerdo con la definición extensa de sucesión que se realiza en el art. 3.1.a) y en el Considerando 9 del R. 650/2012. Sin embargo, el supuesto de hecho no incluye, como sí hiciera el art. 9.8 *in fine* CC, los derechos de naturaleza familiar derivados del régimen económico matrimonial. Ello se confirma por la exclusión que el art. 1.2.d) R. 650/2012 realiza de «*las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio*». Sobre estas cuestiones, lo preciso es acudir al R. 2016/1103, que permite determinar la ley aplicable a los regímenes

24. Lo cual no excluye su aplicación en los conflictos de leyes relativos a sucesiones abiertas de fallecidos antes del 17 de agosto de 2015 (supuesto cada vez más marginal) y a los conflictos de leyes internos, a los que el Reglamento, en principio, no se aplica (art. 38 R. 650/2012).

25. DOUE L 178 de 2 de julio de 2019. En los casos en que la resolución provenga de un tercer Estado, a menos que exista un Convenio multilateral o bilateral específico, en España se podría aplicar lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

26. Vid. STJUE de 15 de noviembre de 2022, C- 646/20, *Senatsverwaltung* (ECLI:EU:C:2022:879).

económicos matrimoniales. Dicha ley deberá regir entre otras cuestiones, los aspectos relacionados con la liquidación a causa del fallecimiento de uno de los cónyuges (Considerando 18 R. 2016/1103). Dicho Reglamento, además, excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones sucesorias (art. 1.2.d) R. 2016/1103)²⁷.

El resultado de todo ello es que ahora las cuestiones de Derecho internacional privado referidas a los «derechos que por ministerio de la ley correspondan al cónyuge supérstite» ahora han de distribuirse entre dos Reglamentos. Esto ha provocado problemas interpretativos en aquellos casos en los que las instituciones tuitivas del cónyuge viudo no tienen una naturaleza claramente delimitada entre matrimonial y sucesoria²⁸. Lo mostramos con algunos ejemplos:

- a) El sistema de liquidación por causa de muerte del régimen de participación en ganancias alemán (*Zugewinnngemeinschaft*). El art. 1371 BGB²⁹ prevé un sistema específico de liquidación para el caso de disolución *mortis causa*, mediante el cual se sustituye el proceso de cálculo y comparación de las ganancias obtenidas por cada cónyuge por un incremento de la cuota intestada del cónyuge viudo (determinada conforme al art. 1931 BGB) en una cuarta parte. Este derecho, cuya naturaleza fue controvertida en la doctrina alemana, se calificó por el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*) como un derecho perteneciente al régimen económico matrimonial y no a la sucesión³⁰. Sin embargo, el TJUE rebatió esta calificación en una cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mabnko-pf*³¹. En dicha Sentencia, se respondió sólo a una de las tres cuestiones prejudiciales planteadas, que venía referida a la posible inclusión en el ámbito del R. 650/2012 del ya referido derecho de incremento de la cuota intestada con arreglo al art. 1371(1) BGB. El TJUE respondió afirmativamente, pues dicha disposición se proyecta sobre los bienes «ya contabilizados

27. Vid. MORENO CORDERO, G., «La ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 261-262.

28. Vid. BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 47-48; ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, op. cit., 1993, pp. 58-72, que ya apuntaban a la complejidad de la calificación de este tipo de instituciones mucho antes de la existencia de los Reglamentos.

29. Para una versión oficial en inglés, vid. LANGENSCHIEDT ÜBERSETZUNGSSERVICE (trad.), «Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 1 of the Act of 10 August 2021 (Federal Law Gazette I p. 3515)», disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5634 (Consultado el 30 de junio de 2025).

30. Vid. KOHLER, C., «Application of the Succession Regulation by German Courts – Selected Issues», *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, Vol. 26, 2020, pp. 29-30; LAGARDE, P., «La qualification du Zugewinnausgleich entre BGH et CJUE», en VV. AA., *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières: mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Iprolex, 2018, pp. 1045-1048.

31. ECLI:EU:C:2018:138

dentro de la masa hereditaria» y sirve para determinar la cuota intestada del viudo en relación con los demás herederos (apdo. 40). Aludió también a la obstaculización de los objetivos del certificado sucesorio europeo por falta de información completa sobre los derechos del cónyuge viudo (apdo. 43). El criterio clave para calificar de acuerdo con la doctrina *Mahnkopf* consiste en determinar sobre qué bienes recae el derecho del cónyuge viudo. Sólo si el derecho se refiere al patrimonio hereditario del causante, se entenderá comprendido en el R. 650/2012. Por lo tanto, la discordancia entre los derechos matrimoniales y sucesorios a nivel europeo provoca en los operadores jurídicos un esfuerzo de calificación inicial de otras instituciones que, como la del art. 1371(1) BGB, se encuentran a caballo entre el Derecho de familia y el de Sucesiones.

- b) *Modificaciones del régimen económico matrimonial que inciden en el alcance del conjunto bienes que forman parte del patrimonio conyugal.* Por ejemplo, si se produce un cambio de régimen de un sistema de separación de bienes a un régimen de comunidad de bienes, los bienes que pasen a formar parte de dicha comunidad habrán de distribuirse conforme a las normas de liquidación del régimen económico matrimonial y, por tanto, quedarán bajo el ámbito del R. 2016/1103. Sin embargo, si se establece una reducción de dicha comunidad a ciertos activos o se pacta un régimen de separación de bienes, las normas de liquidación del régimen económico tendrán menos incidencia, y tomarán más protagonismo las reglas sucesorias. Un ejemplo claro de ello son los denominados *avantages matrimoniaux* en el *Code civil*³², que pueden ser esencialmente de tres tipos: la atribución de bienes comunes sin compensación de su valor a la comunidad de bienes (*préciput*, arts. 1515 a 1517 *Code Civil*), el establecimiento de cuotas desiguales de participación en la comunidad de bienes (arts. 1520 a 1525 *Code Civil*) y, como especialidad de ésta, la atribución por entero de la comunidad de bienes al cónyuge viudo (art. 1525 *Code Civil*), que a veces se combina con un régimen de comunidad universal de bienes (art. 1526 *Code Civil*). Este tipo de modificaciones del régimen económico matrimonial no tienen la naturaleza de donaciones, sino de acuerdos matrimoniales (*conventions de mariage*), de acuerdo con el art. 1525 *Code Civil*. Por recaer todas estas ventajas sobre bienes del régimen económico matrimonial, en principio quedarían insertas dentro del ámbito de aplicación del R. 2016/1104³³. Ahora bien, estos mecanismos de planificación matrimonial no quedan en todo caso fuera del régimen sucesorio, pues los hijos no

32. Para una versión oficial en francés, *vid.* LÉGIFRANCE, «Code Civil», disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/ (Consultado el 29 de junio de 2025).

33. Además, en el caso de atribución de la comunidad de bienes al cónyuge viudo, la exclusión del R. 650/2012 vendría doblemente motivada. Por un lado, por estar ante una cuestión sobre el régimen económico matrimonial (excluida por el art. 1.2.d) R. 650/2012). Por otro lado, porque la comunidad universal contiene una reversión a favor del supérstite excluida por el art. 1.2.e) R. 650/2012).

comunes del causante disponen de la denominada «*action en retranchement*», que les permite reclamar la reducción de las ventajas matrimoniales en lo que perjudique a dichas legítimas. Dicha acción, por lo tanto, proyecta su eficacia en base a una posición sucesoria, aunque su objetivo sea reducir una atribución realizada con arreglo al régimen económico matrimonial, y debería quedar sometida al R. 650/2012³⁴.

- c) Las disposiciones *mortis causa* realizadas mediante capitulaciones matrimoniales. El Considerando 12 R. 650/2012 advierte de que «*no debe aplicarse a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, incluidos los acuerdos matrimoniales tal como se conocen en algunos sistemas jurídicos en la medida en que no aborden asuntos sucesorios*». Ello sugiere, *sensu contrario*, que las disposiciones en capitulaciones matrimoniales sí las contengan deberán someterse a este Reglamento. Sería el caso de los pactos sucesorios otorgados en capitulaciones matrimoniales, que es algo que permiten muchos ordenamientos forales en nuestro país³⁵. Otro ejemplo conflictivo serían las donaciones *mortis causa* de bienes entre los cónyuges, realizadas en capitulaciones matrimoniales. Un ejemplo claro de ello es el art. 1341, párrafo segundo del CC, que establece que los cónyuges «*podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada*». Una disposición análoga se encuentra también en el art. 1093 *Code Civil* (*donation de biens à venir*). A este respecto, la STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-277/20, UM³⁶ ha consolidado una calificación de las liberalidades *mortis causa* como pactos sucesorios contenidos que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del R. 650/2012. La calificación sucesoria vendría respaldada por el ya mencionado inciso del Considerando 12 R. 650/2012.
- d) El ya mencionado usufructo de viudedad también podría generar problemas de calificación en tanto en cuanto, aunque nace del matrimonio y tiene naturaleza matrimonial conforme al Derecho aragonés, al momento del fallecimiento se traduce en un derecho de usufructo sobre bienes de la herencia del difunto. Para A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, estos derechos deberían quedar incluidos en el ámbito del R. 2016/1103, si bien parece admitir que «en la lógica de los Reglamentos, pertenecen al estatuto sucesorio»³⁷.

34. Vid. DE GOURCY, R., *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Défrénois, 2023, pp. 40-45.

35. Aragón (art. 195 CDFA), Cataluña (art. 231-19 CC catalán), Galicia (art. 174 LDCG), Islas Baleares de Ibiza y Formentera (arts. 66 CDCIB y 51.3 CDCIB), Navarra (Ley 85 CDCFN).

36. ECLI:EU:C:2021:531.

37. Vid. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A., *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del reglamento (UE) n.º 650/2012*. 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 157.

II. DIFERENCIAS EN LOS PUNTOS DE CONEXIÓN

1. La coordinación del art. 9.8 *in fine* CC (antes del 17 de agosto de 2015)

Una vez estudiadas las diferencias existentes entre los supuestos de hecho de ambas normas y las posibles disfunciones derivadas de la mutua exclusión del R. 650/2012 y el R. 2016/1103, toca adentrarse en las similitudes y diferencias apreciables en los puntos de conexión de las normas de conflicto vigentes antes y después de la entrada en vigor de los Reglamentos.

Retomamos para ello el art. 9.8 *in fine* CC, que, para determinar la ley aplicable a los derechos del cónyuge superviviente, se remite a la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Esta remisión viene referida al art. 9.2 CC, que en su párrafo primero, establece lo siguiente: «*Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio*». Igualmente, la remisión debería extenderse al art. 9.3 CC que indica que «*Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento*»³⁸.

El art. 9.8 *in fine* CC planteaba una solución de coordinación por la cual la ley sucesoria cedía su aplicación a la ley reguladora de los efectos del matrimonio con el objetivo de que fuera esta última la que regulase todos los derechos que le corresponden al cónyuge viudo. La política legislativa podría haber sido la contraria: una solución de remisión de la ley matrimonial a la sucesoria³⁹. Sin embargo, la solución plasmada en el CC nos resulta más adecuada que la contraria, porque presenta más ventajas que inconvenientes:

38. En favor de la interpretación extensiva al art. 9.3 CC, *vid.* ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, op. cit., 1993, pp. 122-128. Se ha planteado en la doctrina que en caso de que se establezcan capitulaciones matrimoniales que se aparten del régimen económico matrimonial preestablecido por ley, la remisión del art. 9.8 *in fine* CC al art. 9.2 CC no debería aplicarse, según relata ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Artículo 9.8», en CAÑIZARES LASO, A. (dir.) *Comentarios al Código Civil, Tomo I (Arts. 1 a 267)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 484.

39. Lo cual podría justificarse porque la sucesión afecta a intereses más generales que el régimen económico matrimonial y porque normalmente el Derecho sucesorio se aplica con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial observado entre los cónyuges, *vid.* BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, op. cit., p. 99.

- a) *Previsibilidad sobre el contenido de los derechos sucesorios del cónyuge viudo.* El criterio temporal establecido por defecto para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial es el de la celebración del matrimonio, el momento posterior a la celebración (en caso de aplicar la residencia habitual) o incluso un momento anterior (en caso de realizarse una elección de la ley). Esa concreción temporal facilita que los cónyuges conozcan desde el «minuto cero» de su matrimonio cuál va a ser el ordenamiento aplicable a su régimen económico, qué posibilidades les permitirá dicha ley para organizar su patrimonio y de qué modo podrán modificar la organización familiar⁴⁰. Esta ventaja se proyecta sobre los derechos del cónyuge viudo a consecuencia de la remisión del art. 9.8 *in fine* CC. Frente al momento incierto en el que la muerte se producirá, los cónyuges cuentan con la garantía de saber de antemano qué derechos sucesorios le depara la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Los conocerán desde el principio de su relación conyugal y podrán organizar y planificar mejor el contenido de los mismos mediante actos de disposición *mortis causa*, si quieren apartarse del régimen legal. De haberse adoptado una solución de remisión de la ley matrimonial a la sucesoria, tanto el régimen de liquidación como los derechos sucesorios quedarían indeterminados hasta el momento de la muerte, dejando en la incertidumbre a los cónyuges sobre su posición patrimonial llegado ese momento.
- b) *Planificación conflictual, aunque limitada.* El art. 9.8 CC no da posibilidad al causante de escoger la ley aplicable a la sucesión. No se habilita mecanismo alguno para ejercitar la *professio iuris*. Sin embargo, en lo que concierne a los derechos legales del cónyuge supérstite, la remisión del art. 9.8 *in fine* CC a la ley de los efectos del matrimonio, designada conforme al art. 9.2 CC, permite aprovechar la posibilidad de elegir la ley aplicable con arreglo a esta norma de conflicto. Hay que admitir, sin embargo, que esta posibilidad es limitada, pues no está siempre disponible. Por un lado, no se permite escoger la ley aplicable a los cónyuges que compartan la misma ley personal, pues la elección de ley sólo está disponible cuando la ley personal de los cónyuges sea distinta. En este escenario de no coincidencia de la ley personal, la limitación se produce en el tiempo: esa ley se tiene que escoger antes de la celebración del matrimonio, no se admite una elección posterior. Además, se debe realizar mediante un documento auténtico⁴¹. En tal sentido, los cónyuges que antes de unirse en matrimonio no tengan la misma ley personal (lo que

40. Precisamente, entre los argumentos a favor de utilizar la ley del régimen económico matrimonial, están el carácter previo de éste a la sucesión y el carácter eventual del Derecho sucesorio, *vid.*, BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, *op. cit.*, 1977, p. 97; ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, *op. cit.*, pp. 116-118.

41. *Vid.* MORENO CORDERO, G., «La ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español», *op. cit.*, pp. 269-270.

podría ocurrir en un matrimonio mixto celebrado en España), pueden escoger la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de ellos antes de celebrar el matrimonio. Dicha ley, comúnmente escogida por los cónyuges, también concretará los derechos que por ministerio de la ley le correspondan al cónyuge supérstite.

- c) *Unificación internacional e interna*. Con o sin elección de ley, la remisión de los derechos del cónyuge viudo a la ley reguladora de los efectos del matrimonio garantiza que dichas atribuciones queden sometidas al imperio de una misma ley. En ella, el legislador habrá previsto un adecuado equilibrio entre las disposiciones sustantivas sobre la liquidación del régimen económico matrimonial y sucesorio para procurar que el cónyuge viudo esté suficientemente protegido al mismo tiempo que no perjudica los derechos de otros sujetos llamados a suceder. Hasta la llegada del R. 2016/1103, esa unificación se producía en un doble plano, tanto a nivel internacional (hoy ya no) como a nivel interregional, por remisión del art. 16.1 al art. 9.8 CC.

Pese a todas estas ventajas, hay que recordar que la coordinación del art. 9.8 *in fine* CC no alcanza a toda la sucesión. Escapan de su ámbito objetivo cuestiones como la ley aplicable las legítimas de los descendientes o a las atribuciones realizadas al cónyuge viudo realizadas en disposiciones *mortis causa*. Para este tipo de cuestiones de contenido, la *lex causae* sucesoria determinada por el art. 9.8 en sus dos primeros incisos puede ser o no coincidente con la aplicable a los efectos del matrimonio, incluyendo los derechos del cónyuge viudo⁴². Ello puede provocar, por ejemplo, que si el alcance de las legítimas de los descendientes es mayor conforme a la ley sucesoria que conforme a la ley matrimonial, los derechos del viudo regulados conforme a esta última ley deban reducirse. En estos casos, la unificación de la ley aplicable al estatuto patrimonial del cónyuge viudo en torno a ley sucesoria sí permitiría cierto grado de coherencia entre los derechos sucesorios del viudo y los del resto de coherederos.

2. La descoordinación entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (a partir del 29 de enero de 2019)

Volvemos ahora al escenario actual, en el que tanto las normas del art. 9.2 como las del 9.8 CC han sido desplazadas por los Reglamentos 2016/1103 y 650/2012, respectivamente, para regular los conflictos de leyes sobre régimen económico matrimonial y sucesión *mortis causa*. La entrada en vigor de los Reglamentos indicados no se produjo simultáneamente: hubo un pequeño perío-

42. Además, si consideramos la posibilidad de que opere el reenvío de primer grado (art. 12.2 CC, antes de la entrada en vigor del R. 650/2012), se añade un segundo factor de incertidumbre, pues es posible que la sucesión de un causante nacional extranjero pudiera acabar siendo regulada por la ley española.

do en el que el R. 650/2012 convivía con el art. 9.2 y 9.3 CC. Sin embargo, nosotros vamos a partir del escenario en que ambos Reglamentos ya están vigentes, por ser el más realista con la situación normativa existente hoy.

Para determinar la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo procedentes de la liquidación del régimen económico matrimonial, el art. 22 R. 2016/1103 ofrece un catálogo jerarquizado de puntos de conexión aplicables por regla general en defecto de acuerdo de elección de ley entre las partes: la ley «*de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio*»; en su defecto, la ley «*de la nacionalidad común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio*»⁴³; o en su defecto, la ley del Estado «*con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias*». Por su parte, la sucesión *mortis causa*, de acuerdo con el art. 21.1 R. 650/2012, se rige en defecto de *professio iuris* por la ley «*del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento*»⁴⁴. Junto a este criterio, el apartado 21.2 R. 650/2012 permite aplicar excepcionalmente a la sucesión, en función de las circunstancias del caso concreto, la ley con la cual «*el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho*».

Entre la pluralidad de criterios de conexión citados de ambos Reglamentos, no existe ninguna solución directa de coordinación, ni de la ley sucesoria a la matrimonial ni viceversa. Esto comporta una serie de desventajas si comparamos el régimen actual con el existente en nuestra legislación conflictual interna:

- a) *Imprevisibilidad en la concreción de los derechos sucesorios*. La ley aplicable a los derechos sucesorios del viudo, bajo el Reglamento 650/2012, se concreta en el momento del fallecimiento; mientras que la ley aplicable a los derechos matrimoniales del viudo se especifica en el momento de celebrarse el matrimonio o poco después de su celebración, y ello produce el riesgo de conflicto móvil⁴⁵. Este conflicto móvil podría resolverse, sin embargo, atendiendo a la regla de mutabilidad del art. 26.3 R. 2016/1103⁴⁶, que permitiría aplicar excepcionalmente la ley de la última residencia habitual de los cónyuges al régimen económico matrimonial, si

43. Este criterio no se aplica si ambos cónyuges tienen más de una nacionalidad común (art. 26.2 R. 2016/1103).

44. Para concretar la residencia habitual del causante, los Considerandos 23 y 24 R. 650/2012 ofrecen cierto apoyo interpretativo.

45. Vid. BONOMI, A., «The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13 (2011), p. 228. Se ha planteado la posibilidad de que el momento temporal de determinación de la ley aplicable a la sucesión sea el de presentación de la demanda sobre el régimen económico matrimonial, vid. QUINZÁ REDONDO, P. / GRAY, J., «La (des)coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia de divorcio y sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 534.

46. En mayor profundidad sobre la posibilidad de empleo del art. 26.3 R. 2016/1103, vid. DE GOURCY, R., *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, op. cit., pp. 180-188.

bien es una regla excepcional que está sometida a unos requisitos estrictos. Uno de ellos es haber residido en el Estado de la última residencia habitual durante un período de tiempo «considerablemente más largo» que en el Estado de primera residencia habitual. Otro requisito es, que se hayan basado en la ley de la última residencia habitual para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales (arts. 26.3, a y b R. 2016/1103). Otra posibilidad de unificación, esta vez en favor de la ley matrimonial, consistiría en aplicar la ley de los vínculos más estrechos del art. 21.2 R. 650/2012⁴⁷, si bien es una regla excepcional que requiere de una vinculación estrecha del causante con otro Estado, una vinculación que va más allá de la que pudiera derivarse de la residencia habitual, que de por sí se basa en el estrecho vínculo del causante con el Estado donde tiene su centro de vida e intereses.

- b) *Mayor posibilidad de planificación conflictual, pero igualmente, coordinación incierta.* El R. 650/2012 permite, al contrario que el art. 9.8 CC, elegir la ley aplicable a la sucesión, aunque sólo habilita la *professio iuris* en favor de la ley de la nacionalidad del causante (o de cualquiera de ellas, si tiene varias) al momento de otorgamiento o de fallecimiento (art. 22 R. 650/2012). El art. 22 R. 2016/1103, por su parte, habilita la elección de la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad, bien sea la común o bien la de cualquiera de los cónyuges, al momento de celebración del acuerdo; y dicha elección surtirá efectos sólo en el futuro, salvo acuerdo en contrario de las partes y sin que en ningún caso pueda el cambio retroactivo perjudicar derechos de terceros. Una combinación adecuada de las facultades para elegir la ley aplicable al régimen económico y a la sucesión podría permitir unificar la ley gobernadora del estatuto patrimonial del cónyuge viudo (en realidad, de toda la distribución *post mortem* del patrimonio familiar y sucesorio)⁴⁸. Sin embargo, hay que sortear diferencias entre los criterios de conexión desde el punto de vista temporal (el momento del otorgamiento de la *professio iuris* y el de celebración del acuerdo matrimonial pueden no coincidir), geográfico (nacionalidad frente a residencia habitual), personal (el causante frente a ambos cónyuges

47. Vid. BALLESTEROS BARROS, A. M., «Los derechos del cónyuge supérstite en las sucesiones internacionales: reflexiones sobre la calificación y la adaptación en Derecho internacional privado», en RAMOS PRIETO, J. / HORNERO MÉNDEZ, C. (Coord.) / MACARRO OSUNA, J. M. (ed.), *Derecho y Fiscalidad en las Sucesiones Mortis causa: una Perspectiva Multidisciplinar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 233-248; y nuestro comentario sobre esta vía en CALZADO LLAMAS, A. J., «El elemento de extranjería en la planificación sucesoria de las familias: un estudio de Derecho internacional privado sobre la coordinación de la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo o pareja supérstite en la UE», *Latin American Journal of European Studies*, v. 1, n.2, 2021, pp. 228-229.

48. Vid. BALLESTEROS BARROS, A. M., «Los derechos del cónyuge supérstite en las sucesiones internacionales: reflexiones sobre la calificación y la adaptación en Derecho internacional privado», *op. cit.*, p. 242; QUINZÁ REDONDO, P. / GRAY, J., «La (des)coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia de divorcio y sucesiones», *op. cit.*, pp. 537-539.

o cualquiera de ellos)⁴⁹; contando además con que el causante o los cónyuges pueden querer o no modificar la ley aplicable⁵⁰.

- c) *Unificación más dificultosa, tanto a nivel internacional como interregional*. A nivel internacional, las diferencias entre los criterios de conexión para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial y la ley sucesoria, reseñadas en los apartados anteriores, hace que la coincidencia de ambas leyes en un mismo ordenamiento pueda ser tan fácil como dificultosa. Cuantos más criterios de conexión coincidan en el caso concreto entre ambas normas de conflicto, más sencillo será alcanzar la unidad de la ley aplicable al estatuto patrimonial del cónyuge viudo. Además de ello, hay que tener en cuenta los posibles efectos disociadores derivados de la admisión del reenvío en el art. 34 R. 650/2012⁵¹, así como de la remisión a un sistema plurilegislativo⁵². Del mismo modo, esa dificultad se traslada al plano interregional, porque en aquellos casos en los que la ley sucesoria designada sea la española, la regla del art. 9.8 *in fine* CC podría no ser operativa. Piénsese en el caso en el que, ha de aplicarse nuestro ordenamiento para regir la sucesión mientras que el régimen económico matrimonial viene regulado por una ley extranjera: en tales casos, no se cumple el presupuesto de partida del art. 16.1 CC, que es la «coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional», pues en estos casos la coexistencia se produce entre una legislación foral y una legislación extranjera. Igualmente, si se diera el caso de que la ley aplicable tanto al régimen económico como a la sucesión fuera la española, el art. 9.8 CC no podría aplicarse si el causante es extranjero y no posee vecindad civil, y ello impediría también aplicar la norma especial del art. 9.8 *in fine* CC⁵³.

49. Vid. CALZADO LLAMAS, A. J., «El elemento de extranjería en la planificación sucesoria de las familias», *op. cit.*, pp. 230-236.

50. Vid. MORENO CORDERO, G., «La ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español», *op. cit.*, pp. 270-274, *Id.*, «La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge supérstite», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXI, 2021, pp. 255-258, quien remarca la importancia de que los cónyuges sean informados previamente de las consecuencias que comporta la elección de la ley, así como la conveniencia de ampliar el catálogo de la elección de la ley aplicable.

51. Si bien, en el caso de elección de la ley aplicable o de empleo de la cláusula de los vínculos más estrechos, no se admite (art. 34.2 R. 650/2012). En materia de regímenes económicos matrimoniales, el reenvío está excluido (art. 32 R. 2016/1103).

52. En profundidad sobre ambas materias, *vid.* MORENO CORDERO, G., «La ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español», *op. cit.*, pp. 276-290.

53. Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 356-360.

III. LA CONSECUENCIA JURÍDICA: EQUILIBRIO O DESEQUILIBRIO

En los casos en los que el R. 650/2012 y el R. 2016/1103 permitan unificar la ley aplicable, la consecuencia jurídica de ello será que un mismo ordenamiento, con su debido equilibrio establecido, ordenará todo el estatuto patrimonial del cónyuge viudo. Sería la solución que, a su modo, preveía el art. 9.8 *in fine* CC para unificar el estatuto patrimonial del supérstite en torno a una única ley, solo que mientras en España se conseguía de forma automática, en el marco normativo europeo requiere un esfuerzo de planificación.

Pero si ocurre lo contrario, pueden darse problemas de descoordinación. En primer lugar, respecto de aquellas instituciones que participan tanto del régimen económico matrimonial como del sucesorio, la aplicación de diferentes ordenamientos puede lastrar sus efectos jurídicos. Así ocurre con el régimen de participación en ganancias alemán, cuya regla de compensación, aunque es sucesoria, depende de que se observe dicho régimen económico matrimonial, con lo que, si la ley aplicable a este extremo no es la alemana, ese derecho se pierde. Igual al revés, si junto al régimen económico alemán de participación se aplica una ley extranjera a la sucesión (pongamos, la española), la equalización mediante el incremento de una cuarta parte se perdería, porque no se contempla en la ley sucesoria extranjera⁵⁴. Igualmente, en el caso de las ventajas matrimoniales, pertenecientes al régimen económico matrimonial, si la ley sucesoria fuera extranjera, perjudicaría a los hijos no comunes, porque no podrían accionar con arreglo al Derecho francés la reducción de dichas ventajas.

Asimismo, se pueden producir descompensaciones en caso de que se apliquen ordenamientos con diferentes grados de equilibrio entre los derechos matrimoniales y los sucesorios. Piénsese, por ejemplo, en el Derecho inglés, que no conoce la institución del régimen económico matrimonial pero sí protege sucesoriamente al cónyuge viudo en presencia de hijos y descendientes mediante la atribución de los bienes del ajuar doméstico (*personal chattels*), el pago de una suma fija muy cuantiosa y la atribución de la mitad de los derechos del *trust* sobre el remanente sucesorio (Section 46(1)(i) *Administration of Estates Act, 1925*)⁵⁵. Por contraste, el Derecho común español prestablece un sistema de gananciales y, por contrapartida, apenas atribuye un usufructo legitimario sobre un tercio de la herencia en presencia de hijos y descendientes (art. 834 CC). Si

54. No obstante, según ÁLVAREZ TORNÉ, M., «The Dissolution of the Matrimonial Property Regime and the Succession Rights of the Surviving Spouse» (2007). *Cornell Law Faculty Working Papers*. Paper 27, p. 9, en los casos en que la ley sucesoria es extranjera, la doctrina alemana parece admitir la aplicación de la regla de incremento de la cuarta parte. No así en el caso de que el régimen económico aplicable no sea el alemán de participación en las ganancias. Tal y como expresa HESSLER, I., «Alemania», en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., MARTÍNEZ NAVARRO, J. J. (dirs.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Segunda Edición, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 39-40, la aplicación del art. 9.8 *in fine* CC permitiría haber solventado este problema.

55. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/section/46> (Consultado el 30 de junio de 2025).

se combinan a la vez la ley matrimonial española y la ley sucesoria inglesa, el cónyuge viudo queda sobreprotegido; pero si ocurre al revés y el ordenamiento matrimonial es el inglés mientras que el español se establece para la sucesión, el cónyuge queda más desprotegido.

El legislador europeo, a la vista de la manifestación del problema en el caso *Mahnkopf* y de la experiencia española en aplicación de los arts. 9.8 *in fine* y 16.2 CC podría plantear una solución de remisión de la ley sucesoria en favor de la que fuera aplicable al régimen económico matrimonial, para conectar adecuadamente ambas cuestiones. Se puede plantear, como ya se ha hecho, la *optio iuris* en favor de la ley del régimen económico matrimonial⁵⁶, aunque sigue siendo una solución que queda a merced de la voluntad del causante para interesar esa coordinación. Sería más adecuada una solución automática del mismo modo en que hiciera para concentrar la competencia con arreglo al art. 4. R. 2016/1103 y se preveía en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor del R. 650/2012.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Artículo 9.8», en CAÑIZARES LASO, A. (dir.) *Comentarios al Código Civil, Tomo I (Arts. 1 a 267)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 481-486.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Artículo 16», en CAÑIZARES LASO, A. (dir.) *Comentarios al Código Civil, Tomo I (Arts. 1 a 267)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 584-588.
- ÁLVAREZ TORNÉ, M., «The Dissolution of the Matrimonial Property Regime and the Succession Rights of the Surviving Spouse», *Cornell Law Faculty Working Papers*. Paper 27, 2007, pp. 1-15, disponible en: https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=clsops_papers (Consultado el 30 de junio de 2025).
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

56. En el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos, se planteó esta cuestión, si bien fue rechazada por falta de armonización en aquel momento de las normas sobre régimen económico matrimonial. Tras la primera Propuesta de Reglamento, *vid.* respuestas al Libro Verde en Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, Public Consultation on transnational successions : https://web.archive.org/web/20171123041703/http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/050301_en.htm (Consultado el 30 de junio de 2025). Con posterioridad a la publicación definitiva y a su entrada en vigor, esta solución ha sido defendida igualmente por el Grupo de Trabajo sobre Derecho sucesorio internacional del Instituto Max Planck de Derecho Comparado e Internacional Privado, *vid.* MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, Bd. 74 (2010), pp. 612-613. Igualmente, *vid.* BONOMI, A., «The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions», *op. cit.*, p. 230.

- BALLESTEROS BARROS, A. M., «Los derechos del cónyuge supérstite en las sucesiones internacionales: reflexiones sobre la calificación y la adaptación en Derecho internacional privado», en RAMOS PRIETO, J. / HORNERO MÉNDEZ, C. (COORD.) / MACARRO OSUNA, J. M. (ed.), *Derecho y Fiscalidad en las Sucesiones Mortis causa: una Perspectiva Multidisciplinar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 233-248.
- BONOMI, A., «The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13 (2011), pp. 217-231.
- BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid, 1977.
- CALZADO LLAMAS, A. J., «El elemento de extranjería en la planificación sucesoria de las familias: un estudio de Derecho internacional privado sobre la coordinación de la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo o pareja supérstite en la UE», *Latin American Journal of European Studies*, v. 1, n.2, 2021, pp. 216-238.
- CHAVES RIVAS, A., «La posición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional: Evolución y situación actual», en VV. AA., *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. 2. Colegios Notariales de España, 2002, pp. 1809-1862.
- DE GOURCY, R., *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Defrénois, Paris, 2023.
- DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE LA COMISIÓN EUROPEA, Public Consultation on transnational successions : https://web.archive.org/web/20171123041703/http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/050301_en.htm (Consultado el 30 de junio de 2025).
- FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A., *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del reglamento (UE) n.º 650/2012*. 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- HESSLER, I., «Alemania», en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., MARTÍNEZ NAVARRO, J. J. (dirs.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Segunda Edición, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 21-43.
- KOHLER, C., «Application of the Succession Regulation by German Courts – Selected Issues», *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, Vol. 26, 2020, pp. 27-43.
- LAGARDE, P., «La qualification du Zugewinnausgleich entre BGH et CJUE », en VV. AA., *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières: mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Iprolex, 2018, pp. 1043-1056.
- LORENTE MARTÍNEZ, I., «Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado: La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril 2014», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, n.º 1, marzo 2015, pp. 256-268.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in mat-

- ters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, Bd. 74 (2010), pp. 522-720.
- MORENO CORDERO, G., «La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge supérstite», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXI, 2021, pp. 767-800.
- MORENO CORDERO, G., «La ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 257-296.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «Ley aplicable a la sucesión y ley reguladora de los efectos del matrimonio. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 abril 2014», *Revista de Derecho Patrimonial*, 35, Septiembre-Diciembre 2014, pp. 415-438.
- QUINZÁ REDONDO, P. / GRAY, J., «La (des)coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia de divorcio y sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 534.
- ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

JURISPRUDENCIA

1) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf* (ECLI:EU:C:2018:138).
STJUE de 15 de noviembre de 2022, C- 646/20, *Senatsverwaltung* (ECLI:EU:C:2022:879).

2) Tribunal Supremo

STS de 13 de junio de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:8091).
STS núm. 624/2013 de 18 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2126).
STS núm. 161/2016, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1160).
STS núm. 279/2023, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:1434).
STS núm. 1633/2024, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:6181).

3) Audiencias Provinciales

SAP Almería núm. 483/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:APAL:2022:1749).
SAP Baleares núm. 179/2014, de 11 de junio (ECLI:ES:APIB:2014:1256).
SAP Baleares núm. 336/2017, de 21 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2017:2141).

SAP Lleida núm. 553/2001, de 17 de diciembre (ECLI:ES:APL:2001:972).
SAP Málaga núm. 288/2011, de 22 de junio (ECLI:ES:APMA:2011:3706).
SAP Málaga núm. 20/2024, de 19 de enero (ECLI:ES:APMA:2024:1394).
SAP Palmas de Gran Canaria núm. 423/2019, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APGC:2019:1647).
SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 67/2020, de 6 de marzo (ECLI:ES:APTF:2020:324).
SAP Soria núm. 201/2007, de 3 de diciembre (ECLI:ES:APSO:2007:265).
SAP Valencia núm. 182/2017, de 3 de julio de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:5997).
SAP Zaragoza núm. 465/2000, de 10 de julio (ECLI:ES:APZ:2000:1975).
SAP Zaragoza núm. 466/2018, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APZ:2018:2639).
SAP Zaragoza núm. 298/2019, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APZ:2019:2704).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 11 de marzo de 2003 (BOE núm. 100, de 16 de abril de 2003).
RDGRN de 18 de junio de 2003 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2003).
RDGRN de 5 de febrero de 2005 (BOE núm. 82, de 6 de abril de 2005).

LA DESPROTECCIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN LAS PAREJAS DE HECHO¹

Luis Corpas Pastor

Universidad de Málaga

lcopas@uma.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Planteamiento. 2. objetivos 3. Metodología de investigación. II. DESIGUALDAD SUCESORIA DEL SUPÉRSTITE EN PAREJAS DE HECHO EN ESPAÑA. 1. Situación normativa y problemática actual en la regulación sucesoria de las parejas de hecho. 2. Desprotección y fragmentación territorial en la sucesión del causante en las parejas de hecho. III. LA LIBERTAD DE TESTAR COMO RESPUESTA. 1. Limitaciones legales y algunas propuestas de reforma. 2. Hacia una necesaria equiparación y seguridad jurídicas. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda una cuestión irresoluta, en nuestra opinión, dentro del ordenamiento jurídico español en el ámbito del derecho de sucesiones, como es la regulación de los derechos sucesorios del conviviente de hecho, esté la pareja inscrita o no, con la problemática que suscita una tutela sucesoria heterogénea e insuficiente que se le dispensa cuando el causante era su pareja; a la que oponemos la necesidad política de una amplia libertad de testar donde se manifieste sin cortapisas legales la «voluntad del testador» entendida como una posible solución a su desprotección. Decimos “política” porque se trata de «una decisión en favor de la libertad de testar y en contra de la legítima (que) no corresponde al intérprete, porque es una elección de política legislativa que en

1. El presente trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto SEJ-163-G-FEDER.

un Estado de derecho incumbe al poder legislativo» (MIQUEL GONZÁLEZ, *Revista J. Univ. Autónoma de Madrid*, 2016, 153)².

1. Planteamiento

A través de este trabajo, en primer lugar, se pone de manifiesto la inexistencia de un marco normativo estatal homogéneo que regule los derechos sucesorios del compañero *more uxorio*, lo que genera una dispersión legislativa con efectos dispares en la aplicación práctica; especialmente en lo que concierne a la seguridad jurídica y el principio de equidad para con el supérstite de una pareja de hecho. En segundo lugar, a falta de testamento, el miembro sobreviviente de una unión de hecho carece de derechos sucesorios con carácter general, a diferencia de la posición jurídica del cónyuge viudo; cuya vocación y delación hereditaria se encuentran expresamente contempladas y garantizadas en el Código Civil³ (en adelante, CC). Por otra parte, la fragmentación legislativa a nivel territorial, sumada a la estructura imperativa del sistema legitimario español, presenta a nuestro juicio obstáculos significativos para una protección adecuada del conviviente supérstite no matrimonial a través de disposiciones testamentarias; las cuales se encuentran limitadas por las legítimas (es decir, por «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» del 806 CC). Esta realidad normativa se agrava en un contexto social contemporáneo caracterizado por el notable incremento del número de uniones de hecho —muchas de ellas sin formalizar— y la pluralidad de formas de convivencia que han venido a configurar el concepto actual de «familia»⁴.

2. No puede olvidarse que el legislador se halla sometido también al artículo 14 CE. Adicionalmente, como principio, la igualdad orienta la actividad de los poderes públicos, incluido el legislativo. Por lo tanto, en nuestra opinión, la regulación de una deseable libertad de testar debería proyectarse con cierta identidad ante situaciones idénticas. De antiguo, doctrina consolidada entiende el fenómeno de la desregulación centralizada de las parejas de hecho como una deslealtad del Estado (GARCÍA RUBIO, *Estudios*, 2004, 58) al no regular la institución de la pareja de hecho a nivel estatal.

3. Esta situación solo se ve paliada en aquellas Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) que, haciendo uso de sus competencias legislativas, han previsto expresamente la protección del conviviente. Ciertamente, de manera no homogénea en todo el territorio nacional, como veremos más adelante.

4. La referencia europea toma nota de la diversidad familiar cuando pone el foco en las uniones *de facto*: la *Commission on European Family Law* presentó en 2024 una revisión de sus *Principles of European Family Law* y concretamente sobre sucesiones, el Principio 5:24 establece que el superviviente de una unión de hecho cualificada (es decir, aquella que abarca al menos 5 años de convivencia o en la que existe descendencia común) tiene derecho a la misma porción hereditaria que un cónyuge viudo en sucesión intestada, siempre que la unión de hecho hubiera perdurado hasta el fallecimiento. El Principio 5:25 reconoce al supérstite una protección económica básica a corto plazo para parejas convivencia mínima de dos años o con descendencia, incluso sin derechos sucesorios directos, exigiendo ciertos requisitos procesales y respetando los derechos sucesorios imperativos de terceros. *Cfr.* Commission on European Family Law. *Principles of European Family Law*, 2024, Disponible en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spanish-De-Facto.pdf>. Sin embar-

En virtud de este diagnóstico, procede un análisis de esta situación, examinando las consecuencias jurídicas derivadas de la desigualdad en el tratamiento sucesorio del supérstite que aborde asimismo las tensiones inherentes al marco competencial autonómico en esta materia.

2. Objetivos

Los objetivos que pretendemos alcanzar en este capítulo son en primer lugar, analizar de forma comparada los derechos sucesorios del cónyuge viudo y del conviviente supérstite en España, tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria. En segundo lugar, poner de manifiesto la heterogeneidad normativa existente entre el derecho común y los distintos derechos autonómicos, así como sus consecuencias jurídicas y sociales para el conviviente supérstite de una pareja de hecho en función de su lugar de residencia y con relación al cónyuge viudo. Por último, fundamentar la necesidad de una reforma legislativa que amplíe la libertad de testar y, específicamente, armonice la protección del supérstite «viudo» de una pareja de hecho, adaptando el marco sucesorio a la realidad social actual y a los principios constitucionales de igualdad, autonomía de la voluntad y protección familiar que despliega habitualmente el derecho civil.

3. Metodología de investigación

Para lograr estos objetivos, en este trabajo se ha utilizado el método jurídico tradicional de investigación que conjuga el estudio de las normas y su aplicación por parte de los operadores jurídicos con énfasis heurístico, es decir «con un elevado componente aplicado» dirigido no solo al estudio jurídico señalado, sino también como investigación útil, tanto con «impacto teórico» como «trascendencia social»; enfocada a fundamentar la redacción de una norma o sugerir nuevos procedimientos que den solución pragmática a los aspectos estudiados (CAIRÓS BARRETO, *La investigación*, 2020, 65-74).

II. DESIGUALDAD SUCESORIA DEL SUPÉRSTITE EN PAREJAS DE HECHO

Ciñéndonos a un plano estrictamente jurídico-técnico, el derecho sucesorio es la parte del derecho que probablemente, a lo largo de la Historia, presente «una mayor homogeneidad en sus contenidos y una mayor continuidad en sus soluciones y autonomía» (RUBIO GARRIDO, *Fundamentos*, 2022, 51). Esta virtud, cuya

go, estas reflexiones, como todas las de *soft law* son meras recomendaciones sin virtualidad imperativa alguna pero denotan un interés europeo en este asunto.

esencia reside en la regulación de las consecuencias jurídicas que produce indefectiblemente la muerte de una persona (LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, 1993, 10), puede ocasionar un problema a la hora de atender casos difíciles como la regulación de la sucesión en el caso de las parejas de hecho, ya sea testada como intestada. Así, a la muerte del causante, por lo general, el supérstite no goza de los mismos derechos sucesorios si estaba casado o no con la persona fallecida; lo que puede llegar a soluciones jurídicas injustas.

En primer lugar, conviene aclarar que la igualdad formal, recogida en el artículo 14 CE, exige un trato uniforme de los ciudadanos y prohíbe discriminaciones por causas expresamente previstas, permitiendo solo diferenciaciones objetivamente justificadas y razonables entre situaciones desiguales⁵. Por lo tanto, cuando hablamos de desigualdad sucesoria hay que entender que partimos de la base (probablemente discutible) de que el matrimonio y pareja de hecho son dos situaciones jurídicas distintas que el derecho de familia observa de forma diferente y con efectos sucesorios indudablemente distintos⁶. De esta manera, se justifica su tratamiento marcadamente diferenciado dentro del derecho común, e incluso en el derecho territorial autonómico, en una multiplicidad de ámbitos, no solo el sucesorio. La complejidad es aún mayor cuando se observa el fenómeno de la unión *more uxorio* no registrada, una forma de familia aceptada junto con otros fenómenos regidos por afectividad y solidaridad interindividual basados en la convivencia más o menos estable; dada la realidad social de nuestro país⁷.

5. Sobre este tema, recientemente, *vid.* CORPAS PASTOR, *Cartografías...*, 2025, 19-49. Efectivamente, la regulación de las parejas de hecho en España se caracteriza por la coexistencia de normas estatales y autonómicas, con un papel preponderante territorial de estas últimas debido a la ausencia de una legislación nacional específica que unifique los criterios de reconocimiento y protección. Circunstancia que «no impide que la jurisprudencia extraiga importantes consecuencias económicas en los casos de cese de las uniones de hecho» (DE VERDA Y BEAMONTE, *Revista chilena de derecho privado*, 2003, 149). Desde una perspectiva técnico-jurídica, el autor sostiene con rotundidad que la equiparación normativa entre las uniones de hecho y el matrimonio en ciertos sectores del ordenamiento representa una posibilidad de configuración legal legítima, cuya adopción puede encontrar respaldo en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad «siempre, claro está, que no se imponga imperativamente a los integrantes de la unión de hecho». Sin embargo, en opinión del autor no puede sostenerse que dicha parificación constituya una exigencia derivada del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación consagrado en el artículo 14 CE, de modo que anclar su fundamento jurídico en este precepto resulta impropio desde el punto de vista dogmático (DE VERDA Y BEAMONTE, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 16).

6. Según cierta doctrina, sin embargo, el matrimonio debe considerarse como un derecho y no como un deber ni una obligación. La atribución de una especial protección del matrimonio que el artículo 32 CE realiza al Estado no puede exigirse «a la pareja de hecho porque precisamente no puede ser matrimonio»; lo que «justifica un trato diferenciado del matrimonio y de la pareja de hecho que es perfectamente compatible con el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE» (MARTÍN CASALS, *Anuario*, 1995, 1714). La dificultad de aceptar este planteamiento reside, en nuestra opinión, en los efectos iguales de ambas situaciones en lo relativo a los (iguales) derechos de los hijos, aunque no, sin embargo, de los integrantes de la pareja. Hay que partir de que la convivencia de pareja no supone *ex lege* la producción de efectos jurídicos entre sus miembros (PARRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad...*, 2012, 307), como sostenía hace años la autora.

7. Doctrina muy consolidada sostiene de antiguo que la realidad social es compleja en España en cuanto a las familias se refiere, dando cabida a una pluralidad de formas propiciada

Sin embargo, en toda sucesión existe una identidad irrefutable y es que cuando ocurre la muerte civil de un integrante de la pareja, se da un hecho jurídico esencialmente igual, pues, fuera de los casos de declaración de fallecimiento, todo el mundo se muere una vez en la vida, pero los efectos —morales, patrimoniales o fiscales— de la muerte son diferentes para su pareja si esta estaba casada o no con la persona fallecida.

Como proyecto de orden social, el derecho tiene la realidad social muy presente en la aplicación de las normas, según lo previsto en el artículo 3.1 CC⁸. Por otra parte, el Capítulo V de su Título Preliminar reconoce la coexistencia de regímenes jurídicos civiles en nuestro país, al tiempo que lo declara «derecho supletorio» en defecto de lo que prevean tales «derechos especiales o forales» (13.2 CC) y, precisamente, la vecindad civil es la que determina la «sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral», como reza el tenor literal del artículo 14 CC.

Es en este punto en el que debemos distinguir una problemática en la regulación sucesoria de las parejas de hecho: que en pocos lugares de España se encuentra equiparada a la sucesión del causante tras la disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges. Por el contrario, generalmente, el tratamiento sucesorio resulta desigual para el supérstite ante una disolución de la pareja de hecho por fallecimiento de uno de sus integrantes, inscritas como no inscritas, o cuando estas fueran vecinas de uno u otro lugar; dando lugar a soluciones injustas de desprotección potencial del supérstite.

1. Situación normativa y problemática actual en la regulación sucesoria de las parejas de hecho

Efectivamente, desde la perspectiva de la realidad social actual de las parejas de hecho en España, la falta de un marco normativo estatal unificado da origen a desigualdades en materia sucesoria y a una auténtica desprotección jurídica del supérstite (no solo sucesoria, sino en cuanto a otros aspectos económicos, fiscales de protección social, etc.), que pasa a ser absoluta con relación a la sucesión

fundamentalmente por la libertad en la autodeterminación de la persona. Por lo tanto, las uniones de hecho, «en todo aquello que cumplan una función análoga a la del matrimonio deben encontrar una respuesta jurídica similar a la dada para éste, lo que sin duda conlleva la progresiva ‘institucionalización’ de la relación de hecho» (GARCÍA RUBIO, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, 135-137).

8. La inadaptación del Código Civil a la realidad social fundamenta las propuestas de reforma de las legítimas, principalmente mediante su reducción cuantitativa (como, por ejemplo, la minoración a la mitad de la cuota actual) y la instauración de una legítima colectiva que amplíe la libertad de testar. Estas medidas como las que impulsa el borrador de la APDC que distingue cuota de mejora persiguen adaptar el sistema «con el ánimo de adaptar nuestro Derecho Civil a los tiempos en los que sus normas han de ser aplicadas» al creciente clamor doctrinal, aunque la supresión total de la legítima pueda considerarse inconstitucional por vulnerar la protección familiar. (Cfr. BADENAS BOLDÓ, *Revista Jurídica Valenciana*, 2021, 110-111). En contra de esta última afirmación, ROCA TRIÁS, *AFDUAM*, 2020, 44, como expondremos más adelante.

intestada de las parejas de hecho en la mayoría del Estado⁹. No se trata de un fenómeno menor, pues la distribución de parejas según su estado civil arroja un porcentaje de aproximadamente del 20%, frente a un 80% de matrimonios, según las estadísticas actuales¹⁰.

A diferencia de los matrimonios, donde el cónyuge viudo goza de una protección jurídica reforzada en el ámbito sucesorio, en virtud de su condición de heredero forzoso, cuyo alcance y contenido se encuentra estrictamente delimitado por el CC, garantizando así un equilibrio entre sus derechos frente a la voluntad dispositiva del causante y las eventuales pretensiones de los restantes herederos; la situación es radicalmente distinta en relación con las parejas de hecho. Así, mientras el régimen jurídico de los derechos sucesorios en el matrimonio —huelga decir que tanto para parejas heterosexuales como homosexuales—, se encuentra minuciosamente regulado en el CC, otorgando al cónyuge viudo la condición de heredero forzoso, conforme al artículo 807 CC (posición privilegia-

9. En el contexto del Derecho sucesorio español, el conviviente supérstite en uniones de hecho no formalizadas jurídicamente carece de protección legal autónoma, equiparándose su posición a la de cualquier sujeto *sin nexo jurídico* con el causante. A diferencia del cónyuge viudo, no ostenta derechos sucesorios *ab intestato* salvo designación expresa en testamento. Esta circunstancia confiere a la planificación testamentaria un carácter decisivo cuando el testador pretende atribuir bienes al conviviente. Así, ante la existencia de herederos forzosos (descendientes o, en su defecto, ascendientes) se restringe la capacidad dispositiva del testador al tercio de libre disposición. Dentro de este marco, puede utilizarse la *Cautela Socini* —aquella que atribuye al conviviente el usufructo universal de la herencia, otorgando a los legitimarios del causante la opción de aceptar dicho gravamen o percibir exclusivamente su legítima estricta—, pero también la institución de legados concretos al supérstite, mediante la asignación de bienes específicos dentro del tercio de libre disposición (*vid.* ECHEVARRÍA DE RADA, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, 2587-2593. Sin embargo, cuando el causante carece de herederos forzosos, goza de plena libertad para instituir heredero al conviviente. No obstante, resulta prudente establecer sustituciones sucesorias que eviten la *successio ab intestato* potencial en favor de otros familiares del beneficiario. Finalmente, la ausencia de homogeneización normativa en las CCAA y la disparidad de regímenes jurídicos dificulta la plena eficacia de la voluntad del testador, particularmente ante contingencias como la ruptura de la convivencia.

10. En 2023 se autorizaron en España 36.307 acuerdos de constitución de uniones de hecho ante notario, cifra que no solo comporta un incremento interanual del 27,7 % respecto al año anterior, sino que supone, además, un aumento acumulado del 2.172 % respecto a los datos de 2007, consolidando una tendencia ascendente sostenida en la formalización notarial de estas relaciones. Este número supera con amplitud al de matrimonios celebrados ante notario en ese mismo año (22.632), lo que permite afirmar que, por cada matrimonio formalizado en sede notarial, se constituyeron más de 1,6 uniones de hecho. Tal circunstancia pone de manifiesto la creciente preferencia de las parejas por fórmulas extramatrimoniales de convivencia, en las que el papel del notario se limita a la autorización del correspondiente negocio jurídico de carácter personal y patrimonial, sin incidir en su eventual inscripción registral. Destaca, a este respecto, la particular concentración geográfica de estos actos en la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde se autorizaron el 82,7 % de los acuerdos registrados a nivel estatal, lo que evidencia una consolidada práctica notarial en dicha demarcación. Por contraste, las rupturas formalizadas de uniones de hecho constituyeron tan solo el 3,7 % del total de uniones constituidas, mientras que los divorcios y separaciones autorizados ante notario ascendieron a 12.490, número sensiblemente inferior al de los matrimonios celebrados, lo que parece reflejar, al menos desde una perspectiva cuantitativa, una mayor estabilidad relativa de las uniones de hecho frente a las disoluciones matrimoniales formalizadas por vía notarial. (CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Los notarios...*, CIEN, Madrid 2024.

da en la que el cónyuge supérstite ostenta un derecho reforzado a su legítima, siempre que no se halle separado legalmente o de hecho, ni haya sido declarado indigno o desheredado por causa legalmente justificada, a tenor de los arts. 756, 852 y 855 CC), el supérstite de una pareja de hecho carece de dicha protección.

Como es sabido, el derecho del cónyuge viudo se traduce, no en la adquisición automática de la propiedad de bienes hereditarios, sino en el usufructo de una parte variable del caudal hereditario, cuyo *quantum* depende de los familiares con quienes concurra a la sucesión. Así, si concurren descendientes, el viudo tiene derecho al usufructo del tercio de mejora. En ausencia de estos, si concurren ascendientes, tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia; y si no existen ni descendientes ni ascendientes, al usufructo de dos tercios del caudal hereditario. La titularidad de la nuda propiedad de los bienes recae en los demás herederos forzosos, quienes no pueden privar al cónyuge viudo de su legítima salvo en los supuestos expresamente previstos en la ley. Como hemos afirmado, el acceso a estos derechos está condicionado a la inexistencia de separación legal o de hecho, salvo reconciliación debidamente comunicada al órgano competente, y a la ausencia de causas de indignidad o desheredación conforme a los artículos 756, 852 y 855 CC.

Cabe señalar que, en caso de concurrir únicamente con hijos del causante, el cónyuge viudo podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho mediante la adjudicación de un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, a elección de los hijos, salvo que el testador haya prohibido expresamente la conmutación en su testamento (ALVENTOSA DEL RÍO; COBAS COBIELLA, *Derecho de Sucesiones*, 2017, 679). El *quantum* de la legítima usufructuaria del cónyuge viudo es, por tanto, variable y se determina en función de los legitimarios con quienes concurra a la herencia, conforme a los artículos 834, 837 y 838 CC¹¹. Esta variabilidad parece obedecer al principio de protección de la familia y de equili-

11. El *quantum* de la legítima usufructuaria atribuida al cónyuge viudo presenta un carácter variable, determinado por la concurrencia de otros legitimarios en la sucesión, conforme a los artículos 834, 837 y 838 CC mencionados. Así, si el cónyuge supérstite concurre a la herencia con descendientes del causante, su derecho se limita al usufructo del tercio de mejora; si concurre únicamente con ascendientes, el usufructo se extiende a la mitad de la herencia; y, en ausencia tanto de descendientes como de ascendientes, el usufructo abarca dos tercios del caudal hereditario. Esta variabilidad obedece a la necesidad de armonizar la protección del cónyuge viudo con los derechos de los demás herederos forzosos, garantizando un equilibrio ideal entre los intereses familiares y la salvaguarda del patrimonio hereditario; tal y como lo prevé el Código en la protección que establece del cónyuge viudo. La clave, bajo nuestro punto de vista, radica en el concepto de familia actual, pues por ejemplo, los hijos son hijos —estén sus padres casados o no— y cuando fallece un progenitor, debería quedar igualmente protegida la familia; empezando por el propio progenitor supérstite: aunque tradicionalmente el fundamento de la legítima parecía residir en la improductividad de la viuda o en la «amplia injusticia» de la no incorporación de la mujer al mercado de trabajo (y por ello debía corresponderle su legítima), como expone RUBIO GARRIDO (2022, 681-682), doctrina consolidada apunta, como veremos, a la solidaridad familiar con base en la convivencia como dicho fundamento (VAQUER ALOY, Antoni, *InDret*, 2017, 17) y tan convivientes pueden ser los matrimonios como las uniones de hecho; las cuales por definición constituyen una comunidad de vida estable cada una de ellas.

brio entre los distintos herederos forzosos, evitando que el cónyuge viudo quede desamparado tras el fallecimiento del causante. Adicionalmente, se establece que este usufructo vitalicio es susceptible de conmutación, conforme a los artículos 839 y 840 CC (ALVENTOSA DEL RÍO; COBAS COBIELLA, *Derecho de Sucesiones*, 2017, 678-679). Así, los demás herederos pueden satisfacer el derecho del cónyuge viudo mediante la entrega de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, de mutuo acuerdo o, en su defecto, por mandato judicial. Esta es la razón de que afirmemos que se trata de un heredero forzoso reforzado, es decir, sin obligación de colacionar: «una cosa es “cambiarle” al viudo su derecho de usufructo por otras cosas, y otra bien distinta es negárselo por considerarse que ya tiene recibida su legítima, o incluso más, toda o parte de su participación en la herencia si esta era mayor (fue instituido heredero o legatario por el esposo premuerto), al haber recibido una donación en vida de su difunto consorte» (RODRÍGUEZ MARTÍN, *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, 2024, 478). Esta facultad de conmutación trata de evitar los inconvenientes derivados de la división del dominio entre nuda propiedad y usufructo, facilitando la administración y disposición de los bienes hereditarios.

Es importante destacar que este régimen se aplica en exclusiva a la sucesión en los matrimonios legalmente constituidos y con las circunstancias ya comentadas, quedando las parejas de hecho excluidas en materia de sucesión dentro del ámbito de aplicación del CC; salvo que la normativa autonómica disponga lo contrario. Así, como veremos a continuación, mientras que en algunas CCAA rige la normativa estatal —que no reconoce derechos legitimarios al conviviente supérstite de una pareja de hecho—, en ciertas CCAA como Cataluña, Baleares, País Vasco y Navarra, entre otras, se han equiparado los derechos sucesorios de las parejas de hecho a los de los matrimonios¹².

12. Doctrina consolidada ha puesto de relieve, con especial rigor, la complejidad que reviste el tratamiento jurídico de las uniones de hecho en el ordenamiento español contemporáneo. Tal complejidad se traduce, en la práctica, en una pluralidad de regímenes jurídicos autonómicos que, si bien responden a las competencias en materia de Derecho civil foral o especial reconocidas en el artículo 149.1.8.^a CE, han derivado en un panorama normativo marcadamente heterogéneo. Comunidades autónomas como Cataluña, Aragón, Navarra, Illes Balears, Comunidad de Madrid, Principado de Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura, País Vasco, Cantabria, Galicia, Comunidad Valenciana y Región de Murcia han aprobado cuerpos normativos específicos dirigidos a regular las uniones no matrimoniales, consolidando marcos jurídicos autónomos, pero difícilmente compatibles entre sí. Esta realidad normativa, según se señala, no solo supone una dispersión legislativa de consecuencias prácticas problemáticas, sino que compromete seriamente los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del Derecho. La fragmentación legislativa se ve intensificada cuando algunas normas autonómicas pretenden regular aspectos que exceden su ámbito competencial, al establecer criterios de resolución de conflictos de leyes entre ciudadanos con distinta vecindad civil, usurpando así competencias que el bloque de la constitucionalidad reserva de forma exclusiva al legislador estatal. Este fenómeno, según advierte el autor, entra en abierta contradicción con la reserva competencial contenida en el citado artículo 149.1.8.^a CE (lo cual ha sido objeto de atención para el Tribunal Constitucional pronunciándose sobre diversas disposiciones autonómicas que, por imponer consecuencias jurídicas a la mera convivencia sin atender a la voluntad de los convivientes, o por invadir competencias estatales, han sido objeto de declaración de inconstitucionalidad. La

2. Desprotección y fragmentación territorial en la sucesión del causante en las parejas de hecho

La situación actual de las parejas de hecho en España implica que, ante el fallecimiento de uno de sus miembros, en ausencia de vínculo matrimonial, el conviviente supérstite carece de la condición de heredero forzoso porque, conforme al mencionado artículo 807 CC, se reserva dicha cualidad exclusivamente al cónyuge viudo¹³.

En la sucesión *ab intestato*, esta situación genera un riesgo evidente de desprotección patrimonial para el superviviente de una pareja de hecho, al primar los derechos de los legitimarios —descendientes, ascendientes o, en su defecto, colaterales— sobre cualquier pretensión del conviviente, salvo que medie normativa autonómica específica. Por otro lado, en el ámbito de la sucesión testada en las parejas de hecho no existe otra posibilidad de dejar únicamente el tercio de libre disposición al supérstite, por lo que la libertad dispositiva del causante se ve constreñida por las legítimas reservadas a los herederos forzosos (arts. 806-807 CC); limitando así la porción del patrimonio que puede atribuirse a la pareja de hecho.

Sin embargo, hay que recordar la divergencia normativa sustancial que existe en el ordenamiento jurídico español en materia de derechos sucesorios de las parejas de hecho en determinadas CCAA. En efecto, Cataluña, País Vasco y Navarra, por ejemplo, han establecido mediante legislación propia una equiparación jurídica integral entre las uniones estables no matrimoniales y el matrimonio. En estos territorios, el conviviente supérstite ostenta derechos legitimarios análogos a los del cónyuge viudo, incluyendo expresamente el usufructo sucesorio y su eventual conmutación. Frente a este modelo, la normativa estatal de carácter general no reconoce derecho hereditario alguno *ab intestato* al superviviente en parejas de hecho. La única vía excepcional de protección patrimonial requiere acreditar documental o testimonialmente la existencia de una sociedad civil o comunidad de bienes, o pactos patrimoniales conforme a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo en aplicación de la doctrina del enriquecimiento

doctrina del TC pone de manifiesto los límites del legislador autonómico cuando se trata de afectar a derechos y deberes de contenido civil en contextos en los que no resulta acreditada una competencia propia. Por lo que la proliferación de legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho no ha servido para resolver los problemas derivados de su reconocimiento y tratamiento jurídico, sino que ha generado una situación de incertidumbre normativa que compromete la coherencia del sistema. Así las cosas, buena parte de la doctrina viene reclamando una intervención armonizadora del legislador estatal que, respetando las competencias autonómicas legítimas, garantice una base común que permita articular un régimen jurídico homogéneo y previsible en el conjunto del territorio nacional, en aras de la igualdad en la aplicación del Derecho y de la protección de situaciones de convivencia estables al margen del matrimonio (DE VERDA Y BEAMONTE, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 19).

13. Hay que aclarar que el cónyuge viudo no tiene el mismo estatus jurídico de heredero, salvo que «haya sido instituido como tal por el causante en el testamento», pero la jurisprudencia le reconoce su capacidad de promoción de la partición hereditaria, la cual debe consentir y, aunque no responde de las deudas de la herencia, está obligado a participar en los gastos comunes de aquella (ALVENTOSA DEL RÍO; COBAS COBIELLA, *Derecho de Sucesiones*, 2017, 675 y ss.).

injusto (DE VERDA, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 47-48)¹⁴. Esta dualidad regulatoria entre los sistemas autonómicos y el régimen común sugiere la necesidad imperativa para estas parejas de hecho de establecer estrategias de planificación testamentaria, ya que solo mediante disposiciones *mortis causa* puede garantizarse la protección jurídica efectiva del conviviente supérstite, salvaguardando así sus derechos ante las insuficiencias del marco legal general.

Sin embargo, como hemos avanzado, la configuración jurídica de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en las parejas de hecho presenta en España una notable heterogeneidad territorial, consecuencia directa de la ausencia de un marco normativo estatal unificado y de la diversa regulación autonómica existente. Esta disparidad normativa puede generar situaciones de desprotección jurídica e inequidades territoriales que comprometen la seguridad jurídica y vulneran el principio de igualdad: al producirse el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho, la ausencia de vínculo matrimonial determina, insistimos, que el supérstite no sea reconocido como heredero forzoso conforme al régimen general del CC. Por otra parte, todavía puede ser más injusto para el supérstite en la sucesión *ab intestato*, porque esta circunstancia puede ocasionar la total desprotección del conviviente superviviente frente a los herederos legítimos —cuando haya descendientes, ascendientes o colaterales—, mientras que, en la sucesión testada, como hemos afirmado, las legítimas pueden limitar significativamente la porción del patrimonio que el causante puede asignar libremente a su pareja. Así, en el ámbito catalán, la derogada Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja¹⁵ establecía el «derecho a residir en la vivienda común, con la facultad de tomar posesión de la misma y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto» durante el año siguiente al fallecimiento de uno de los convivientes (art. 18.2). Más tarde, el Código Civil de Cataluña¹⁶ (en adelante CCCat) estableció un sistema de equiparación plena entre el conviviente supérstite y el cónyuge viudo. El artículo 442-3 CCCat reconoce al conviviente en

14. Cfr. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 1004-1041. La autora señala que, aunque las sentencias del Tribunal Supremo que cita (entre otras, SSTs 17.6.2003, RJ 4605; 6.5.2011, RJ 3843) muestran un análisis riguroso, la utilización de la doctrina del enriquecimiento injustificado como criterio para resolver estos conflictos se convierte en una herramienta flexible y poco uniforme que genera inseguridad jurídica. Esta aplicación casuística impide establecer patrones claros y predecibles, lo que ha motivado el rechazo de dicha doctrina por parte de la doctrina científica. Asimismo, se observa una disminución en la litigiosidad que podría reflejar la insatisfacción de los particulares ante la falta de criterios claros. En este contexto, se propone una reforma del CC que permita extender a las parejas de hecho ciertas normas de disolución propias del matrimonio, siguiendo ejemplos legislativos autonómicos, con el fin de reducir la incertidumbre jurídica. Mientras no se produzca dicha reforma, la autora sostiene, con nosotros, que la vía más adecuada para resolver estos conflictos es la celebración de pactos entre los convivientes.

15. Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (BOE núm. 198, de 19 de agosto).

16. Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (BOE núm. 190, de 7 de agosto; modificado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. DOGC núm. 5686, de 5 de agosto).

pareja estable superviviente el derecho al usufructo universal de la herencia cuando concorra con hijos del causante o descendientes, con la posibilidad de ejercer la opción de conmutación prevista en el artículo 442-5 CCCat. Asimismo, el artículo 442-4 CCCat extiende el usufructo universal a las legítimas, aunque no a los legados ordenados en codicilo ni a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio. La normativa catalana establece como requisitos para la constitución de la pareja de hecho la convivencia durante más de dos años ininterrumpidos, la existencia de un hijo común durante la convivencia, o la formalización en escritura pública. La Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables en Navarra¹⁷ pretendía eliminar distinciones entre matrimonio y uniones estables en la sucesión intestada; precisamente sobre la base de la igualdad material y formal (arts. 9.2. y 14 CE) y concretamente, la protección constitucional de la familia que establece el art. 39 CE. Sin embargo, gran parte de dicha legislación ha sido derogada, en muchos aspectos declarada inconstitucional (arts. 2 a 7, 9, 11 y 12.1 por la STC 93/13, de 20 abril); quedando vigentes algunas equiparaciones de índole fiscal principalmente. Por su parte, el País Vasco ha desarrollado un marco normativo más avanzado mediante la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho¹⁸, modificada por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco¹⁹. El artículo 9 de la Ley 2/2003 establece expresamente que, a los efectos de la derogada Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco²⁰, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas. Esta equiparación se materializa en diversos derechos: la posibilidad de pactar que a la muerte de uno de ellos el otro pueda conservar en usufructo la totalidad de los bienes comunes (art. 9.1), la facultad de disponer conjuntamente de sus bienes mediante testamento mancomunado o de hermandad (art. 9.2), y el derecho a nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio (art. 9.3). En Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia²¹, contempla en su disposición adicional tercera la equiparación al matrimonio de las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, extendiendo a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que la ley reconoce a los cónyuges. Esta equiparación abarca el régimen del usufructo del cónyuge viudo regulado en los artículos 228 a 230, permitiendo a los convivientes pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia. Las Islas Baleares, mediante la Ley 18/2001, de 19 de diciembre²², de Parejas

17. Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE. núm. 214, de 6 de septiembre).

18. Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 284, de 25 de noviembre).

19. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE núm. 176, de 24 de julio).

20. Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (BOE núm. 39, de 15 de febrero. Derogada por la mencionada Ley 5/2015, de 25 de junio).

21. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (BOE núm. 191, de 11 de agosto).

22. Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (BOE núm. 14, de 16 de junio de 2002).

Estables, han establecido en su artículo 13 que, tanto en los supuestos de sucesión testada como intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear²³ prevé al cónyuge viudo (artículos 231-30 y 231-31). Esta equiparación comprende el derecho al ajuar doméstico, incluyendo ropa, muebles y utensilios, así como el derecho de subrogación en los contratos de arrendamiento.

En contraste con el régimen de equiparación plena existente en ciertas CCAA, en otras, como Andalucía o Aragón, por ejemplo, se ha optado por reconocer únicamente derechos limitados al supérstite de la pareja de hecho. Concretamente, Aragón, a través del artículo 311 del Código de Derecho Foral de Aragón²⁴, establece que, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. Adicionalmente, el superviviente puede residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyan (art. 311.2). Por su parte, La Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho²⁵, reconoce en su artículo 13 únicamente el derecho del superviviente a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año en caso de ausencia de pacto y fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

Por lo tanto, fuera de los anteriores casos, opera el régimen general, por lo que el conviviente supérstite carece de derecho sucesorio alguno en la sucesión intestada y, en la testada, únicamente podría disponer el causante un tercio de su herencia en favor del supérstite, constreñido por las legítimas... En cualquier caso, en ausencia de pactos patrimoniales de la pareja de hecho, la desprotección del supérstite puede ser de gran calado²⁶.

III. LA LIBERTAD DE TESTAR COMO RESPUESTA

Como hemos avanzado, el fundamento sociológico de la legítima del cónyuge viudo, tradicionalmente basado en la protección de la improductividad económica del superviviente —especialmente relevante en contextos históricos de no

23. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares (BOIB núm. 120, de 2 de octubre).

24. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, de 29 de marzo).

25. Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (BOJA núm. 153, de 28 de diciembre).

26. Lo ampara el artículo 1255 CC, pero, insistimos, con los límites impuestos por las legítimas... Además, en el ámbito del derecho civil común, lo habitual es que los convivientes no formalicen de manera expresa acuerdos o pactos que regulen su convivencia (DE VERDA Y BEAMONTE, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 24); por lo que la desprotección del conviviente supérstite no casado es de calado.

incorporación de la mujer al mercado laboral— ha ido evolucionando para centrarlo actualmente casi de forma unánime en la solidaridad familiar (VAQUER ALOY, *Indret*, 2017, 2) derivada de la convivencia. Por ello, en nuestra opinión, resulta igualmente aplicable a las parejas de hecho que constituyen comunidades de vida estables. Sin embargo, la persistente ausencia de un marco normativo estatal unificado genera una situación de inequidad territorial y desprotección para el miembro supérstite; particularmente grave en el caso de parejas no inscritas en registros oficiales.

La problemática actual se articula en torno a tres ejes fundamentales: la falta de un marco normativo unificado que genera incertidumbre y vulnerabilidad en materia sucesoria para las parejas de hecho en España; las desigualdades territoriales derivadas de las diferencias entre CCAA que pueden resultar incompatibles con los principios del Estado de derecho moderno; y las limitaciones en la libertad de testar —esta última, principio fundamental del derecho de sucesiones en opinión de la doctrina, (por todos VAQUER ALOY, *Indret*, 2015, 4)—, que impiden una adecuada planificación patrimonial para la protección del conviviente supérstite. Esta situación evidencia la urgente necesidad de una reforma legislativa integral del sistema sucesorio español que garantice la igualdad de derechos y la protección patrimonial del supérstite en todos los casos, mediante, por ejemplo, la flexibilización de las restricciones a la libertad de testar y el reconocimiento de una mayor autonomía de la voluntad en la planificación patrimonial *post mortem*.

1. Limitaciones legales y propuestas de reforma

El régimen jurídico sucesorio español evidencia una clara insuficiencia en la protección del conviviente supérstite de las parejas de hecho, derivada de la ausencia de un marco normativo estatal homogéneo que regule de manera equitativa sus derechos sucesorios. Como hemos visto, el art. 807 CC reserva la condición de heredero forzoso exclusivamente al cónyuge viudo, excluyendo al conviviente no matrimonial, quien, salvo previsión testamentaria, carece de derechos sucesorios en la sucesión intestada. Esta exclusión se traduce en una desprotección patrimonial absoluta en la mayoría del territorio nacional, quedando subordinada la posición del conviviente supérstite a la existencia de descendientes, ascendientes o colaterales del causante, quienes ostentan derechos sucesorios preferentes o excluyentes.

Para el Tribunal Supremo, «el principio de libertad de testar inspira nuestra legislación, aunque se reconoce que no es una libertad absoluta ya que debe someterse a las limitaciones establecidas por la ley» (BADENAS BOLDÓ, *Revista Jurídica Valenciana*, 2021, 77)²⁷. Ante este panorama, la doctrina y parte de la jurisprudencia abogan por una reforma legislativa que amplíe la libertad de testar y reconozca al conviviente supérstite derechos sucesorios al menos análogos a

27. Con cita de diversas SSTs («STS 1ª, 6.4.1954 (RJ 1551); STS 1ª, 21.10.1991 (RJ 7228); STS 1ª, 9.5.1990 (RJ 3696); STS 1º, 27.9.2000 (RJ 7532)»).

los del cónyuge viudo, en lo que respecta al usufructo de la vivienda habitual o a la atribución de una legítima mínima²⁸.

Pero se puede ir más allá (ROCA TRÍAS, *AFDUAM*, 2020, 44), pues «la legítima no se encuentra protegida constitucionalmente. Creo que sería constitucional eliminarla, como lo son las legislaciones vigentes que la han suprimido»²⁹. Efectivamente, la libertad de testar, que opera libremente cuando el causante carece de herederos forzosos, pues ostenta plena libertad para instituir heredero al conviviente, se encuentra restringida por el sistema legitimario imperativo, limitando la porción del caudal hereditario que puede atribuirse libremente a la pareja de hecho, lo que dificulta la planificación sucesoria orientada a la protección del supérstite en el caso de que existan legitimarios. Esta restricción imperativa del sistema legitimario no solo opera en sentido negativo hacia la autonomía de la libertad del futuro causante, sino que puede observarse en sentido positivo puesto que los legitimarios cuentan con ciertas acciones en defensa de la legítima³⁰, tanto en el régimen general, como en ciertos ordenamientos autonómicos o forales «aragonés (arts. 494 a 496 CDFA), gallego (arts. 251 y 252 LDCG) y catalán (arts. 451-22 a 451-24 CCCat.). En cambio, Baleares y País Vasco carecen de normas propias» para la protección cuantitativa de la legítima (GALICIA AIZPURUA, *Cuadernos de Derecho Privado*, 46-48). Por otra parte, en algunas de estas CCAA, como Cataluña, País Vasco, Galicia y Baleares, se ha equiparado los derechos

28. Para algunos autores, la libertad individual debería extenderse a la facultad de disponer del propio patrimonio tras el fallecimiento, sin afectar el de terceros. La libertad de testar no necesariamente perjudica a la familia, ya que esta se transforma incluso bajo el sistema legitimario vigente en España. Sin embargo, la propuesta de eliminar o modificar el régimen de legítimas es vista por parte de la doctrina como una amenaza al núcleo esencial del sistema sucesorio, motivo por el cual no goza de amplio respaldo. Por otro lado, existe el temor de que la supresión de las legítimas para los descendientes implique una menor protección para estos, aunque también se plantea la posibilidad de reducir su cuantía, recordando que la CE protege la libertad de testar, pero no necesariamente la institución de la legítima, que no es considerada cuestión de orden público por una parte relevante de la doctrina (ESTELLÉS PERALTA, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, 560).

29. La autora entiende que únicamente resultaría constitucionalmente viable una legítima configurada como derecho «del tipo alimentario», destinada a personas en situación de desventaja económica que experimenten un perjuicio derivado del fallecimiento del causante. Solo en tal supuesto —fundado en los principios constitucionales de protección familiar (art. 39.3 CE) e integración de personas con discapacidad (art. 49 CE)— cumpliría la función social exigible al instituto legitimario.

30. Como es sabido, en el ámbito del Derecho civil español, tanto común como foral, la protección de la legítima se articula a través de cuatro acciones: en primer lugar, la acción de preterición, que permite al legitimario que ha sido omitido en el testamento —ya sea por olvido, error o desconocimiento del causante— reclamar su legítima; modulándose sus efectos en función de la naturaleza de la omisión. En segundo término, la acción derivada de la desheredación injusta ampara al legitimario frente a la privación de su derecho cuando la causa alegada por el causante no se corresponde con las legalmente previstas, restaurando su posición jurídica. Asimismo, la acción de intangibilidad cualitativa salvaguarda el derecho del legitimario impidiendo que los bienes que le sean atribuidos en pago de su legítima queden sujetos a gravámenes, cargas o condiciones que menoscaben su pleno disfrute. Finalmente, la acción de intangibilidad cuantitativa faculta al legitimario para obtener la reducción de aquellas disposiciones gratuitas, *inter vivos* o *mortis causa*, que excedan la porción de libre disposición y lesionen cuantitativamente su legítima, garantizando así la integridad material de su derecho.

sucesorios del conviviente supérstite a los del cónyuge viudo, pero la falta de uniformidad normativa genera, a nuestro entender, una fragmentación territorial que compromete la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

En nuestra opinión, debería orientarse la reforma hacia una armonización de la protección del supérstite, superando las actuales limitaciones derivadas de la dispersión legislativa y de la estructura imperativa del sistema legitimario, y adaptando el marco sucesorio a la realidad social contemporánea en la España de hoy; caracterizada por la pluralidad de modelos familiares y la creciente prevalencia de uniones de hecho³¹.

2. Hacia la equiparación y la seguridad jurídica

La fragmentación normativa existente en el territorio español, consecuencia de la diversidad de regulaciones autonómicas y la ausencia de una legislación estatal unificada, ha generado una situación de inseguridad jurídica y desigualdad material en la protección sucesoria del conviviente supérstite en parejas de hecho. Esta disparidad normativa vulnera el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, pues el acceso a derechos sucesorios depende, en último término, de la vecindad civil y del lugar de residencia del causante, lo que resulta incompatible con las exigencias del Estado de derecho y con los principios de equidad y seguridad jurídica que deben presidir la sucesión *mortis causa*.

La equiparación jurídica entre el matrimonio y las parejas de hecho en materia sucesoria se presenta, por tanto, como una exigencia ineludible para garantizar la igualdad de trato y la protección efectiva del conviviente supérstite. La experiencia de comunidades autónomas como Cataluña, País Vasco, Galicia y Baleares, que han reconocido derechos sucesorios plenos o análogos a los del cónyuge viudo, pone de manifiesto la viabilidad y conveniencia de avanzar hacia un modelo de protección homogéneo, que respete la autonomía de la voluntad y la diversidad de formas de convivencia, pero que a su vez evite situaciones de desamparo y discriminación.

Sin embargo, no es suficiente, en nuestra opinión: tanto para la sucesión del cónyuge viudo, como la del supérstite conviviente deberían operar las mismas reglas, en todo el territorio; bajo el fundamento de la convivencia familiar y sin las limitaciones que conlleva el obligado respeto al sistema legitimario. En con-

31. Si nos abstrajésemos por un momento de la idea de la legítima, planteando como ejemplo la renuncia a la herencia de todos los herederos legitimarios, podríamos visualizar el modelo extremo que puede imaginarse, donde no solamente el patrimonio relicto quedaría *ex lege* en posesión del supérstite en la sucesión *ab intestato*, sino que gracias a un modelo que suprimiera las legítimas podría optimizarse también la libertad del testador y con ello reducir considerablemente el número de procesos sucesorios (al suprimir de facto las posibles acciones de los legitimarios) al tiempo de contribuir a la actualmente ansiada eficiencia judicial... Claro está que la doctrina excluye la posibilidad de suprimir por ahora el régimen de las legítimas aunque se pregunte «en qué medida resulte aconsejable esa conservación». Vid. CARRIÓN OLMOS, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 3012-3013.

secuencia, resulta imprescindible una reforma legislativa integral que, desde la perspectiva de la libertad de testar y la protección familiar, armonice el régimen sucesorio aplicable a las parejas de hecho, reconociendo al conviviente supérstite unos derechos sobre el patrimonio del difunto, y garantizando la seguridad jurídica basados en la convivencia. Solo así podrá el derecho sucesorio dar respuesta de manera adecuada a las demandas de la sociedad contemporánea y a los principios constitucionales de igualdad, autonomía de la voluntad y protección de la familia en la realidad social española actual.

IV. CONCLUSIONES

El análisis realizado pone de manifiesto la existencia de una profunda desigualdad en el tratamiento jurídico del conviviente supérstite en las parejas de hecho dentro del derecho sucesorio español, tanto frente al viudo tras la disolución matrimonial, como frente al supérstite ante el fallecimiento de su pareja de hecho, bien hubiera estado inscrita o no en el correspondiente registro y según su vecindad.

Fuera del matrimonio, la falta de protección sucesoria del conviviente supérstite en España, en general, evidencia una carencia normativa desleal que puede derivar en situaciones de desamparo, especialmente en aquellos territorios sujetos al régimen común, donde el art. 807 CC excluye a las parejas de hecho de la condición de herederos forzosos, limitando su posición tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria. La situación que dibuja el derecho común contrasta con la regulación existente en determinados derechos civiles autonómicos, como los de Cataluña, País Vasco, Galicia o Baleares, en los que se reconoce al conviviente derechos sucesorios equiparables a los del cónyuge viudo, lo que evidencia una clara asimetría territorial incompatible con los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica aplicados a la realidad social de la familia en la actualidad. Esta realidad social actual, caracterizada por el incremento de las uniones de hecho y la pluralidad de modelos familiares, exige una respuesta normativa que supere la actual dispersión y garantice una protección efectiva del conviviente supérstite. La urgencia de esta reforma radica en la necesidad de corregir una discriminación indirecta que afecta a un número creciente de ciudadanos y de forma heterogénea territorialmente, vulnerando no solo el principio de autonomía de la voluntad en la planificación patrimonial *post mortem*, sino constituyendo además una fuente de inseguridad jurídica. Por ello, sugerimos la necesidad de una reforma legislativa integral que, respetando los límites constitucionales y la autonomía de las CCAA, armonice el régimen sucesorio aplicable a las parejas de hecho, ampliando la libertad de testar y reconociendo en cualquier caso unos derechos mínimos de carácter patrimonial al miembro superviviente, especialmente en lo relativo al uso de la vivienda familiar y al usufructo de bienes hereditarios.

La flexibilización de la legítima y la ampliación de la libertad de testar permitirían adaptar el derecho de sucesiones a la realidad social actual, garantizando

que las parejas de hecho cuenten con un marco legal equitativo, justo y en consonancia con esta realidad permitiendo plena libertad para instituir heredero al conviviente. Pero no solamente mediante la superación de las actuales limitaciones y la equiparación progresiva de la posición jurídica del conviviente supérstite con la del cónyuge viudo, sino a través de la recepción por el derecho civil de la autonomía plena del causante en sus decisiones para después de muerto, podrá el derecho sucesorio responder adecuadamente a las demandas de la sociedad contemporánea y a los principios de equidad, autonomía de la voluntad que inspiran el ordenamiento civil español.

En nuestra opinión, parece urgente la necesidad de contar con una libertad de testar que proteja a la pareja supérstite en caso de fallecimiento del conviviente, sin las ataduras de unas legítimas que carecen ya de fundamento en una sociedad como la actual, donde la esperanza de vida es mayor y la familia no es lo que era...

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, COBAS COBIELLA, María Elena, MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., «Aspectos sustantivos del derecho hereditario», en ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, COBAS COBIELLA, María Elena (Dirs.), *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 152-726.
- BADENAS BOLDÓ, Javier, «Legítima y libertad de testar en el derecho civil español», *Revista Jurídica Valenciana*, 37-38, 2021, 70-113.
- CAIRÓS BARRETO, Dulce María, «La investigación de calidad en derecho: temas y publicaciones», CALZADILLA MEDINA, M.^a (Dir), *Iniciación a la investigación jurídica*, Dykinson, Madrid, 2020, 65-74.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador, «Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el código civil español?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16 bis, 3010-3039.
- CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Los notarios y la familia*, Centro de Información Estadística del Notariado (CIEN), Madrid, 2024.
- CORPAS PASTOR, Luis, «La igualdad como principio y finalidad del ordenamiento», en CORPAS PASTOR, Luis (Coord.), *Cartografías de género en sociedades inclusivas*, Colex, A Coruña, 2025, 19-49.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿tiene sentido hablar de este modo?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 2022, 1002-1045.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española», *Revista chilena de derecho privado*, 1, 2003, 149-180.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 11, 2019, 12-63.

- ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, «La cautela socini: revisión crítica de su concepción actual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 781, 2020. 2583-2619.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, «El valor de la «conyugalidad»: la conveniencia de una revisión de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite y su posible discapacidad ante la nueva realidad socio-familiar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20 bis, 2024, 554-601.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, «Tutela cuantitativa de la legítima en el Código civil: cuestiones dudosas y jurisprudencia relevante», *Cuadernos de Derecho Privado*, 7, 2023, 45-79.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, «Parejas de hecho y lealtad constitucional», en TORRES GARCÍA, Teodora Felipa (Coord.), *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, 35-64.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, 113-138.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1993.
- MARTÍN CASALS, Miquel, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1995, 1709-1808.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Notas sobre “la voluntad del testador”», *Revista J. Univ. Autónoma de Madrid*, 2016, 153-190.
- PARRA LUCÁN María Ángeles, «Autonomía de la voluntad y Derecho de familia», en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (Coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado I*, Wolters Kluwer, Madrid 2012, 97-454.
- ROCA TRÍAS, Encarnación, «La libertad de testar: entre Constitución y familia», *AFDUAM*, 24, 2020, 13-46.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia, «El cónyuge viudo como heredero forzoso especial y la colación hereditaria», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 78, 2278, 2024, 474-514.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, *Fundamentos del Derecho de Sucesiones*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *Indret*, 2007.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *Indret*, Julio, 2015.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Acerca del fundamento de la legítima», *Indret*, 4, octubre, 2017.
- VAQUER ALOY, Antoni, *Libertad de testar y libertad para testar*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

LEY APLICABLE A SITUACIONES SUCESORIAS INTRAEUROPEAS CON ARREGLO AL REGLAMENTO (UE) 650/2012: EL ESTATUS DEL CÓNYUGE VIUDO¹

*David Carrizo Aguado*²

Profesor Permanente Laboral de Derecho internacional privado
Universidad de León

I. PROEMIO: EL CRECIMIENTO EXPONENCIAL DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES DE FAMILIA EN EL ÁMBITO EUROPEO

La diversidad de nexos interpersonales entre los individuos, proyectadas sobre diversos ámbitos sociales, ha conllevado a la aparición de nuevas relaciones jurídicas de carácter personal y patrimonial. Desde la óptica personal, se ha propiciado la existencia de vínculos de pareja o matrimoniales de personas de distintas nacionalidades. Desde la perspectiva patrimonial, se ha originado la

1. Estudio realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado ULE «Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales» —EUROHIST.org— cuyo autor es el IP y en el contexto de dos estancias de investigación bajo el «Programa Erasmus+ Acción K 131 de Formación del PDI de la Universidad de León» en régimen de concurrencia competitiva en la Università di Bologna bajo la tutorización del Prof. Dr. Domenico DAMASCELLI y en la Universidade do Minho cuya tutorización fue efectuada por la Profa. Dra. Anabela Susana DE SOUSA GONÇALVES.

2. Acreditado a la figura de Profesor Titular de Universidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9427-287X>

dispersión de los bienes a raíz de los desplazamientos y/o mutaciones de residencia a enclaves territoriales distintos del estado de cuya nacionalidad poseen³.

Así las cosas, la internacionalidad en el escenario privado internacional puede venir dada o bien, por elementos personales o subjetivos referidos a las partes o bien, por los aspectos objetivos de la relación jurídica internacional. En principio, todas las situaciones privadas que incluyen un rasgo de extranjería constituyen el objeto del Derecho internacional privado cualquiera que sea su relevancia, aunque el factor internacional sea susceptible de modulación⁴. Por ende, el Derecho internacional privado regula las situaciones de carácter privado, pero con la presencia del necesario elemento «internacional». Ahora bien, la distinción entre «situaciones internas» y «situaciones internacionales» resulta ser harto complicado en tanto en cuanto existen numerosos tipos de componentes extranjeros, de dispar naturaleza y de intensidad diferente.

De este modo, en las situaciones jurídicas que presentan un «cariz de extranjería», sea cual sea, se suscita la duda de la determinación del tribunal estatal competente además de conocer qué Derecho estatal debe regir tal situación. No es, sino menos cierto que, ambas cuestiones son metas del Derecho internacional privado bajo el postulado de dotar seguridad jurídica a las situaciones privadas que se desarrollan en un contexto transfronterizo⁵.

II. ASPECTOS ESENCIALES DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

1. El punto de partida. La naturaleza transfronteriza en la situación jurídica-privada hereditaria

Con la multiplicación de los intercambios internacionales y la facilidad creciente para desplazarse, las sucesiones transfronterizas, evidentemente, han aumentado significativamente. En lo que respecta a este estudio será la Ley aplicable el eje vertebrador en materia de sucesión *mortis causa*, por cuanto ante la notoriedad de sendos elementos transfronterizos, la norma fundamental que entra en el terreno de juego es el *Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconoci-*

3. HIJAS CID, E., «Los regímenes matrimoniales extranjeros y el Registro de la Propiedad», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 111, 2023, pp. 142-145.

4. Magna fundamentación ofrecida por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 13^a ed., Civitas, Madrid, 2024, pp. 25-26.

5. De manera muy aclaratoria CALVO y CARRASCOSA entienden que, el factor extranjero existe y hace que una situación jurídica privada sea «internacional» con total independencia de la intensidad de extranjería del elemento en cuestión. Asimismo, consideran que, el elemento extranjero existe y hace que una situación jurídica privada sea «internacional» con total independencia, también, de su relevancia intrínseca, esto es, de su importancia objetiva en el contexto de la relación legal. *Cfr.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 129-130.

miento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁶. El andamiaje de dicha norma comunitaria está conformado un profuso racimo de ochenta y cuatro artículos, precedidos de ochenta y tres considerandos y organizados en torno a siete capítulos: (I) ámbito de aplicación y definiciones; (II) competencia; (III) ley aplicable; (IV) reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones; (V) documentos públicos y transacciones judiciales; (VI) certificado sucesorio europeo; y (VII) disposiciones generales y finales.

En este sentido, el articulado del Reglamento *supra* reseñado se aplica a las sucesiones con repercusiones transfronterizas de las personas que hayan fallecido el 17 de agosto de 2015 o después de dicha fecha⁷. No obstante, no será tarea fácil determinar cuándo una sucesión *mortis causa* tiene repercusiones transfronterizas; el operador práctico entiende que, una sucesión tiene relevancia internacional cuando la autoridad ante la que se sustancia la sucesión —o parte de la misma, o autoriza la disposición por causa de muerte, o materializa en forma de disposición mortis-causa— se cuestiona la posibilidad conforme a la cual, una ley o varias leyes estatales distintas de la suya, pueden ser aplicadas a una o varias parcelas de la sucesión⁸.

Realmente, en el espacio europeo de justicia es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión y, por ende, se considera preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, como es el cónyuge viudo, así como de los acreedores de la herencia⁹. Las diferentes reglamentaciones que se consagran en los países de la Unión Europea en materia de sucesión por causa de muerte acreditan la existencia de un panorama de pluralidad y diversidad de soluciones, tanto en el

6. DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

7. No será de aplicación para las herencias de ciudadanos de países no miembros de la UE; por ende, la Ley nacional del artículo 9.8 CC sigue surtiendo efecto. Valoración de DELGADO TRUYOLS, Á., *Herencias internacionales*, Aferre, Barcelona, 2023, p. 111. No ha lugar a dudas que el artículo 9.8 CC es una norma de conflicto y solo entrará en juego cuando exista tal conflicto; no lo hay cuando la ley personal de los cónyuges quede determinada por su nacionalidad o vecindad civil. Cfr. MARTORELL GARCÍA, V., *El título sucesorio transfronterizo. Práctica extrajudicial y modelos notariales*, Basconfer, Córdoba, 2025, p.67.

8. Ciertamente, el carácter transfronterizo de la sucesión puede ser más o menos intenso. Cfr. ESPÍNEIRA SOTO, I., «Respuesta al VI Dictamen de Derecho Internacional Privado: Reglamento europeo de Sucesiones», 21 de marzo de 2016, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/internacional/respuesta-al-vi-dictamen-de-derecho-internacional-privado-reglamento-europeo-de-sucesiones/>

9. Ello es fruto de la política de la UE en sede de Cooperación Judicial en materia civil permitiendo así sucesiones internacionales comprehensivas. Con gran criterio es razonado por PALAO MORENO, G., «El Reglamento europeo de sucesiones: primeros pasos de su interpretación por el TJUE y de su aplicación práctica en España», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., SÁNCHEZ LORENZO, S., y STAMPA CASAS, G. (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 436-437.

plano del Derecho interno como en el del Derecho internacional privado¹⁰. Todo ello se manifiesta en cuestiones como el fraccionamiento de una misma sucesión si resultasen competentes más de una autoridad para conocer de la misma; la posibilidad de aplicar dispares ordenamientos estatales a una misma sucesión en función de cuál sea la autoridad nacional competente para conocer de la misma; la admisibilidad (más o menos limitada) o no de la libertad de designación del ordenamiento aplicable por el testador; las vicisitudes del reconocimiento y ejecución en un país de las decisiones adoptadas y/o de los documentos emitidos por las autoridades de otro y, la posibilidad de reconocer cierto status transfronterizo al heredero o al administrador/ejecutor de una herencia; etc¹¹.

2. Noción de «sucesión por causa de muerte»

En virtud del apartado primero, del artículo 3 Reglamento (UE) 650/2012¹², el legislador entiende que, la sucesión por causa de muerte comprende cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa*, ya de una sucesión abintestato. En todo caso, la doctrina más autorizada sostiene que, la concepción empleada por el Reglamento es de carácter europeo, esto es, solo válido a los efectos de la norma y no tiene por qué coincidir con el concepto interno de sucesión de cada Estado miembro¹³.

10. En definitiva, el Reglamento (UE) 650/2012 ha establecido un marco normativo ambicioso y funcional para abordar la complejidad de las sucesiones transfronterizas, pero su correcta implementación requiere un esfuerzo conjunto de los operadores jurídicos, una adecuada interpretación de las disposiciones *mortis causa* y un análisis detallado de las circunstancias personales de los causantes. Solo a través de este enfoque se podrá garantizar que se respeten plenamente los principios fundamentales del Reglamento (UE) 650/2012 y, sobre todo, la voluntad de los causantes, que es, al fin y al cabo, lo que debería ser lo más importante. Planteamiento de MUIÑOS, B., «La determinación de la ley aplicable a las sucesiones transfronterizas bajo el Reglamento UE/650/2012», *Diario La Ley*, núm. 10653, 2025, versión online.

11. Brillante razonamiento de RODRÍGUEZ BENOT, A., «Los Reglamentos de la Unión Europea en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., ADAM MUÑOZ, M.D. Y CORNAGO PRIETO, N. (Coords.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales. XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI), Córdoba, 20-22 de octubre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 586-587.

12. A consideración de PALAO y ALONSO, se trata de una delimitación conceptual amplia, *vid.* PALAO MORENO, G. y ALONSO LANDETA, G., «Artículo 3. Definiciones», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 36.

13. CARRASCOSA matiza que, el Reglamento solo regula cuestiones jurídicas intrínsecamente sucesorias, y no cuestiones jurídicas vinculadas con la sucesión pero que no presentan carácter propiamente sucesorio, esto es, el régimen económico matrimonial, declaración de fallecimiento, trust, etc: *cfr.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 57-58.

3. Ámbito de actuación geográfico

Respecto de la territorialidad en su aplicación conviene poner de manifiesto que surte efectos a todos los Estados miembro a excepción de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda. Sin embargo, en sede de Ley aplicable puede suceder que entre en juego el ordenamiento jurídico de un tercer país, el cual será el que la autoridad judicial sucesoria tenga en consideración para dictar sentencia en un Estado miembro. Esto nos lleva a poder afirmar que los efectos *erga omnes*¹⁴ del Reglamento solo despliegan virtualidad en la aplicación de las normas de conflicto debido a que las normas de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución presentan implementación *ad intra* de los veintisiete Estados de la Unión que lo conforman¹⁵.

4. El intrincado deslinde entre el régimen económico familiar y los derechos sucesorios del cónyuge supérstite

A este respecto, el precepto capital será su artículo 23 —Ámbito de la ley aplicable—, apartado 2, letra b), donde, expresamente, el legislador admite que *la totalidad de la sucesión queda determinada por la ley designada por el Reglamento y en particular, la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites*¹⁶.

Así, los derechos del cónyuge viudo no se clasifican, sino que se incluyen teniendo en cuenta su pluralidad, genéricamente, en la categoría de beneficia-

14. El carácter *erga omnes* del Reglamento (UE) 650/2012 y la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros implica que, las autoridades españolas, para determinar la aplicable a la sucesión *mortis causa*, aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento europeo 650/2012 y no el art. 9.8 CC. Aclaración vertida por CASTELLANOS RUÍZ, E., «Sucesiones *mortis causa*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 17, núm. 1, 2025, pp. 1014-1055.

15. Un instrumento que tiene un carácter *erga omnes* y contiene una normativa conflictual permite ilimitadamente la selección de la legislación aplicable; ello conlleva a que pueda ocurrir que la *lex electa* —que hace las veces de *lex causae*— sea la de un Estado no miembro o la de un Estado no contratante. *Cfr.* FONTANELLAS MORELL, J.P., «Los principios subyacentes al Reglamento de Sucesiones. a propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2023 (C-21/22: OP)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2024, p. 466.

16. Con la aplicación del Reglamento, los derechos que se le atribuyan al cónyuge «por ministerio de la ley» se rigen por la ley sucesoria. Igualmente, se ha de tomar en consideración que, el legislador europeo incluye en la regla a «la pareja» supérstite, y no sólo al «cónyuge», visibilizando de este modo las parejas de hecho registradas como modelos de familia conformados por personas titulares de derechos hereditarios recíprocos. Audaz apunte de AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Artículo 23. Ámbito de la ley aplicable», en IGLESIAS BUIGUES, J.L., y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 148.

rios¹⁷. Sin embargo, a criterio de cierto sector de la doctrina, se trata de una enumeración ejemplificativa, y no exhaustiva, pues el precepto en cuestión indica que la *Lex successionis* regirá «en particular» ciertos aspectos¹⁸.

Sea como fuere, por lo que se refiere a la inclusión de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, convendría aclarar que se trata de aquellos que según la ley aplicable no traen causa del régimen económico matrimonial, habida cuenta de este último resulta ser materia excluida del Reglamento (UE) 650/2012 —ex. artículo 1.2 d)—¹⁹. Por consiguiente, los derechos hereditarios del cónyuge viudo estarán incluidos en la ley sucesoria²⁰, aunque dicha ley vincule los mismos al régimen económico matrimonial²¹, pues no debe caer en el olvido que la norma europea intenta abarcar los mayores aspectos posibles de la sucesión²².

En cualquier caso, el Reglamento (UE) 2016/1103²³ tendrá incidencia cuando

17. Así lo pone de manifiesto, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 300.

18. CARRASCOSA aprecia que, el objeto de legislador europeo está sustentado en ayudar al aplicador del Derecho a concretar una lista de cuestiones sometidas al Derecho de sucesiones, a fin de hacer más clara la regla general. Es decir, debe entenderse, sin perjuicio de que puedan existir otras materias no contenidas en dicha lista que igualmente estén reguladas por la *Lex successionis*. Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, p. 365.

19. No obstante, con esta clara exclusión, no hay que perder de vista la estrecha relación que mantienen ambas materias; de ahí que, tal y como se recuerda en el Considerando 12 «las autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios». Puntualización de PALAO MORENO, G. y ALONSO LANDETA, G., «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 19-20.

20. La terminación, extinción y liquidación del régimen económico matrimonial no pueden calificarse como aspectos sucesorios. Afirmación de LLORENTE MARTÍNEZ, I., «Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2014», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 1, 2015, p. 258.

21. No así las denominadas *mortis causa capiones* que estarán sujetas a la ley que rige los efectos del matrimonio. Observación de BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, 2012, p. 73.

22. En opinión de DELGADO, el Reglamento (UE) 650/2012 contempla la posibilidad de la concurrencia parcial de otras leyes distintas de la ley sucesoria, como puede ser la que determina la validez material de los pactos sucesorios o las restricciones legales existentes sobre ciertos bienes; en este sentido, *vid.* DELGADO TRUYOLS, Á., *Herencias internacionales*, Aferre, Barcelona, 2023, p. 111.

23. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE núm. 183, de 8 de julio de 2016). En cuanto a los problemas conflictuales y su paralelismo con el Reglamento (UE) 650/2012 en torno a los pactos de ley, *vid.* DAMASCELLI, D., «Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (Legge Applicabile)», *Enciclopedia del Diritto. Estratto da I Tematici, IV-2022*, Giuffrè, Milano, pp. 1069-1103, esp. p. 1089. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, esta norma se ha adoptado mediante cooperación reforzada, creando un potencial de conflicto adicional, ya que los Estados miembros no participantes son, terceros países. *Vid.* al respecto, BUDZIKIEWICZ, C., «European international matrimonial law and third countries», *IPRax. Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, núm. 4, 2025, versión online.

la sucesión presente un carácter interno y el matrimonio transfronterizo se hubiese celebrado con posterioridad al 29 de enero de 2019²⁴.

Pese a todo, no puede obviarse que, los derechos sucesorios vienen condicionados por el régimen económico matrimonial²⁵, pero en el seno del Reglamento europeo de sucesiones, este —referido al régimen económico matrimonial— no encuentra acomodo en tanto que determinadas instituciones como, el usufructo viudal²⁶, no abordan asuntos directamente sucesorios²⁷.

No ha lugar a duda que, lo idóneo sería planificar la elección del ordenamiento aplicable tanto para la sucesión como para el régimen económico del matrimonio de tal manera que, una misma ley fuese aplicable con independencia de quién de los cónyuges fallezca²⁸. De este modo, será precioso liquidar el régimen económico matrimonial antes de proceder a ejecutar las operaciones sucesorias²⁹.

Aunque en la práctica no siempre se aprecia la correlación entre el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorios del cónyuge, a fin de evitar las distorsiones que pudieran resultar de que ambos derechos se rijan por ordenamientos diferentes, el Alto Tribunal español entiende que, bajo la presuposición del riesgo al que se enfrenta el cónyuge viudo, podría quedar, o bien sobre-

24. Puntualización de MARTORELL GARCÍA, V., *El título sucesorio transfronterizo. Práctica extrajudicial y modelos notariales*, Basconfer, Córdoba, 2025, pp. 64-65.

25. El fallecimiento de uno de los cónyuges es en todas las legislaciones causa de disolución de la sociedad conyugal y, por tanto, la liquidación del régimen de bienes que haya regido en la vida del matrimonio. Ello implica que, dicha liquidación depende del régimen económico del matrimonio: *cfr.* ZABALO ESCUDERO, M^a.E., *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, Aranzadi, Navarra, 1993, p. 58.

26. La naturaleza del usufructo a favor del cónyuge supérstite responde al aseguramiento de una posición patrimonial similar a la que compartía con el premuerto. ZABALO sostiene que las vinculaciones entre el estatuto sucesorio y el real en el usufructo viudal constituyen un argumento a favor de la ley sucesoria. En torno a su complejidad práctica, *vid.* ZABALO ESCUDERO, M^a.E., *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, Aranzadi, Navarra, 1993, pp. 75-79. O, dicho de otro modo, la legítima que el ordenamiento jurídico español otorga al cónyuge viudo es como consecuencia de la situación delicada y vulnerable en la que puede hallarse cónyuge superviviente: *vid.* VIVES VELO DE ANTELO, M.P., «Acerca de los derechos sucesorios del cónyuge viudo: una perspectiva comparada con el Derecho italiano», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm.1, 2022, p. 466.

27. SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Reglamento (UE) 650/2012: aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial», en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 51-54.

28. Como aduce CALZADO, este planteamiento, sin embargo, se puede enfrentar a algunas dificultades cuando nos encontramos con matrimonios cuyo elemento extranjero es muy dispar. En este sentido, *vid.* CALZADO LLAMAS, A.J., «El elemento de extranjería en la planificación sucesoria de las familias: un estudio de Derecho internacional privado sobre la coordinación de la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo o pareja supérstite en la UE», *Latinamerican Journal of European Studies*, Vol. 01, núm. 2, 2021, pp. 231-233.

29. Valoración de CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aspectos básicos del Reglamento sucesorio europeo», en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentarios al Reglamento (UE) núm. 650/2012 de Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 64.

protegido en una situación de acumulación de beneficios, o por el contrario, en un estado de privación de derechos³⁰.

En definitiva, la necesidad de coordinación en este ámbito está plenamente justificada, pues cuando la *Lex successionis* y la ley aplicable al régimen económico matrimonial difieren en cuanto a soluciones materiales, se llega a una situación de inadaptación, conllevando resultados desequilibrados en torno a las atribuciones patrimoniales, bien por exceso, bien por defecto, entre las personas afectadas, como, sin lugar a duda, se encuentra el cónyuge viudo³¹.

5. Uniformidad de la sucesión

El legislador europeo ha optado por un sistema unitario³² a fin de evitar los inconvenientes de los sistemas escisionistas³³. El basamento sobre el que reposa

30. Vid. STS núm. 6181/2024, de 5 de diciembre de 2024: ECLI:ES:TS:2024:6181. A modo de ejemplo, la ponente PARRA LUCAN, da cuenta de la señalada «sobrepotección» cuando en el momento en el que la ley aplicable al régimen económico es de comunidad de bienes, pero la ley de la sucesión aplicable acaba siendo la de un ordenamiento en el que rige un sistema de separación conlleva a que, habitualmente, se confieran para compensar unos derechos sucesorios más amplios a favor del cónyuge. En sentido contrario, puede suceder que, la ley aplicable al régimen económico es de separación de bienes, pero la ley de la sucesión aplicable es la de un ordenamiento en el que rige un sistema de comunidad, conferirá menos derechos sucesorios al cónyuge viudo.

31. Los Reglamentos se ignoran entre sí, a pesar de que el legislador europeo aboga por la necesidad de coordinación legislativa. Como consecuencia surge un vacío legal, un agujero negro de inseguridad jurídica. Excelso razonamiento alcanzado por RODRÍGUEZ BENOT, A., *Le régime économique des couples en droit international privé, Recueil des cours*, Vol. 445, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2025, pp. 85 y ss.

32. La unidad judicial de la sucesión responde a la idea de que sea un único tribunal el que conozca de toda la sucesión internacional del causante, con independencia del lugar de situación de los bienes y de su naturaleza. Sabia percepción de CASTELLANOS RUÍZ, E., «Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo, en CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 2366. Sea como fuere, por motivos de seguridad jurídica y así evitar la fragmentación de la sucesión, una única ley debe regir la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos que formen parte de la herencia, con independencia de su naturaleza y ubicación en otro Estado miembro o en un tercer Estado, esa ley será la imperante: vid. STJUE de 12 de octubre de 2017, asunto C-218/16, *Kubicka*: EU:C:2017:755. Si bien, recientemente el Alto Tribunal Europeo, en su célebre pronunciamiento de 12 de octubre de 2023, asunto C-21/22, *OP*: EU:C:2023:766, admite que, «el principio de la unidad de la sucesión no es un principio absoluto», reconociendo que el legislador de la UE pretendió expresamente respetar, en ciertos casos particulares, el modelo de escisión de la sucesión que puede aplicarse en determinadas relaciones jurídicas.

33. YBARRA nos muestra el criterio escisionista del Derecho inglés por cuanto lo trascendente en la sucesión son los bienes dejados por el causante (*assets/estate*) y no tanto su persona, primando el aspecto patrimonial sobre el personal, y dando lugar para determinar la ley aplicable a la sucesión a la utilización de un criterio de origen germánico, criterio que se encuentra directamente vinculado a la concreta situación de los bienes. Así, la sucesión de los bienes inmuebles (*immovable property*) se regulará por la ley de situación (*lex rei sitae*) mientras que la sucesión de los bienes muebles (*movable property*) lo hará por la ley del último domicilio del causante (*lex domicilii*): vid. YBARRA BORES, A., *La sucesión mortis causa de ciudadanos británicos en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 26.

el Reglamento (UE) 650/2012 no es construir una armonización material del Derecho de sucesiones, sino que su objetivo es la unificación y clarificación de las normas europeas³⁴ de Derecho internacional privado de sucesiones en su triple vertiente³⁵ —competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales³⁶— para así evitar, en la medida de lo posible, resultados contradictorios³⁷.

Aunque ciertamente, en base al efecto indirecto del Reglamento continente de normas de Derecho internacional privado, se inspira en valores materiales, como puede ser la libertad de testar o la autonomía de la voluntad por cuanto estos han de admitirse en los asuntos de tráfico jurídico externo en virtud del Reglamento, se pueden ver reforzados y ejercer cierta presión sobre la regulación interna, máxime en una época en la que los asuntos internacionales ya no son marginales y resulta difícil justificar las discriminaciones inversas³⁸.

34. Bajo la perspectiva de LOOSCHELDERS, solo contiene unas pocas disposiciones que distinguen expresamente entre casos con vínculos sustanciales con dos o más Estados miembros y situaciones de terceros Estados. *Vid.* en este sentido, LOOSCHELDERS, D., «European International Succession Law and Third States», *IPRax. Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, núm. 4, 2025, versión online.

35. No sin olvidar la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Se hace conveniente apuntar que, para facilitar la circulación transfronteriza de la herencia internacional, el legislador de la Unión diseña e implementa ex novo el Certificado Sucesorio Europeo. En España, el notario constituye la pieza angular del sistema tanto para la expedición como para la recepción del nuevo certificado. Acerca de esta intrincada cuestión, *vid.* RIPOLL SOLER, A. *Impacto del Certificado Sucesorio Europeo en la práctica notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

36. Nos recuerda YBARRA que también contiene regulación acerca de la aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos públicos, transacciones judiciales y la creación de un certificado europeo, bajo un sistema autónomo, dotado de sus propias definiciones y su propio funcionamiento, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable por las autoridades de los Estados miembro, *vid.* YBARRA BORES, A., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento sucesorio europeo», en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 397-398.

37. No obstante, en lo que concierne a la adquisición de los bienes de la herencia, las diferencias entre las soluciones ofrecidas por los sistemas jurídicos de los países de la Unión Europea son notables: así, hay Estados en que los herederos han de aceptar la herencia para adquirir tales bienes como es el caso de España, Italia o Austria (donde, además, los herederos han de ser autorizados a poseer el patrimonio sucesorio mediante una resolución judicial); en otros casos, los herederos gozan *ab initio* del beneficio de la saisine, que les confiere el plena facultad para tomar posesión de los bienes hereditarios así como la cualidad para ejercer los derechos y acciones que correspondieran al difunto (Alemania, Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo y Países Bajos); por fin, hay supuestos en los que la sucesión es administrada por un tercero que, tras aprehender el activo y liquidar el pasivo, la entrega a los herederos (Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Reino Unido y Suecia). Con gran nitidez jurídica queda constatado por RODRÍGUEZ BENOT, A., «El ordenamiento aplicable a la sucesión *mortis causa* en el sistema español de Derecho internacional privado», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 27, 2016, pp. 75-96.

38. En este sentido, corresponde a los legisladores nacionales eliminar dichas discriminaciones y adoptar su Derecho material a los principios inspiradores del Reglamento (UE) 650/2012. Visión de GONZÁLEZ BEILFUS, C., «El ámbito de aplicación del reglamento de sucesiones», en GINEBRA

Con todo, el Reglamento tiene una vocación de generalidad en la regulación del fenómeno sucesorio, esto es, en la disciplina de la globalidad de aspectos de una institución cuyo *iter* comienza con el óbito del causante y concluye cuando los herederos o legatarios adquieren la propiedad de los bienes hereditarios (incluyendo la adjudicación, la administración y la liquidación de la herencia). Y para evitar que las dispares concepciones nacionales del fenómeno sucesorio arruinen su éxito, esta idea amplia de sucesión exige, asimismo, una exégesis autónoma de la misma, esto es, propia o específica del plano europeo (y, por tanto, eventualmente diferente a las citadas concepciones nacionales)³⁹.

III. ITINERARIO DE LAS NORMAS DE «LEY APLICABLE» SEGUIDO POR EL REGLAMENTO (UE) 650/2012

1. Premisa inicial: Aplicabilidad universal

Establecidas hasta el momento las consideraciones oportunas en lo que respecta a la naturaleza y funcionamiento del Reglamento (UE) 650/2012, se torna necesario establecer el régimen jurídico de Derecho aplicable, presidido por la autonomía de la voluntad conflictual⁴⁰, senda que deben seguir el finado y su cónyuge.

El legislador, como parámetro inicial, consagra en su artículo 20 el principio de universalidad de la sucesión. Tal cuestión, como se adelantó anteriormente, implica que, no solo serán aplicables los ordenamientos de los Estados miembro, sino que también cobran eficacia aquellos que no estén vinculados de manera directa con el Reglamento (UE) 650/2012.

Esta eficacia *erga omnes* significa, de una parte, que las disposiciones del Reglamento dejan inaplicables y sustituyen a las correspondientes de los Estados miembro por él vinculados relativas a las sucesiones con elemento extranjero⁴¹,

MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 62-63.

39. Con suma brillantez queda apuntado por RODRÍGUEZ BENOT, A., «El ordenamiento aplicable a la sucesión *mortis causa* en el sistema español de derecho internacional privado», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 27, 2016, pp. 75-96.

40. Según afirma CORDERO, la autonomía de la voluntad representa un señalado aporte en términos de previsibilidad, seguridad y justicia en tanto que los particulares tienen la ocasión de autorregular sus relaciones jurídicas: *cfr.* CORDERO MORENO, G., «La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge supérstite», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 21, 2021, p. 261. Asimismo, la autonomía conflictual comprende todos aquellos supuestos en que se reconoce esta facultad de elegir la Ley aplicable y permite diferenciarla de la denominada autonomía material o facultad autocompositiva, ejercida en el marco del Ordenamiento aplicable, incluso mediante remisión o incorporación de normas pertenecientes a otro Ordenamiento diferente, siempre en los límites del *ius cogens* del Derecho elegido: *Cfr.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., «La *professio iuris sucesoria* cuestionada», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, núm. 2, 2024, p. 131.

41. La norma omite, intencionadamente, precisar cuando la sucesión tiene carácter internacional. Ha de considerarse que el carácter transfronterizo viene, en principio, determinado por la

esto es, las normas de conflicto de leyes que resulten únicamente aplicables son las establecidas por el Reglamento en las materias incluidas en su campo de aplicación⁴² y, de otra, que, en principio, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional que resulte competente, la ley material aplicable será la misma⁴³.

Ahora bien, cuando una norma para resolver los conflictos de leyes nos remite al Derecho español no lo hace automáticamente al Código Civil, sino al Derecho civil que territorialmente corresponda, porque todos son españoles⁴⁴.

2. La conexión «nacionalidad» en el campo de actuación de la autonomía de la voluntad conflictual

A. Criterios de aplicación

De acuerdo con el artículo 22, apartado 1, Reglamento (UE) 650/2012, cualquier persona puede optar por la ley del Estado de su nacionalidad como ley de su sucesión⁴⁵, ya sea la que posea en el momento de realizar la elección, ya sea la que pueda poseer en el momento de su fallecimiento⁴⁶, sin obviar la limitación

existencia de bienes en distintos Estados miembros o terceros países, pero no se excluyen otros supuestos o reglas especiales. Puntualización de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «Práctica notarial y Regl. (UE) nº 650/2012, sobre sucesiones internacionales», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 61, 2015, pp. 20-23.

42. Sus normas están destinadas a garantizar, entre otros aspectos, tanto la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción, como el reconocimiento mutuo y la aceptación de las resoluciones judiciales y los documentos públicos, así como su ejecución. Sabia percepción de CALVO VIDAL, I.A., «Sucesiones internacionales vs. sucesiones nacionales», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 61, 2015, pp. 16-19.

43. Apunte aclaratorio de IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «Artículo 20. Aplicación universal», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. Y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 119.

44. Afirmación vertida por DE BORJA IRIARTE, Á., «Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2025 (sucesión de un holandés con residencia habitual en Aragón)», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 21, 2025.

45. La maleabilidad y mutabilidad en el tiempo de los criterios de conexión hace que tenga plena virtualidad el conflicto móvil ya que el sistema conflictual lo único que puede hacer es salvar la validez de lo ya hecho, que es precisamente lo que disponen los artículos 24 y 25 remitiéndose a la ley sucesoria hipotética. Apreciación de CARRILLO POZO, L.F., «El Reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del derecho de sucesiones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 51, núm. 151, 2018, pp. 72-73.

46. Este último supuesto está pensando en aquellos casos en los que el causante opta por una nacionalidad diferente a la que tiene en el momento efectuar la elección porque está tramitando o tiene expectativas de adquirir una nueva nacionalidad que, en condiciones normales, será la que posea en el momento futuro de su fallecimiento. Justificación de LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 2, 2013, p. 359.

impuesta por su artículo 34.2 Reglamento (UE) 650/2012⁴⁷ al excluir la posibilidad del reenvío cuando el causante haya ordenado que la ley aplicable a su sucesión sea la de su nacionalidad⁴⁸.

Según el parecer de un sector doctrinal, si las partes hacen uso de la *pro-fessio iuris* conforme al artículo 22 no se puede hablar de reenvío porque existe un principio general en virtud del cual donde se permite la autonomía de la voluntad conflictual no cabe la figura del reenvío⁴⁹. Ello supondría violentar la autonomía de las partes⁵⁰.

La institución de la *pro-fessio iuris* anticipada⁵¹ en relación con la sucesión

47. Hay que tomar en consideración que, la regla del artículo 34 prevé el reenvío únicamente a condición de que la ley que se determine como aplicable en virtud del Reglamento sea la ley de un tercer Estado. En tal caso, la referencia a esa ley significa la referencia a las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus normas de derecho internacional privado, en la medida en que esas normas hagan un reenvío: a) a la ley de un Estado miembro o b) a la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley. Así queda puntualizado por KUNDA, I., WINKLER, S. y PERTOT, T., «Competencia y derecho aplicable en materia de sucesión», en CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., GIOBBI, M., KRAMBERGER ŠKERL, J., RUGGERI, L. y WINKLER, S., (Eds.), *Las relaciones de propiedad de las parejas transfronterizas en la Unión Europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2020, p. 124 y CHECA MARTÍNEZ, M., «Ley aplicable en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, sucesiones y «trusts»: problemas particulares de las situaciones sometidas al derecho angloamericano», en PALAZÓN GARRIDO, M.L. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (Dirs.), *Registro de la propiedad y registro mercantil ante las situaciones privadas internacionales*, Aranzadi, Madrid, 2024, p. 266.

48. No debe caer en baldío que, la aplicación en bloque de la ley sucesoria material de un Estado sea o no Estado miembro, a la herencia de los bienes situados en un Estado puede producir una multitud de problemas prácticos en la medida en que el sistema sucesorio del Estado donde se hallen los bienes sea manifiestamente diferente del ordenamiento jurídico del Estado cuya ley ha designado el causante como aplicable a su sucesión. Idea apreciada por JIMÉNEZ CLAR, A., «Consideraciones sobre el Reglamento Sucesorio Europeo y sus efectos en la Sucesión Mortis Causa», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015.

49. Sin embargo, el reenvío ha sido modelado por el Tribunal Supremo como un mecanismo dinámico que permite alcanzar una localización justa en el espacio de las relaciones jurídicas entre particulares que presentan elementos extranjeros. Se trata de emplear el reenvío para que la sucesión *mortis causa* litigiosa

quede regida por la Ley del Estado que presenta los vínculos más estrechos. *Cfr.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Ley aplicable a la sucesión hereditaria y el reenvío en el artículo 9.8 CC. La perspectiva del Tribunal Supremo», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2025, versión online.

50. Principio que ha sido recogido expresamente en el propio Reglamento (UE) 650/2012 bajo los auspicios de artículo 34.2. No cabe, por tanto, el reenvío si el causante ha hecho elección de ley a favor de la ley de un tercer Estado, como señala el Considerando 57 in fine: *cfr.* CASTELLANOS RUÍZ, E., «Reenvío y sucesiones “mortis causa” con carácter internacional: pasado, presente y futuro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 73, 2020, p. 84.

51. La introducción de la ley sucesoria anticipada apuesta por la seguridad jurídica y la previsibilidad en la sucesión pues se dirige a garantizar la validez del testamento aun cuando sea una ley distinta a la que se ocupa de regular la sucesión. Apunte aclaratorio de MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «La ley aplicable a las disposiciones testamentarias en el Reglamento europeo de sucesiones: un «dépécage» susceptible de dificultades», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 19-20, 2019, p. 385.

mortis causa es algo relativamente reciente⁵²; en su virtud, el causante ordena la regulación de su sucesión por la ley que elija de entre las que se encuentren conectadas con el supuesto⁵³ y teniendo en consideración que, la ley designada recae sobre el Derecho material sustantivo y no sobre las garras de las normas de conflicto de la legislación elegida⁵⁴.

Si bien, la posibilidad de elegir una ley distinta está circunscrita en cuanto a su objeto⁵⁵, pues solo cabe optar por la ley de la nacionalidad del causante y, además, esta regla queda supeditada a los requisitos formales propios de una disposición *mortis causa*⁵⁶.

Como aspecto positivo, la conexión «nacionalidad» es inmune a los problemas que presenta la «residencia habitual» en tanto que la nota de actualidad es dispensada por el Reglamento (UE) 650/2012 al referirse alternativamente a la nacionalidad poseída «en el momento de realizar la elección o en el momento del

52. Un sólido sector doctrinal entiende que, la elección de la ley aplicable a la sucesión en los términos del artículo 22 responde también a *policies* coincidentes con las del Derecho material. Con la *professio iuris* se da respuesta a las exigencias del derecho de libre circulación, expresión del principio a la libre determinación inherente a la ciudadanía de la Unión, con una solución flexible adecuada al respeto de la pluralidad de intereses de los ciudadanos que circulan libremente en un marco de seguridad jurídica y que encuentran de este modo una solución eficiente, que bajo condiciones y con los límites que en cada caso establecen los reglamentos supera las deficiencias del mercado, en especial, con previsiones para garantizar la posición de los más débiles: Cfr. BLANCO-MORALES LIMONES, P., «La *professio iuris* sucesoria cuestionada», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, núm. 2, 2024, p. 144.

53. YBARRA BORES, A., «Reglamento sucesorio europeo y *professio iuris* «anticipada». La doctrina de la dirección general de los registros y del notariado», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 234-235.

54. ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 194. RUIZ SUTIL aboga por la idea en base a la cual, si el causante pretende ejercer la *professio iuris* para una sucesión internacional es recomendable que las autoridades competentes proporcionen toda la información necesaria sobre los efectos del derecho que va a ser elegido, incluso facilitarle la comprensión de la puesta en marcha de las aludidas normas de funcionamiento. Cfr. RUIZ SUTIL, C., «Remisión *ad extra* y *ad intra* en el Reglamento 650/2012: la repercusión del Derecho interregional español en el contenido digital de la herencia internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, núm. 2, 2024, p. 1372.

55. Se puede afirmar que el Reglamento ha optado por una posibilidad limitada. Así lo deja latente RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 218-219 y GARAU JUANEDA, L., «Los conflictos de leyes en materia sucesoria», en LLEDÓ YAGÜE, F., PILAR FERRER VANRELL, M.P. y TORRES LANA, J.A. (Dirs.), MONJE BALMADEA, O. (Coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 91.

56. En estas condiciones, el juez de Luxemburgo opina abiertamente que, la autonomía de la voluntad no posee la categoría de principio informador del Reglamento (UE) 650/2012; así queda dispuesto en su Sentencia de 12 de diciembre de 2023, asunto C-21/22, OP: EU:C:2023:247. En el plano doctrinal esta discusión acerca de si la *professio iuris* es un principio informador o no del Reglamento carece en sí misma de interés y, sobre todo, de utilidad: cfr. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «*Professio iuris* y relación de fuentes en el Reglamento (UE) 650/2012. Sentencia del Tribunal de Justicia TJUE 12 de octubre de 2023, Asunto C 21/22», *La Ley Unión Europea*, núm. 120, 2023, versión online.

fallecimiento»⁵⁷. De esta manera, la nota de concreción queda asegurada normalmente por el hecho de la elección respecto de una nacionalidad que normalmente será fácil de probar documentalmente⁵⁸. Con todo, esa posibilidad de optar por la ley nacional actual o la del momento del fallecimiento no contribuye a fomentar la seguridad jurídica, ni a respetar la voluntad del causante; es un supuesto de *professio iuris* ficticia⁵⁹.

B. Desafíos ante la aparición de la nacionalidad múltiple

En este claroscuro, el párrafo segundo del ya reseñado artículo 22, aclara que, si una persona posee varias nacionalidades⁶⁰ podrá escoger la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posee en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento⁶¹. Sobre este particular, el causante solo puede elegir una ley estatal vigente a pesar de ostentar varias nacionalidades⁶² e igual-

57. Obsérvese que el legislador no exige que la nacionalidad sea efectiva; en la práctica puede suponer que carezca de proximidad, ex. gr., inmigrantes de segunda generación que conservan la nacionalidad de sus antepasados. Advertencia de DAMASCELLI, D., «Determining the Applicable Law in Matrimonial Property Regimes», *RabelsZ*, núm. 2, 2024, 307-324, esp. 313-314.

58. Los defectos de la nacionalidad como conexión principal y objetiva, derivados de su carácter ideal, intemporal y abstracto desaparecen si solo juega cuando la activa el causante. Así, el finado puede tener en cuenta los elementos factuales y concretos que le conducen a ejercer o, por el contrario, abstenerse de ejercer, la opción por la ley nacional. Consideración de FORNER DELAYGUA, J.J., «Ley aplicable al fondo de la sucesión por causa de muerte en el reglamento 650/2012», en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 125.

59. A juicio de LARA, esta doble posibilidad de elegir resulta sorprendente, porque, salvo que el causante esté incurso en un proceso de adquisición de otra nacionalidad, no es previsible que sepa de antemano cuál va a tener en el momento del fallecimiento, si es distinta de la que tiene en el momento de testar: cfr. LARA AGUADO, M.A., «*Professio Iuris* de las personas plurinacionales en materia sucesoria», en MOYA ESCUDERO, M. (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 631-632.

60. Será sumamente complejo si se detecta una situación de apatridia en tanto que puede llegar a representar una escasa vinculación del causante con el estado donde pudiera estar situado. Por ello puede llegar a ser considerado como un conflicto negativo pues dificulta la determinación de la ley aplicable. Vid. en este sentido, AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 372.

61. Como bien aclara el TJUE, la única restricción que se impone a la libertad de elección de tal persona consiste en que solamente puede elegir la ley de un Estado cuya nacionalidad posea, con independencia de si tiene o no la condición de Estado miembro de la Unión, vid. STJUE de 12 de octubre de 2023, asunto C-21/22, *OP*: EU:C:2023:766.

62. Respecto de las situaciones de plurinacionalidad en las relaciones jurídico-privadas, el legislador español admite y regula ciertos supuestos de plurinacionalidad. No la invisibiliza, ni la ignora, ni la prohíbe. No obstante, solo en el supuesto de falta de elección se podría utilizar la normativa interna para establecer cuál es la nacionalidad prevalente. De esta manera, la utilización del art. 9.9 Código Civil queda muy reducida, a saber, los supuestos de dobles nacionales de terceros Estados o doble nacionalidad mixta, y solo cuando no hagan uso de la autonomía de la voluntad. Magnífico razonamiento de SOTO MOYA, M., «Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC», en MOYA ESCUDERO, M. (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 273-274.

mente la selección se entiende realizada en favor de la ley material o sustantiva de su nacionalidad⁶³.

Ciertamente, no supone un obstáculo a tal *professio iuris* el hecho de que el testador sea ciudadano no europeo, o bien nacional de Irlanda o Dinamarca —Estados opt out o no vinculados por el Reglamento (UE) 650/2012—, ya que podrá igualmente realizar la elección de ley aplicable al ser de aplicación universal⁶⁴.

En todo caso, resulta llamativo que el testador no pueda escoger la ley de su residencia habitual⁶⁵, aunque el fin último deriva en el afán del legislador de garantizar las legítimas, pero se le ha olvidado que no es operativa en tanto que la nacionalidad de origen ha podido derivar en otra adquirida por opción y con ello conducir a una ley alejada del objetivo del Reglamento, que es la previsibilidad y la obtención del mayor grado de seguridad jurídica⁶⁶. Además, se debe contemplar que, si ulteriormente el declarante cambia de nacionalidad y no revoca expresamente tal declaración, la ley que sigue siendo aplicable es la electa y no la de residencia habitual, aunque esta sea, por ejemplo, la de la nacionalidad adquirida ulteriormente⁶⁷. En otros términos, sería válida la elec-

63. CARRASCOSA nos ofrece un ejemplo que da luz al respecto: Finado inglés que indica que desea que su sucesión se regule por el Derecho inglés incluidas sus normas de conflicto. Esta *professio iuris* será válida en favor del Derecho sustantivo inglés y la referencia a las normas de Derecho aplicable se ha de considerar como no puesta, *cfr.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, p. 283.

64. En la práctica, la elección de ley aplicable se limita a la inserción en el testamento de una cláusula de este tipo: «*Professio Iuris*»: conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, el testador elige la ley de su actual nacionalidad para que sea ésta la que rija su propia sucesión». Nota aclaratoria de DÍAZ CADÓRNIGA, J., «Una visión práctica del Reglamento sucesorio europeo», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 324.

65. El diseño de la norma de conflicto es limitado, pues solo cabe una posibilidad de conexión a diferencia del Reglamento (UE) 2016/1003 tal y como queda apuntado por CORDERO MORENO, G., «La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge supérstite», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 21, 2021, p. 244 y p. 247. FONTANELLAS recurre a la alternatividad de los dos puntos de conexión —nacionalidad y residencia habitual— pero otorga prevalencia a la nacionalidad o por él reseñada como *lex patriae* en tanto que las variaciones de nacionalidad no son tan frecuentes ni sencillas como las de residencia habitual. *Vid. per omnia*, FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 304.

66. Sabia postura definida por FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 213.

67. Si no se hubiera dado el peso que confiere la autonomía de la voluntad al criterio de la nacionalidad como punto de conexión y se hubiera contemplado la entrada o sustitución por la residencia habitual, se tendría por consecuencia la valoración de la vecindad civil en supuestos interregionales puesto que está necesitada de una puesta al día, habida cuenta de la diversidad de interpretaciones con la consiguiente inseguridad jurídica. Con gran acierto queda manifestado por VÁZQUEZ MORAL, P., «Extranjeros y Derecho interregional», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 112, 2023, pp. 48-53.

ción de una ley con la que el causante ya no tiene ningún vínculo en el momento de su muerte⁶⁸.

Así las cosas, el finado será quien elija el contexto normativo en que se desarrollará su sucesión en la media en que éste cubra sus intereses y expectativas⁶⁹, no sin olvidar que esa designación lleva implícita la posibilidad de activarse la competencia judicial internacional a favor de los tribunales de la ley elegida⁷⁰. Igualmente, se admite como supuesto de *professio iuris* que el causante haga referencia a alguna disposición específica del Derecho de su nacionalidad, porque la elección de ley no tiene que ser expresa, sino que cabe una *professio iuris* implícita⁷¹.

C. Criterios de adecuación

En cuanto a la validez material queda supeditada a la ley decidida y, además, cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*⁷².

68. El establecimiento por el legislador de la ley nacional debe ceder ante la residencia habitual o los vínculos más estrechos del causante; si bien, al propio causante no se le permite anteponer tales criterios al tradicional de su nacionalidad, o todavía en otros términos, se trata de averiguar mediante indicios o presunciones más o menos firmes o concluyentes, con qué legislación tiene tales vínculos cuando el de cuius no ha manifestado nada en vida, pero si realiza tal manifestación, no se tiene ésta en consideración si no lo vincula a una ley que corresponda a su nacionalidad. Evaluación a cargo de HIDALGO GARCÍA, S., «Las llamadas sucesiones vacantes en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, núm. 2, 2014, p. 59.

69. Nos recuerda ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ que, la *professio iuris* como modo de determinar la ley aplicable a las sucesiones internacionales es un instrumento cuya utilidad depende de su concreta configuración. Matiza que una real alternativa entre leyes potencialmente vinculadas ofrece al testador mayores posibilidades de organizar su sucesión que la de una sola ley objetivamente aplicable: *cf.* ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ, S. «*Professio iuris* y sucesión *mortis causa*», en ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ, S. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *Estudio sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 57.

70. Esta manifestación de la autonomía de la voluntad propicia una suerte de competencia entre los sistemas nacionales pues los jueces pierden el vínculo de la territorialidad ya que su participación no se deriva de la existencia de un elemento fáctico, sino que queda la merced de ser elegido si a sus intereses. Este planteamiento del ordenamiento jurídico europeo no resulta operativo por la aplicación de una norma de conflicto construida sobre el principio de soberanía sino por el de la autonomía de la voluntad. Así queda definido por VELASCO RETAMOSA, J.M, *El Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones: algunas cuestiones escogidas*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2019, p. 86.

71. *Cfr.* LARA AGUADO, M.A., «*Professio iuris* de las personas plurinacionales en materia sucesoria», en MOYA ESCUDERO, M. (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 630.

72. De esto se deduce que, la *professio iuris* puede realizarse en cualquier momento y asimismo ser revocada o modificada, con los mismos requisitos formales. Así queda dispuesto por SÁNCHEZ ARISTI, R., «El Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones

Respecto de la forma, para averiguar si existe realmente una voluntad del causante favorable a la *professio iuris*, por más que el artículo 22, apartado 2, Reglamento (UE) 650/2012 se refiera a los términos de la estipulación *mortis causa*, podrá también acudir, con la finalidad de averiguar esa voluntad, al conjunto de la disposición por causa de muerte, empleando unitariamente las normas de la hermenéutica, e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores a tal disposición⁷³.

Por consiguiente, la *professio iuris* es la única forma de planificar la sucesión de modo estable, porque recoge en la ley fijada no sólo la cuestión de la ley que rige la sucesión, sino también la admisibilidad y validez sustancial de las disposiciones *mortis causa* y pactos sucesorios⁷⁴.

3. La residencia habitual del causante como punto de conexión subsidiario

A. Incardinación normativa

El artículo 21 Reglamento (UE) 650/2012 contiene la regla general de la determinación de la ley aplicable a la sucesión en defecto de elección. Este precepto cuenta con una solución de partida de corte personal —la aplicación de la ley de residencia habitual del *de cuius*— que se encuentra localizada temporalmente —en el momento de su fallecimiento— así como con una novedosa cláusula de escape —basada en el «principio de proximidad»— que tendrá por objeto evitar el juego estricto de la anterior conexión en determinadas situaciones —aunque su aplicación siempre va a contar con un carácter excepcional—⁷⁵.

El fundamento de esta opción es su consideración como el lugar que es el centro de interés del causante⁷⁶ y donde suele encontrarse la mayoría de sus

mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 42, 2016, pp. 99-100.

73. Cfr. CALVO VIDAL, I.A., *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE*, Bosch, Barcelona, 2023, libro electrónico.

74. CHECA MARTÍNEZ, M., «Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar», en CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, M^a.P., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A. (Dirs.), *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 166.

75. Este precepto constituye una clara apuesta por la unidad del estatuto sucesorio y que, desde la perspectiva del sistema de Derecho internacional privado español, le permitirá al operador jurídico español una más fácil familiarización con la operativa del Reglamento. Atinada tesis de PALAO MORENO, G., «Artículo 21. Regla general», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 121-123.

76. O también llamada ley sucesoria efectiva. Así lo considera CHECA MARTÍNEZ, M., «Ley aplicable en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, sucesiones y «trusts»: problemas particulares de las situaciones sometidas al derecho angloamericano», en PALAZÓN GARRIDO, M.L. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (Dirs.), *Registro de la propiedad y registro mercantil ante las situaciones privadas internacionales*, Aranzadi, Madrid, 2024, p. 266.

bienes, al tiempo que también favorece la integración en el Estado miembro de residencia habitual y evita cualquier discriminación contra aquellas personas que tienen su residencia en un Estado del que no son nacionales. La residencia habitual se caracteriza por una mayor flexibilidad, lo que al mismo tiempo se traduce en la posibilidad de una mayor incertidumbre en su determinación⁷⁷.

A mayor abundamiento, la conexión general a la ley de la residencia habitual cede frente al principio de la vinculación más estrecha⁷⁸ que se recoge en el artículo 21.2 por el que excepcionalmente si resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto al de su residencia habitual, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado⁷⁹. O, dicho de otro modo, el criterio de la residencia habitual representa, en la inmensa mayoría de los casos, una vinculación auténtica y sustancial del causante y de sus intereses con un concreto país⁸⁰. Es, por ello, una solución de competencia judicial y una solución de ley aplicable que muestra una alta calidad jurídica⁸¹.

Así las cosas, la elección de este factor de conexión no solo abarca la elección entre los sistemas de unidad y universalidad de la sucesión y de pluralidad y

77. SILLERO CROVETTO, B., «Las sucesiones de extranjeros fallecidos en España a partir del Reglamento (UE) 650/2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 36, 2015, p. 362. De hecho, en el plano de la ley aplicable a situaciones de crisis matrimoniales transfronterizas, el TJUE, en su sentencia de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24, *Lindenbaumer*: EU:C:2025:197, procede a una intrincada cuestión que entorne a la localización de la residencia habitual del cónyuge demandante en su condición de agente diplomático.

78. El criterio de vinculación más estrecha puede resolver casos extraordinarios. ALBIEZ afirma que, puede jugar un papel de conexión especialmente en aquellos casos en los que el causante tiene vinculaciones con más de una unidad territorial con un Derecho sucesorio propio. No obstante, propone que tal criterio debe ser interpretado y aplicado restrictivamente: *cfr.* ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Derecho sucesorio transfronterizo: Alemania y España, casos concretos», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 471.

79. En opinión de BLANCO-MORALES el principio de mayor proximidad o de la vinculación más estrecha de textura abierta que, en situaciones litigiosas nos situará ante un escenario de *onus* y medios de prueba; mientras que, en situaciones no contenciosas, será dilucidable por la autoridad que intervenga en la sucesión, *cfr.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, 2012, p. 82. La doctrina extranjera entiende que, el vínculo más estrecho del difunto en el momento de su muerte será considerado como una regla de desempate, que apoya el paralelismo entre foro / ius en situaciones que impliquen ausencia de residencia habitual: *cfr.* BUMBACA, V.J., *Habitual Residence in International Family Law. Theory, Practice and Reform*, Schulthess Editions, Zurich, 2022, p. 401.

80. Parámetros como el tiempo, el animus, el objeto de la localización de la residencia, los lazos personales y los intereses patrimoniales son valorables para establecer la residencia habitual de una persona. Así queda puntualizado por PÉREZ MARTÍN, L.A., «Efectos del Reglamento europeo de sucesiones en las sucesiones intestadas en situaciones de residencia temporal alternativa en diferentes países», en MOTA, H. y GUIMARÃES, M.R. (Coords.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 500-555.

81. Reflexión de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El concepto de «residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento» en el Reglamento sucesorio europeo», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 228.

territorialidad, sino que representa una especie de *tertium genus*. De este modo, se confirma el ascenso inexorable de la noción de residencia habitual ya adoptada en otros textos legales europeos⁸².

B. Case to case

Al respecto, la determinación de la residencia habitual no resulta evidente⁸³, sino que depende de una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento mismo⁸⁴. Así pues, doctrina autorizada señala que, los problemas más destacables en la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento radican en su prueba⁸⁵.

De hecho, a raíz del asunto ya citado *E.E.*, de 16 de julio de 2020, se extrae de manera clarividente que, la delimitación de la residencia habitual recae sobre los órganos jurisdiccionales internos del Estado miembro donde se sustancie la sucesión.

En tales circunstancias, es importante reconocer que con la utilización de este punto de conexión se tiende a favorecer la coincidencia entre la ley aplicable y la competencia de las autoridades⁸⁶ que han de intervenir en los asuntos relacio-

82. Como proclama CALVO a través de este punto de conexión es se evita el conflicto móvil. Además, ha de tenerse en cuenta que la residencia habitual no es la mera estancia en el territorio de un Estado, sino que se requiere para su determinación una evaluación general de las circunstancias específicas, a saber, la regularidad y la duración hasta el momento de la muerte del causante. *Vid.* en profundidad CALVO CARAVACA, A.L., «Article 21. General rule», en CALVO CARAVACA, A.L., DAVI, A., y MANSEL, H.P. (Eds.), *The EU succession regulation. A commentary*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2016, pp. 299-302.

83. Apunta LAFUENTE que, especialmente, en aquellos supuestos cada vez más frecuentes en los que el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país por motivos laborales, pero hubiese seguido manteniendo una vinculación estrecha con su país de origen —al que se desplaza con asiduidad y en el que sigue manteniendo su casa, su familia y su vida social, a fin de cuentas, su centro de intereses. Además, se unen dos cuestiones, pues tampoco existe una noción uniforme de residencia habitual en derecho comparado y el silencio de conceptualización en el Reglamento: LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 356-357.

84. ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 210.

85. RODRÍGUEZ-URÍA afirma que no hemos sido testigos de un uso fraudulento de la conexión de la residencia habitual con el objetivo de frustrar las legítimas expectativas de determinados familiares próximos al causante. *Vid.* RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «Determinación de la ley sucesoria y ámbito de aplicación: algunos problemas escogidos», en PALAZÓN GARRIDO, M.L. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (Dirs.), *Registro de la propiedad y registro mercantil ante las situaciones privadas internacionales*, Aranzadi, Madrid, 2024, p. 335.

86. Es un sistema que confesadamente se orienta hacia una correlación *forum-ius*, en el que las soluciones primarias de competencia judicial internacional y ley aplicable coinciden. Pero oportunamente ÁLVAREZ GONZÁLEZ atisba sendos problemas de aplicación del Derecho extranjero en sistemas plurilegislativos como es el español. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público, en GINEBRA

nados con la sucesión, y con ello a facilitar una mayor aplicación de los distintos Derechos nacionales de los Estados miembros⁸⁷.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La complejidad que presenta el Derecho de sucesiones junto con la globalización y la movilidad de las personas ha conllevado a que, las herencias con carácter internacional presenten sendos desafíos jurídicos, donde la ausencia de planificación sucesoria se presente como el verdadero obstáculo en el tráfico jurídico externo. Por consiguiente, la ordenación previa hereditaria es un acto de responsabilidad y de gestión patrimonial y personal necesaria en todos los casos⁸⁸, por pequeño que pueda ser el patrimonio relicto, tanto para garantizar el cumplimiento de la voluntad del testador, como para evitar posibles futuros conflictos entre los beneficiarios, que en muchas ocasiones conllevan la pérdida del patrimonio del causante, generalmente por venta a terceros.

En este convulso entorno, el elemento transfronterizo resulta cada vez más frecuente debido a que los procesos sucesorios despliegan su virtualidad en un país distinto del de origen del finado. En esta línea, la Comisión Europea se hizo eco en su momento habida cuenta de la creciente internacionalización de las relaciones personales y económicas y, además de los desplazamientos frecuentes a Estados que no son el de la nacionalidad por lo que, en aras del principio de libre circulación de personas y capitales, la norma capital de referencia es el Reglamento (UE) 650/2012, cuyo parámetro principal se asienta en dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos que mantienen relaciones personales y económicas en otros Estados miembro.

El propósito del Reglamento descansa en velar que una sucesión transnacional sea tratada de manera coherente, con arreglo a una ley única y por una sola autoridad. El fin que desea alcanzar la norma europea es evitar procedimientos paralelos con resoluciones judiciales posiblemente contradictorias, además de garantizar, igualmente, que las decisiones dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en toda la Unión sin necesidad de un procedimiento especial. A este respecto, es de vital importancia analizar, con antelación suficiente, qué conviene hacer con el patrimonio a fin de facilitar al máximo el proceso de transmisión a

MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 137-138.

87. Interesante apreciación de CALVO VIDAL, I.A., «El régimen de la Ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 197.

88. Como apunté en su momento, la ordenación de la sucesión sobre una base sólida en los términos estipulados por el legislador nacional y europeo tendrá por resultado una transmisión patrimonial satisfactoria a fin de evitar, en la medida de lo posible, el costoso viaje de acudir a la sede judicial. *Vid.* CARRIZO AGUADO, D., *La empresa familiar y su Protocolo en el tráfico jurídico externo*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 180 y ss.

los futuros herederos, entre los que se halla el cónyuge sobreviviente, conociendo las bondades y debilidades de la «Ley aplicable» del país que afecte, *a priori*, al caudal hereditario y así garantizar que los beneficiarios de este puedan disfrutar de su patrimonio de manera efectiva.

Conviene tener presente que, la conexión de la «nacionalidad» puede conllevar a que exista una clara disfunción entre la que formalmente ostenta el causante y la que culturalmente conserva, entrañando ello problemas de prueba del Derecho extranjero y la activación del correctivo de orden público. Además, un asunto de calado, en lo que respecta a su utilización, es la posesión y/o implementación de dos o más nacionalidades; ciertamente el legislador se ha percatado al tener en cuenta que, registrará la nacionalidad que posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, esto es, la nacionalidad efectiva. En efecto, en sede del Derecho de sucesiones, la ley personal es la más conocida por el causante y, verdaderamente permite al finado ser consciente de cómo se regula el reparto de bienes en el país de su procedencia, pero en un Estado receptor de inmigración como es el Reino de España, el criterio de la nacionalidad complica el proceso de identificación y selección del Derecho aplicable.

Desde la óptica del causante con intereses económicos, la demarcación del lugar donde tiene su centro nuclear de vida y desarrollo personal y/o laboral, esto es, la «residencia habitual», tendrá por consecuencia que, el Derecho de ese Estado será el mejor posicionado para conocer y aplicar la ley al eventual pleito testamentario. Ello nos permite legitimar que, *the habitual residence* se erige como el mejor emplazamiento al objeto de solventar justamente la *litis* abierta en torno a un conflicto sucesorio. Pese a todo, sí parece razonable dejar abierta la posibilidad de aplicar la variable «nacionalidad» como componente cultural del finado, pero no como única posibilidad de elección de ley aplicable.

En todo caso, la ley personal queda relegada a un segundo plano si no ha sido elegida en los términos estipulados por el legislador. Esto es, si no hay sucesión testada, la «nacionalidad» no entra en juego. Es aquí donde la «residencia habitual del causante» despliega su funcionamiento en la transmisión, dotando al proceso de la ansiada seguridad jurídica en la medida que su prueba y concreción es mucho más sencilla que aplicando el criterio de la «nacionalidad».

Por ende, la autonomía de la voluntad conflictual articulada por el Reglamento (UE) 650/2012 conlleva la necesidad de determinados ajustes, comenzando por la aplicación universal solo imperante en sede de Ley aplicable, pudiendo ser adoptadas leyes de terceros estados que, como es obvio no puede desencadenar en declarar competentes a jueces o autoridades de estados no miembros del territorio de la Unión. Además, como ya se adelantó, la «nacionalidad» conllevará a las autoridades judiciales a valorar el correctivo de orden público que, deberá ser analizado *case to case* al objeto de buscar su posible encaje legal en el orden europeo.

En este sentido, la institución adalid será el testamento. El fedatario público se convertirá en la piedra angular en tanto que, la mencionada y deseada planificación sucesoria, dicho sea de paso altamente recomendable por cuanto se valoran todos los escenarios posibles junto con las herramientas legales existen-

tes, podrá evitar el surgimiento de situaciones poco deseables o potencialmente conflictivas y, en el supuesto de que se desembocara en un litigio, tener presente la articulación conflictual habilitada por el Reglamento (UE) 650/2012.

Con todo, los derechos sucesorios que pueden existir a favor del cónyuge viudo están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103, en materia de regímenes económicos matrimoniales, a pesar de que son aspectos, como es bien sabido, íntimamente relacionados. Por esta razón, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial queda determinada por dicho instrumento legal y no regulará los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Estos derechos quedan exclusivamente reglados por la Ley aplicable a la sucesión en aras del Reglamento (UE) 650/2012. Esta decisión adoptada por el legislador europeo tuvo por objeto evitar la escisión de la Ley aplicable a la sucesión, es decir, persiguió que todos los aspectos de una sucesión *mortis causa* queden regulados bajo una misma ley. Sin embargo, el legislador europeo fue consciente de que la liquidación del régimen económico matrimonial puede afectar, considerablemente, a la partición del caudal hereditario entre los herederos y, es por ello por lo que, en el considerando 12 del Reglamento (UE) 650/12 se advierte al operador jurídico que, en atención al caso concreto, deberá tener en cuenta la liquidación del régimen económico matrimonial. Ahora bien, la aplicación de normas de conflicto diferentes a situaciones intrínsecamente relacionadas entre sí puede dar lugar a que se apliquen dos leyes distintas; este hecho hace que subyazca la descoordinación desde un punto de vista jurídico-material. A saber, puede observarse cómo la situación para el cónyuge supérstite puede ser injusta cuando resulten de aplicación dos leyes diferentes con contenidos desajustados o, por el contrario, puede también darse a la inversa y, que el cónyuge supérstite resulte más beneficiado.

Así las cosas, una estrategia altamente recomendable está bajo la batuta de los propios cónyuges, en tanto que pueden hacer coincidir el Derecho aplicable a su sucesión y a su régimen económico matrimonial por medio de la autonomía de la voluntad conflictual, sin obviar que, el legislador europeo optó por una *autonomía conflictual limitada*. En cualquier caso, si los cónyuges no activan la *electio legis*, el operador jurídico debe imponer su criterio equitativo en base a la valoración global de la situación hereditaria para así alcanzar una solución justa, protegiendo los derechos inherentes que posee el cónyuge viudo no sin hacer caso omiso a los derechos sucesorios del elenco de herederos y/o legatarios.

V. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Derecho sucesorio transfronterizo: Alemania y España, casos concretos», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 463-514.

- ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ, S. «*Professio iuris* y sucesión *mortis causa*», en ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ, S. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *Estudio sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*, Universidade de Santiago de Compostela, 2013.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público», en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 135-159.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Artículo 23. Ámbito de la ley aplicable», en IGLESIAS BUIGUES, J.L., y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 142-155.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, 2012, pp. 67-98.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., «La *professio iuris* sucesoria cuestionada», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, núm. 2, 2024, pp. 127-144.
- BUDZIKIEWICZ, C., «European international matrimonial law and third countries», *IPRax. Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, núm. 4, 2025, versión online.
- BUMBACA, V.J., *Habitual Residence in International Family Law. Theory, Practice and Reform*, Schulthess Editions, Zurich, 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L., «Article 21. General rule», en CALVO CARAVACA, A.L., DAVÌ, A., y MANSEL, H.P. (Eds.), *The EU succession regulation. A commentary*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2016, pp. 298-322.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aspectos básicos del Reglamento sucesorio europeo», en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentarios al Reglamento (UE) núm. 650/2012 de Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Ley aplicable a la sucesión hereditaria y el reenvío en el artículo 9.8 CC. La perspectiva del Tribunal Supremo», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2025, versión online.
- CALVO VIDAL, I.A., «Sucesiones internacionales vs. sucesiones nacionales», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 61, 2015, pp. 16-19.
- CALVO VIDAL, I.A., «El régimen de la Ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 191-206.

- CALVO VIDAL, I.A., *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE*, Bosch, Barcelona, 2023.
- CALZADO LLAMAS, A.J., «El elemento de extranjería en la planificación sucesoria de las familias: un estudio de Derecho internacional privado sobre la coordinación de la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo o pareja superviviente en la UE», *Latinamerican Journal of European Studies*, Vol. 01, núm. 2, 2021, pp. 216-238.
- CARRIZO AGUADO, D., *La empresa familiar y su Protocolo en el tráfico jurídico externo*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 180 y ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El concepto de «residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento» en el Reglamento sucesorio europeo», en LARA AGUADO, M.A., (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 207-229.
- CARRILLO POZO, L.F., «El Reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del derecho de sucesiones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 51, núm. 151, 2018, pp. 51-83.
- CASTELLANOS RUÍZ, E., «Reenvío y sucesiones “mortis causa” con carácter internacional: pasado, presente y futuro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 73, 2020, pp. 489-527.
- CASTELLANOS RUÍZ, E., «Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo», en CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- CASTELLANOS RUÍZ, E., «Sucesiones mortis causa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 17, núm. 1, 2025, pp. 1014-1055.
- CHECA MARTÍNEZ, M., «Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar», en CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, Mª.P., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Mª.A. (Dirs.), *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 139-169.
- CHECA MARTÍNEZ, M., «Ley aplicable en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, sucesiones y «trusts»: problemas particulares de las situaciones sometidas al derecho angloamericano», en PALAZÓN GARRIDO, M.L. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (Dirs.), *Registro de la propiedad y registro mercantil ante las situaciones privadas internacionales*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 251-306.
- CORDERO MORENO, G., «La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge superviviente», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 21, 2021, pp. 237-268.
- DAMASCELLI, D., «Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (Legge Applicabile)», *Enciclopedia del Diritto. Estratto da I Tematici*, IV-2022, Giuffrè, Milano, pp. 1069-1103.

- DAMASCELLI, D., «Determining the Applicable Law in Matrimonial Property Regimes», *RabelsZ*, núm. 2, 2024, 307-324.
- DE BORJA IRIARTE, Á., «Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2025 (sucesión de un holandés con residencia habitual en Aragón)», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 21, 2025.
- DELGADO TRUYOLS, Á., *Herencias internacionales*, Aferre, Barcelona, 2023.
- DÍAZ CADÓRNIGA, J., «Una visión práctica del Reglamento sucesorio europeo», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 319-338.
- ESPIÑEIRA SOTO, I., «Respuesta al VI Dictamen de Derecho Internacional Privado: Reglamento europeo de Sucesiones», 21 de marzo de 2016, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/internacional/respuesta-al-vi-dictamen-de-derecho-internacional-privado-reglamento-europeo-de-sucesiones/>
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 13^a ed., Civitas, Madrid, 2024.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «Práctica notarial y Regl. (UE) n° 650/2012, sobre sucesiones internacionales», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 61, 2015, pp. 20-23.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- FONTANELLAS MORELL, J.P., «Los principios subyacentes al Reglamento de Sucesiones. a propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2023 (C-21/22: OP)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2024.
- FORNER DELAYGUA, J.J., «Ley aplicable al fondo de la sucesión por causa de muerte en el reglamento 650/2012», en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 93-133.
- GARAU JUANEDA, L., «Los conflictos de leyes en materia sucesoria», en LLEDÓ YAGÜE, F., PILAR FERRER VANRELL, M.P. y TORRES LANA, J.A. (Dirs.), MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 81-102.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El ámbito de aplicación del reglamento de sucesiones», en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 55-77.
- HIDALGO GARCÍA, S., «Las llamadas sucesiones vacantes en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, núm. 2, 2014, pp. 41-72.

- HIJAS CID, E., «Los regímenes matrimoniales extranjeros y el Registro de la Propiedad», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 111, 2023, pp. 142-145.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «Artículo 20. Aplicación universal», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. Y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 117-120.
- JIMÉNEZ CLAR, A., «Consideraciones sobre el Reglamento Sucesorio Europeo y sus efectos en la Sucesión Mortis Causa», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015.
- KUNDA, I., WINKLER, S. y PERTOT, T., «Competencia y derecho aplicable en materia de sucesión», en CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., GIOBBI, M., KRAMBERGER ŠKERL, J., RUGGERI, L. y WINKLER, S., (Eds.), *Las relaciones de propiedad de las parejas transfronterizas en la Unión Europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2020, pp. 101-135.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 350-370.
- LARA AGUADO, M.A., «*Professio Iuris* de las personas plurinacionales en materia sucesoria», en MOYA ESCUDERO, M. (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 572-657.
- LLORENTE MARTÍNEZ, I., «Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2014», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 256-268.
- LOOSCHELDERS, D., «European International Succession Law and Third States», *IPRax. Praxis des Internationalen Privat- und Verfabrensrechts*, núm. 4, 2025, versión online.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «La ley aplicable a las disposiciones testamentarias en el Reglamento europeo de sucesiones: un »dépêchage« susceptible de dificultades», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 19-20, 2019, pp. 363-389.
- MARTORELL GARCÍA, V., *El título sucesorio transfronterizo. Práctica extrajudicial y modelos notariales*, Basconfer, Córdoba, 2025.
- MUIÑOS, B., «La determinación de la ley aplicable a las sucesiones transfronterizas bajo el Reglamento UE/650/2012», *Diario La Ley*, núm. 10653, 2025, versión online.
- PALAO MORENO, G. y ALONSO LANDETA, G., «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G., *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 14-31.
- PALAO MORENO, G. y ALONSO LANDETA, G., «Artículo 3. Definiciones», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 35-43.

- PALAO MORENO, G., «Artículo 21. Regla general», en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 121-131.
- PALAO MORENO, G., «El Reglamento europeo de sucesiones: primeros pasos de su interpretación por el TJUE y de su aplicación práctica en España», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., SÁNCHEZ LORENZO, S., y STAMPA CASAS, G. (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 435-450.
- PÉREZ MARTÍN, L.A., «Efectos del Reglamento europeo de sucesiones en las sucesiones intestadas en situaciones de residencia temporal alternativa en diferentes países», en MOTA, H. y GUIMARÃES, M.R. (Coords.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 537-556.
- RIPOLL SOLER, A. *Impacto del Certificado Sucesorio Europeo en la práctica notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., «Los Reglamentos de la Unión Europea en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., ADAM MUÑOZ, M.D. Y CORNAGO PRIETO, N. (Coords.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales. XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 583-594.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., «El ordenamiento aplicable a la sucesión *mortis causa* en el sistema español de Derecho internacional privado», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 27, 2016, pp. 75-96.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., *Le régime économique des couples en droit international privé*, *Recueil des cours*, Vol. 445, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Brill, Leiden/Boston, 2025.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, 2014.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «*Professio iuris* y relación de fuentes en el Reglamento (UE) 650/2012. Sentencia del Tribunal de Justicia TJUE 12 de octubre de 2023, Asunto C-21/22», *La Ley Unión Europea*, núm. 120, 2023, versión online.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «Determinación de la ley sucesoria y ámbito de aplicación: algunos problemas escogidos», en PALAZÓN GARRIDO, M.L. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (Dirs.), *Registro de la propiedad y registro mercantil ante las situaciones privadas internacionales*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 307-336.
- RUIZ SUTIL, C., «Remisión *ad extra* y *ad intra* en el Reglamento 650/2012: la repercusión del Derecho interregional español en el contenido digital de la herencia internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, núm. 2, 2024, pp. 1344-1373.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «El Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley apli-

- cable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 42, 2016, pp. 99-100.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Reglamento (UE) 650/2012: aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial», en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (Dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 17-54.
- SILLERO CROVETTO, B., «Las sucesiones de extranjeros fallecidos en España a partir del Reglamento (UE) 650/2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 36, 2015, pp. 351-374.
- SOTO MOYA, M., «Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC», en MOYA ESCUDERO, M. (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 229-277.
- VÁZQUEZ MORAL, P., «Extranjeros y Derecho interregional», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 112, 2023, pp. 48-53.
- VELASCO RETAMOSA, J.M., *El Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones: algunas cuestiones escogidas*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2019.
- VIVES VELO DE ANTELO, M.P., «Acerca de los derechos sucesorios del cónyuge viudo: una perspectiva comparada con el Derecho italiano», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm.1, 2022, pp. 504-524.
- YBARRA BORES, A., «Reglamento sucesorio europeo y *professio iuris* «anticipada». La doctrina de la dirección general de los registros y del notariado», en LARA AGUADO, M.A. (Dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-255.
- YBARRA BORES, A., *La sucesión mortis causa de ciudadanos británicos en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- YBARRA BORES, A., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento sucesorio europeo», en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 393-418.
- ZABALO ESCUDERO, M^a.E., *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, Aranzadi, Navarra, 1993.

«LA COMPENSACIÓN POR DEDICACIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN»

Rebeca Fariña Fariña

Profesora Ayudante Doctora, Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA INCARDINACIÓN DEL DERECHO A SER COMPENSADO EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO: UNA DEMANDA DOCTRINAL. III. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN. *1. Aspectos comunes a cualquier supuesto de compensación por razón del trabajo doméstico. Especial referencia a la desvinculación del enriquecimiento sin causa. 2. Aspectos específicos de la compensación por dedicación al trabajo doméstico cuando es solicitada por el cónyuge viudo. Especial referencia a su naturaleza subsidiaria respecto de los derechos sucesorios.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Uno de los aspectos destacados del Libro II del Código Civil Catalán (Ley 25/2010, de 29 de julio) relativo a la persona y a la familia, es la regulación que contiene sobre la compensación económica por razón del trabajo doméstico. En el tiempo transcurrido desde su aprobación, especialmente en los años posteriores a su entrada en vigor, se ha escrito abundante literatura jurídica sobre los elementos novedosos que incorporó en esta materia. Uno de ellos ha sido la propia amplitud de la regulación, en contraste con la parquedad de los cuerpos legislativos anteriormente vigentes en Cataluña, con el escueto y controvertido art. 1438 del Código civil español y con las voces que ponen en cuestión la razón

de ser de la compensación, a la luz de los cambios sociales de las últimas décadas (GUTIÉRREZ, *CEF*, 2015, 8-11; *AJI*, 2022, 540-541; NASARRE, *El nuevo*, 2011, 236-237). Además, destacan, entre otras, las novedades relativas a la ampliación del supuesto de hecho, el distanciamiento de la teoría del enriquecimiento sin causa, o el establecimiento de unas reglas de cuantificación de la compensación¹.

El legislador catalán del Libro II regula la compensación por dedicación a la familia en los arts. 232-5 a 232-11 CCC, sistemáticamente incardinada en sede de separación de bienes, en consonancia con su función correctora del «rigor» de la liquidación de este régimen. Ya en el año 1978 el Consejo de Europa, mediante la *Resolución 37/1978, de 27 de septiembre*, referida a la igualdad de los cónyuges en Derecho civil, había recomendado a los Estados miembros, cuando el régimen legal fuese el de separación de bienes, establecer algún mecanismo que evitase las posibles desigualdades económicas que, como consecuencia de su propio funcionamiento, pudiesen surgir al tiempo de la disolución del matrimonio. En los regímenes de comunidad de gananciales y de participación, en cambio, la solidaridad conyugal y comunicación de ganancias que los caracterizan, permiten en buena medida «absorber» las eventuales desigualdades patrimoniales que puedan emerger en la fase liquidatoria (BOSCH, *Qüestions actuals*, 2013, 375; GINEBRA, *Construyendo*, 2017, 605; NASARRE, *El nuevo*, 2011, 234; RIBOT, *Comentari*, 2014, 228; ROCA, *Món Juridic*, 1994, 17; SOLÉ, *La Llei*, 1998, 933).

Por remisión expresa del art. 234-9 CCC, el derecho a ser compensado será aplicable a las parejas de hecho estables en los mismos términos que a los esposos. Con anterioridad, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja regulaba un derecho similar en los arts. 13, 31.1. y 32.3².

Este conjunto de normas de derecho sustantivo se completa con las especialidades procesales previstas en la Disposición Adicional 4^a.

Con anterioridad, la atención normativa que se le había brindado a la compensación por dedicación al trabajo doméstico había sido más limitada. Se introduce en el Derecho civil catalán por primera vez en el art. 23 de la *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña de 1960* (Ley 40/1960) tras la modificación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, realizada por la Ley

1. Con más detalle, acerca de las principales novedades que introduce el Libro II en la regulación de la compensación económica: GINEBRA, *Construyendo*, 2017, 605-611; SOLÉ, *InDret* 2/2010, 6-13; de la misma autora, *El nuevo*, 2011, 301-311.

2. Recordemos que, en el Derecho civil catalán, se entiende por «pareja estable» aquella que ha convivido durante dos años ininterrumpidos, o que, con independencia del tiempo de convivencia, tiene un hijo común o ha formalizado su relación en escritura pública (art. 243-1 CCCat). Opina BOSCH (*Qüestions*, 2013, 389) que «su aplicación a las parejas estables resulta dogmáticamente difícil de encajar, si se tiene en cuenta que estas uniones se rigen por pacto, razón por la cual no se les imponen unos deberes equivalentes a los del art. 231-2 CCC y no tienen propiamente un régimen económico matrimonial, por más que funcionen como un régimen de separación de bienes». En el mismo sentido, SOLÉ, *InDret* 2/2010, 23-24. GINEBRA (*Qüestions*, 2013, 407) en cambio, apunta que el reconocimiento a las parejas estables del derecho a la compensación se basa en la equiparación de la inexistencia de régimen económico matrimonial a la existencia de un régimen económico de separación de bienes. No precisa, sin embargo, cuál sea el fundamento de esta equiparación, a falta de pacto que así lo haya previsto.

8/1993 de 30 de septiembre y, posteriormente, el *Código de Familia* aprobado mediante la Ley 19/1998, antecedente inmediato del actual Libro II, le dedica los arts. 41 (cuestiones sustantivas) y 42 (cuestiones procedimentales).

En el propio Preámbulo de la Ley 25/2010 (apartado III, c) se expresa que la amplia regulación actual busca, precisamente, dar cauce a los problemas que venía planteando en la práctica la limitada regulación de las legislaciones preexistentes. El principal de ellos, la falta de predictibilidad de la figura propiciada por el gran margen de discrecionalidad que se dejaba a la autoridad judicial y por la disparidad de criterios utilizados en los Tribunales, especialmente, en relación con la procedencia de la compensación y con su cálculo.

A través de la normativa contenida en el Libro II se ha tratado de dotar a la compensación económica por dedicación al hogar de unas pautas más claras, estables y funcionales, así como reducir la litigiosidad recogiendo, en buena medida, las soluciones que venía dando en esta materia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, vía recurso de casación (SOLÉ RESINA, *InDret* 2/2010, 6).

El núcleo de esta regulación se encuentra en el art. 232-5.1 CCC en el que se prevé que la compensación procederá siempre que el cónyuge solicitante «haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro» y «siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior».

El art. 232-5.2 CCC considera igualmente compensable la actividad consistente en la colaboración profesional con el otro cónyuge «sin retribución o con una retribución insuficiente»³.

Dentro del marco legislativo que hemos presentado brevemente, también aquí queremos fijarnos en una de las novedades que introdujo la Ley 25/2010 en esta institución: la extensión del derecho a la compensación al cónyuge viudo, en el supuesto de extinción del régimen económico matrimonial por fallecimiento del otro cónyuge. Está pensando el legislador en aquella situación en que, con la terminación del matrimonio por causa de muerte y consiguiente liquidación del régimen de separación de bienes, el cónyuge superviviente pueda encontrarse en una situación de mengua patrimonial ocasionada por la mayor inversión de esfuerzo y tiempo en el cuidado del hogar y de los hijos (u otros parientes) durante el matrimonio y que no se ha visto (re)compensada mediante la atribución de derechos sucesorios en la herencia del causante.

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta las dimensiones acotadas del trabajo, abordaremos la compensación económica en cuanto mecanismo que, desde el Derecho de familia, se integra en el sistema catalán de protección del cónyuge superviviente y se singulariza respecto del supuesto de extinción del régimen económico en vida de los cónyuges, con requisitos de viabilidad que le son propios.

3. A lo largo de estas páginas, por economía del lenguaje, me referiré genéricamente a la «compensación por dedicación al trabajo doméstico» o expresiones equivalentes.

El atractivo de esta materia reside no solamente en la actualidad y «popularidad» de que goza esta figura compensatoria tanto en un plano social (encabeza titulares) como jurídico (gran litigiosidad) por estar estrechamente ligada a una realidad familiar y laboral que atañe, principalmente, a la mujer; sino también en el enfoque adoptado en el que convergen cuestiones de derecho de familia, con otras de derecho sucesorio.

II. LA INCARDINACIÓN DEL DERECHO A SER COMPENSADO EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO: UNA DEMANDA DOCTRINAL

Especialmente en ordenamientos jurídicos, como el catalán, en que la separación de bienes es el régimen legal supletorio (art. 231-10.2 CCC), la protección de la esfera patrimonial del cónyuge viudo ha constituido una preocupación «clásica», ante los posibles desequilibrios económicos que pueden emerger, como consecuencia de la absoluta autonomía de los patrimonios, con la liquidación del régimen por extinción *mortis causa* del matrimonio (ESPIAU, *Tratado*, 2016, 837ss; SOLÉ, *Derecho de familia*, 2013, 199-201).

En el caso de Cataluña, tradicionalmente, el legislador dejaba esta cuestión al arbitrio de los particulares, quienes optaban con frecuencia por pactar en capitulaciones matrimoniales el usufructo universal viudal (también llamado «usufructo universal capitular» o «de regencia»), o por favorecer al consorte en testamento estableciendo un fideicomiso de residuo en que era habitual que figurasen como fideicomisarios los hijos comunes. Sin embargo, en tiempos más recientes, ante el decreciente número de capitulaciones matrimoniales otorgadas y la transformación y diversificación de la sociedad catalana, en que comenzaron a convivir gentes de procedencias variadas en las que no está necesariamente arraigado el hábito de testar, el legislador consideró oportuno intervenir a fin de articular un sistema protector del cónyuge viudo. Lo hizo estableciendo «derechos viuales» en dos ámbitos: el derecho sucesorio y el derecho de familia (ESPIAU, *Tratado*, 2016, 837ss; PUIG, *Instituciones*, 2014, 259-262).

Sucintamente, la institución sucesoria protectora del cónyuge viudo más destacada es el usufructo universal que la Ley 9/1987 de 25 de marzo le otorgó en la sucesión intestada del cónyuge premuerto y que pasó al art. 331 del Código de Sucesiones aprobado mediante la Ley 40/1991, de 30 de diciembre y al actual art. 442-3.1 del Libro IV del Código civil de Cataluña, (Ley 10/2008 de 10 de julio) que, además, lo hizo extensivo a la legítima de los hijos o descendientes (art. 442-4.1 CCC). A este, se suma el derecho a exigir la cuarta viudal (arts. 231-15.3 y 452.1 CCC) que opera tanto en casos de sucesión testada, como intestada y que algunos autores consideran el equivalente en Derecho catalán a la legítima del cónyuge viudo en el Derecho común, a falta de un reconocimiento expreso como legitimario en la sucesión testada. Cabe acoger con reservas este parecer toda vez que, en el caso de la cuarta viudal, su concesión está condicionada a que el consorte que se encuentre en situación de viudedad carezca de medios suficientes

para hacer frente a sus necesidades. Solo entonces, podrá tomar de la herencia lo que necesite, con el límite máximo del 25% del caudal hereditario (ESPIAU, *Tratado*, 2016, 837ss; PUIG, *Institucions*, 2014, 259ss; ROCA, *Institucions*, 2009, 526ss y 582ss).

Por lo que se refiere a los beneficios atribuidos desde el Derecho de familia, se reconocen al supérstite: el derecho al ajuar de la vivienda o derecho de predetracción viudal (art. 231-30 CCC, análogo al art. 1321 CC) y el año de viudedad (art. 231-31 CCC). Ambos beneficios componen los llamados «derechos viduales familiares» y serán exigibles, con independencia del tipo de régimen por el que se hubiese regido la economía del matrimonio, por el cónyuge que, al tiempo del fallecimiento del causante, no se encuentre separado legalmente, o de hecho. El primero de ellos le confiere el derecho de propiedad «de la ropa, enseres, mobiliario que constituya el ajuar de la vivienda conyugal» y, el segundo, atribuye al supérstite que no sea usufructuario universal el derecho a seguir disfrutando de la vivienda conyugal, y a ser alimentado con cargo a la herencia durante el año siguiente al fallecimiento del causante (ESPIAU, *Tratado*, 2016, 837ss; PUIG, *Institucions*, 2014, 259ss).

Quizá por la existencia de este conjunto de medidas tuitivas de los intereses económicos del consorte sobreviviente, la idea de hacerle extensivo el derecho a la compensación económica ha tardado en tener una plasmación normativa, a pesar de formar parte del debate jurídico en Cataluña desde hace décadas.

Así, la posibilidad de «generalizar» la compensación económica prescindiendo de la causa de extinción del régimen económico se había planteado ya, tanto en los debates parlamentarios sobre el Proyecto de Ley de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges de 1993⁴, como en la tramitación del Proyecto de Ley del Código de Familia de 1998⁵, a los que se presentaron diversas enmiendas en este sentido.

Sin embargo, prevaleció la redacción original de ambos preceptos. Esta decisión de política legislativa de circunscribir la compensación por dedicación a la familia a los casos de extinción del matrimonio por crisis matrimonial y excluir el supuesto de extinción *mortis causa*, mereció las críticas de buena parte de la doctrina que cuestionaban que esta limitación estuviese justificada (acerca del sector crítico: GINEBRA, *Qüestions*, 2013, 404-405, nota 4; RIBOT, *Comentari*, 2014, 250; más genéricamente, SOLÉ, *InDret* 2/2010, 6).

No parecía razonable que un perjuicio patrimonial que habría sido compensado si la disolución se hubiese producido en vida de ambos cónyuges, no lo fuese en caso de haber fallecido quien habría sido el cónyuge deudor, pasando esa parte del patrimonio a sus herederos. Se apuntaba que la previsión legal referida únicamente al caso de nulidad, separación o divorcio implicaba establecer normas de liquidación del régimen diferentes según las causas que hubiesen provocado la disolución y resultaba perjudicial para el cónyuge viudo (ROCA,

4. Cfr. BOPC, núm. 116/04, 1 junio 1993, pp. 7380-738.

5. Cfr. BOPC núm. 299/05, 11 junio 1999, p. 23949.

Món Juridic, 1994, 17; ROCA/PUIG, *Antecedents*, 2005, 11 y 22; SOLÉ, *La Llei*, 1998, 1993).

A diferencia de lo ocurrido con los Proyectos legislativos anteriores, el influjo de este parecer doctrinal se dejó notar en los *Proyectos de Ley* de los años 2006 (EM, apartados III y IV; arts. 232-5.1 y 232-5.5)⁶ y 2009 (EM apartado 3 c; arts. 232-5.1, 232-5.5 y 232-11.2)⁷ precedentes legislativos inmediatos de la Ley 25/2010. La voluntad legislativa de hacer extensivo el derecho a la compensación al cónyuge supérstite, cristalizó en el art. 232-5.1 CCC que prevé la procedencia de la compensación «siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o, *muerte de uno de los cónyuges*» quedando el supérstite legitimado para solicitar el derecho a ser compensado, concurrentes los demás requisitos legales, con la condición de que «los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería» (art. 232-5.5 CCC). Deben tenerse en cuenta, también, las atribuciones *inter vivos* que, durante la vigencia del matrimonio, hubiese recibido del cónyuge premuerto (art. 232-6.2 CCC).

A través de esta previsión, se abre un abanico de posibilidades en que la compensación por dedicación al trabajo doméstico entra en relación con los derechos que le hubiesen sido conferidos (*inter vivos o mortis causa*) al demandante de la misma por su esposo premuerto, y con los derechos viduales sucesorios y familiares, antes mencionados, a través de los que el legislador ha querido articular la protección del cónyuge viudo. Nos referiremos más adelante a esta cuestión.

Vamos ahora a revisar brevemente algunas cuestiones relativas al ejercicio del derecho a ser compensado, partiendo de la distinción entre los requisitos de viabilidad comunes y los específicamente requeridos cuando el demandante es el cónyuge viudo⁸. Consideraremos con un poco más de detenimiento la acertada (des)vinculación del enriquecimiento sin causa, y la naturaleza subsidiaria que se le atribuye a la compensación cuando se interrelaciona con los derechos sucesorios⁹.

6. *Cfr.* BOPC núm. 354, 15 de junio de 2006.

7. *Cfr.* BOPC núm. 384, 9 de enero de 2009.

8. Se refieren con cierto detalle a los presupuestos de ejercicio del derecho a la compensación del art. 232-5.1 CCC, entre otros: ARRÉBOLA, *La compensación*, 2019 134-148; BOSCH, *Qüestions*, 2013, 398-394; NASARRE, *El nuevo derecho*, 2011, pp. 233-300; RIBOT, *Comentari*, 2014, 239-246;

9. Abordan la evolución del vínculo entre el enriquecimiento sin causa y la compensación por dedicación al trabajo doméstico en el derecho civil catalán: BOSCH, *Qüestions*, 2013, 378ss; GINEBRA, *Qüestions*, 2013, 408-413; SOLÉ, *La codificación*, 2011, 188ss. En el marco del Derecho común, sobre el entendimiento de la compensación por dedicación al trabajo doméstico como mecanismo restitutorio de un enriquecimiento sin causa, *vid.* por todos: ARRÉBOLA, *La compensación*, 2019, 359-449.

III. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN

1. Aspectos comunes a cualquier supuesto de compensación por razón del trabajo doméstico. Especial referencia a la desvinculación del enriquecimiento sin causa

En cualquiera de las tres situaciones que propician el nacimiento del derecho de un cónyuge o conviviente a ser compensado por el otro (extinción del régimen del matrimonio por una crisis matrimonial, extinción por fallecimiento del consorte deudor, o cese efectivo de la convivencia), para que el cónyuge «perjudicado» pueda acceder mediante la compensación por dedicación al trabajo doméstico a una «parte equitativa» de los bienes de su consorte, han de darse unos presupuestos comunes que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con base en los arts. 232-5.1 y 232.5.2 CCC, ha concretado en los siguientes¹⁰:

1. La existencia de un matrimonio que se encuentre sometido al régimen de separación de bienes del Derecho civil de Cataluña cuando se produzca su disolución y la consiguiente liquidación del régimen económico matrimonial,
2. Haber trabajado uno de los cónyuges para la casa «sustancialmente más que el otro» o de manera «notablemente superior»¹¹; o haber trabajado para el otro sin remuneración o percibiendo una retribución insuficiente,
3. La presencia, al tiempo de la terminación del régimen de separación, de un excedente de ingresos en el patrimonio del eventual «cónyuge deudor» —generados sobre su patrimonio inicial— sin necesidad de que exista correlación directa entre este incremento patrimonial y el trabajo para la casa del demandante de la compensación. A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del art. 41 del *Código de Familia* de 1998 que sí exigía una relación causa-efecto entre ambos eventos al entender que la situación de desigualdad patrimonial debía implicar un enriquecimiento injusto. Con todo, conviene tener en cuenta que, cuando el legislador indica

10. Cfr. entre otras, las SSTJC 30.10.2014 (RJ 2014/6674), 6.9.2016 (RJ 2016/5290), 27.7.2016 (JUR 2016/173256), 27.6.2016 (JUR 2016/ 173443), 28.9.2017 (RJ 2017/4394), 26.10.2017 (RJ 2017/5690), 21.6.2018 (RJ 2018/4497), 30.5.2019 (JUR 2019/235946), 30.6.2022 (RJ 2022/5245) o 13.1.2023 (RJ 2023/4006).

11. Cabe apuntar que, desde que Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictase la primera sentencia en esta materia el 31 de octubre de 1998 (JUR/1998/223373), ha venido afirmando, siguiendo una línea de continuidad en su doctrina que, en el caso de reclamación de la compensación por dedicación a la familia, no es necesario que ésta haya sido en régimen de exclusividad. La matización introducida en el art. 232-5.1CCC, relativa a que el cuidado a la familia es compensable cuando ha sido «más sustancial» que el dispensado del cónyuge demandado, no ha alterado esta doctrina. Cfr., entre otras, SSTJC 31.10.1998 (JUR 1998/223373), 27.4.2000 (RJ 2000/4125), 10.2.2003 (RJ 2003/4464), 26.3.2003 (RJ 2003/4654), 25.5.2006 (RJ 2014/4326), 13.7.2009 (RJ 2009/5672), 21 junio 2018 (RJ 2018/4497), 30.5.2019 (JUR 2019/235946), 5.11.2021 (RJ 2021/5908) o 13.1.2023 (RJ 2023/4006).

que la cuantía de la compensación podrá superar el 25% de la diferencia entre ambos patrimonios si la contribución del demandante ha sido «notablemente superior», esta condición se pone en relación con el incremento patrimonial del cónyuge deudor. Así se indica en el Preámbulo: «se permite el otorgamiento de una compensación de cuantía superior si el cónyuge acreedor puede probar que la incidencia de su trabajo en el incremento patrimonial del otro cónyuge ha sido notablemente superior». Por tanto, en este supuesto, se aprecia una cierta incoherencia, al conservarse la exigencia de correlatividad.

En definitiva, la pertinencia del crédito compensatorio se hace depender de la existencia de un desequilibrio entre los patrimonios de ambos cónyuges al tiempo de la disolución del matrimonio. Y esta circunstancia, configurada como un elemento objetivo esencial para que prospere la pretensión compensatoria, ha de coincidir o bien con una dinámica matrimonial también desigual por haber tenido el cónyuge demandante una mayor implicación en el cuidado de la familia, o bien con una colaboración profesional no retribuida o insuficientemente remunerada. Actividades que no le han reportado al demandante de la compensación ingresos acumulables.

Por otro lado, en el Preámbulo de la Ley 25/2010 se indica que «la nueva regulación abandona toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto, prescinde de la idea de la sobrecontribución a los gastos familiares [...] y se fundamenta, sencillamente, en el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no excedentes acumulables y el otro realice otra que sí los genera» (apartado III c). A lo que el TSCJ añade que «la más autorizada doctrina» ha declarado «que la reforma gravita sobre la descompensación de las ganancias entre ambos cónyuges con un límite que no se relaciona con el enriquecimiento sino con un porcentaje de la diferencia entre las ganancias»¹².

Y no es de extrañar que el legislador catalán haya considerado más razonable optar por esta vía, puesto que, si la acción para solicitar la compensación se entiende como una acción de enriquecimiento sin causa, para que prospere el derecho del cónyuge demandante a ser compensado, se hace necesario probar la concurrencia de los presupuestos de ejercicio propios de esta acción restitutoria. Desde la perspectiva unitaria subyacente en el art. 41 CF y en la praxis judicial catalana, esos presupuestos son los siguientes¹³:

12. Así, lo expresa el TSJC, por ejemplo, en las sentencias: 30.10.2014 (RJ 2014/6674), 27.6.2016 (JUR 2016/173256), 28.9.2017 (RJ\2017\4394), 30.6.2022 (RJ\2022\5245), 13.1.2023 (RJ\2023\4006).

13. El planteamiento unitario, dominante en España hasta ahora, basa la configuración jurídica de esta institución en los elementos que tienen en común todas las situaciones de enriquecimiento injustificado: enriquecimiento, correlativo empobrecimiento y falta de causa. Elementos que operan, a la vez, como requisitos de ejercicio de la acción general que canaliza la obligación de restituir. A este respecto, son de referencia: ÁLVAREZ, *El enriquecimiento*, 1993; DE LA CÁMARA, *Dos estudios*, 1988, 135ss; Díez-PICAZO, *Dos estudios*, 1988, 13ss; NUÑEZ, *El enriquecimiento*, 1934. Para tratar de solucionar las disfuncionalidades a que conducía este planteamiento, nació en Alemania a mediados

- a) Un enriquecimiento, genéricamente entendido como un aumento del activo patrimonial del demandado, o una no disminución del pasivo. En los supuestos que tratamos aquí, este requisito se suele identificar con el incremento patrimonial obtenido por el cónyuge demandado «gracias al aprovechamiento del trabajo y esfuerzo» del demandante; es decir, el enriquecimiento se cifra en el ahorro de gastos experimentado al no haber realizado el desembolso del sueldo que, eventualmente, habría cobrado un tercero por la realización de las mismas tareas de cuidado de hogar, atención de la familia o colaboración profesional que realizó el demandante de la compensación.
- b) Un correlativo empobrecimiento¹⁴, que puede consistir tanto en la salida de un valor del patrimonio, como en la no obtención de la ganancia que le habría correspondido por la actividad realizada. Y aquí ya empieza a complicarse la comprensión de la pretensión compensatoria como una acción de enriquecimiento sin causa, especialmente cuando ha habido una dedicación a la familia. ¿Cuál es el «empobrecimiento», económicamente cuantificable, que le ha reportado al cónyuge demandante y que el cónyuge demandado deba restituirle? En la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se ha recurrido al enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes, se ha tendido a identificar el empobrecimiento con la «pérdida de expectativas profesionales» o «pérdida de oportunidad» (DE AMUNÁTEGUI, *AJI*, 2022, 1032 ss; FARIÑA, *AJI*, 2018, 275 ss). Cuando la actividad realizada durante la convivencia consistió en la colaboración profesional no retribuida en los negocios del otro cónyuge, ha sido esa falta de la remuneración debida la que se ha calificado como «empobrecimiento». A nuestro parecer, en esta segunda situación se puede hablar de un empobrecimiento —típico, además, de los supuestos de enriquecimiento por inversión¹⁵— para cuya

del s. XX, el llamado planteamiento tipológico. La propuesta tipológica se basa en la distinción de tipos de acciones de enriquecimiento en función del tipo de conflicto que resuelven y del sector en el que éste se incardina: *condictio* por prestación (liquidación de los contratos y pagos por error); *condictio* por inversión o impensas (compensación de mejoras realizadas en patrimonio ajeno), *condictio* por intromisión (uso o disposición de bienes ajeno). Sobre el planteamiento tipológico en la doctrina española: BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado*, 1998; del mismo autor: *Estudios jurídicos*, 2014, 487-524; *Enriquecimiento*, 2017, 219-237; Díez-PICAZO, *Dos estudios*, 1988, 13ss; FARIÑA, *La restitución*, 2022.

14. Acerca de las dificultades que existían bajo la vigencia del art. 41CF para probar la relación de correlatividad entre el incremento patrimonial del cónyuge «enriquecido» y la situación patrimonial del cónyuge «empobrecido» *vid.* por todos: BOSCH, *RJC*, 2010, 1086; GINEBRA, *Questions*, 2013, 410; SOLÉ, *La Llei*, 1998, 933ss.

15. En la propuesta tipológica del enriquecimiento sin causa, el enriquecimiento por inversión o impensas es aquel que se produce como consecuencia de una inversión de trabajo, dinero o bienes en una cosa ajena sin haber obtenido la correspondiente contraprestación, ni haber participado en modo alguno del resultado que se ha contribuido a crear. En particular, sobre el ejercicio de la *condictio* por impensas en el marco de relaciones de parentesco o afectividad: BASOZABAL, *Estudios jurídicos*, 2014, 514ss.

cuantificación habría que tener en cuenta el comportamiento económico de demandante y demandado, constante la convivencia.

En cuanto al coste personal que pueda tener la inversión directa de esfuerzo y tiempo en el cuidado de la familia, si bien es cierto que, en determinados casos, se puede traducir en una ralentización temporal o prolongada de la propia proyección personal, entendemos que no tiene fácil encaje en la noción de empobrecimiento. Éste consiste, como se ha dicho, en un menoscabo patrimonial correlativo al enriquecimiento cuya restitución se reclama y que ha operado tradicionalmente como límite de la obligación restitutoria. La frustración de una expectativa no da lugar a la aplicación de las normas del enriquecimiento sin causa (DE AMUNÁTEGUI, *AJI*, 2022, 1033-6; FARIÑA, *AJI*, 2018, 286); si acaso, podría resultar un parámetro más cercano a la noción de daño o perjuicio. No en vano, esta perspectiva indemnizatoria estaba presente en la jurisprudencia del TSCJ que, durante la vigencia del art. 41 del Código de Familia se refería, frecuentemente, a la compensación por dedicación al trabajo doméstico como «indemnización compensatoria»¹⁶.

- c) La falta de causa del enriquecimiento, entendida como la ausencia de razón jurídica que legitimaría al demandado a retener lo recibido. A nuestro juicio, en este requisito residía la principal dificultad para comprender y aplicar la compensación desde el prisma del enriquecimiento sin causa. Este presupuesto no se concilia bien con la obligación legal de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de la familia que se preveía, durante la vigencia del Código de Familia, en su art. 5¹⁷. Indicaba este precepto que dicha contribución se llevaría a cabo «de la forma que pacten», «con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios» computándose, asimismo, «la aportación al trabajo doméstico» como «una forma de contribución a los gastos familiares». En esta previsión legal encuentra su causa justificadora la dedicación a la familia, al tratarse de una forma de contribuir a su sostenimiento.

De no ser así, nos encontraríamos con la «duplicidad contable» a que hacía referencia la SAP de Barcelona, de 13 septiembre 2007 (BOSCH, *Qüestions*, 2013, 381 y 390) y según la cual: «la actividad destinada al hogar familiar, o la colaboración en el trabajo para el otro cónyuge, puede constituir una contribución a las cargas familiares, vía del art. 5 del Código de Familia, o motivo de la constitución de la compensación económica del art. 41 CF si concurre una situación de desigualdad patrimonial generadora de enriquecimiento injusto. Por tal considera-

16. Se emplea la expresión «indemnización compensatoria», entre otras, en las SSTSJ 27.4.2000 (RJ 2000/4125), 10.2.2003 (RJ 2003/4464), 30.6.2005, 25.5.2006 (RJ 2014/4326), 13.7.2009 (RJ\2009\5672).

17. En esta previsión legal encuentra su causa justificadora la dedicación a la familia, al tratarse de una forma de contribuir al sostenimiento de la familia.

ción, se ha entendido por la doctrina científica que puede producirse una duplicidad contable por tales actividades que es preciso evitar entendiendo que el trabajo para la casa, o para la actividad profesional del otro cónyuge, tan solo genera la compensación económica del artículo 41 cuando excede de la obligatoria contribución a las cargas matrimoniales, es decir, cuando suponga una especie de sobrecontribución, que además genera una situación de desequilibrio patrimonial motivador de un enriquecimiento injusto».

La perspectiva expresada por la Audiencia de Barcelona es compartida por numerosos autores (GUTIÉRREZ, *CEF*, 2015, 24 ss; ARRÉBOLA, *La compensación*, 2019, 394-410): solo cabría compensar aquella contribución que excediese de la obligación legal de asumir las responsabilidades familiares de manera proporcional, salvo pacto en contrario. Y es en esta «aportación excesiva» en la que debería recaer el esfuerzo probatorio del cónyuge demandante de la compensación para poder ser reclamada. Sin ánimo de extenderme más sobre esta cuestión, el escollo que podría surgir aquí es, nuevamente, el de la causa: habiendo consentido los cónyuges en acogerse el régimen de separación de bienes y a su característica independencia patrimonial (consentimiento expreso si han otorgado capitulaciones matrimonial o tácito, de no haberlas pactado para acogerse a un régimen distinto), las consecuencias de la liquidación de dicho régimen entrarían dentro del consentimiento prestado y, por tanto, estarían justificadas igualmente.

Quizá en este sentido se debería entender la expresión «sustancialmente más que el otro» del art. 232.5.1 CCC referida a la contribución del cónyuge demandante, para que pueda ser compensada, y que constituyó otra de las novedades destacadas en su regulación. Pues, si bien el legislador indica en el Preámbulo del Libro II que se prescinde de referencia alguna a la sobrecontribución, también lo es que no indica en qué medida «sobrecontribuir» y contribuir «sustancialmente más» son conceptos distintos, ni qué deba entenderse por esa «sustancialidad» en la atención de la familia. En la práctica, el significado de esta expresión queda sujeto a interpretación judicial. Son los juzgadores quienes deben decidir si se cumple esta circunstancia y lo hacen, a falta de criterios específicos, tomando en consideración los factores previstos en el art. 232.5-3 CCC para calcular la cuantía: duración e intensidad de la implicación en el cuidado de la familia, número de hijos (si los hay), o la atención a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. En cuanto concepto indeterminado que es, plantea problemas de prueba, complejiza el ejercicio del derecho y dificulta la cuantificación de la compensación (BOSCH, *Qüestions*, 2013, 289 ss; NASARRE, *El nuevo derecho*, 2011, 245 ss).

Expuesto lo anterior, y para cerrar estas consideraciones acerca de la (des) vinculación entre el enriquecimiento sin causa y la compensación por dedicación al trabajo doméstico en el Derecho civil catalán, diremos que, a la vista de los supuestos litigiosos resueltos por el TSJC en aplicación del art. 41 *CF*, la exigencia de que el desequilibrio patrimonial implicase un enriquecimiento injustificado para que la pretensión de compensación pudiese ser estimada, no ha ido acompañada de un análisis de los presupuestos de viabilidad de la acción de enriquecimiento sin causa que hemos mencionado.

El TSJC ha tendido a apreciar que cuando el cónyuge demandante se había dedicado a la casa y el cónyuge demandado gozaba de un patrimonio superior al de aquél al tiempo de la extinción del régimen económico, procedía compensar, sin examinar propiamente la concurrencia de los presupuestos de viabilidad del enriquecimiento sin causa en el caso concreto. Así, por ejemplo, en la STJC 27.4.2000 (RJ 2000/4125), primera en la se pronunció acerca esta figura desde la entrada en vigor del *Código de Familia* de 1998, afirma que: «Determinada, en consecuencia, la existencia de una notable desigualdad patrimonial en el momento de la crisis conyugal respecto al montante económico titularidad del demandado [...] y determinado, también, lo injustificado de ese desequilibrio, queda por fijar la cuantía a percibir por aquélla a título de indemnización compensatoria [...] Ha de repetirse: aquí que no se trata de que el trabajo de la esposa haya representado un enriquecimiento para el marido y un empobrecimiento para ella, ni se trata de comparar la situación actual de los cónyuges; aquí se trata de ver si, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal, se produjo una injustificada desigualdad patrimonial entre ellos, porque, habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio nada motiva que, en palabras llanas, uno quede rico y la otra reste pobre». En la sentencia del 21 de octubre de 2002 expresa que: «solamente por el hecho de la renuncia de uno de los cónyuges a trabajar fuera de casa, el otro ya resulta enriquecimiento al saber que la casa y, en su caso, sus hijos, ya están atendido y que en cualquier caso se valora si el cónyuge que reivindica la compensación del art. 41 ha desarrollado o no trabajos penosos». Y en la sentencia de 10 de febrero de 2003 (RJ\2003\4464), por poner otro ejemplo, expone que: «lo que la norma trata de compensar es el trabajo desinteresado del cónyuge que opta por dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos y esta opción es precisamente la que permite al otro cónyuge mantener, y en su caso, aumentar, el patrimonio conyugal y sería de todo punto «injustificado que esta opción —que beneficia a ambos consortes— derivase en el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento del otro».

Así las cosas, puede decirse que, bajo la legislación anterior, el derecho a ser compensado requería únicamente la constatación de un desequilibrio entre los patrimonios de ambos. Probado el desequilibrio, el recurso al enriquecimiento sin causa servía al Juzgador como remedio de equidad para presumir la injusticia de aquel. En la regulación del año 2010, se extrajo «de la ecuación» el elemento de la injusticia, y se introdujo el de la contribución sustancialmente superior del cónyuge demandante, con ánimo de cerrar la amplia puerta que se había abierto a la discrecionalidad judicial.

La supresión de la referencia al enriquecimiento sin causa también ha repercutido positivamente en el cálculo de la cuantía a compensar. Bajo la regulación anterior, sin otro parámetro que el «enriquecimiento injusto» obtenido por el cónyuge demandado, «la forma de cuantificación» supuso un problema notable. A falta de soluciones unitarias en la doctrina y en la jurisprudencia catalanas, quedaba esta cuestión «al total arbitrio judicial» [...] debiendo decidirse «la forma de restablecer el equilibrio patrimonial atendiendo a las circunstancias del caso y a

las pruebas practicadas por las partes litigantes» (entre otras, SSTCJ 27.4.2000 [RJ\2000\4125], 13.7.2009 [RJ\2009\5672]).

En la regulación que realiza el Libro II, las reglas de cálculo de la compensación se detallan de forma precisa en el art. 232-6 CCC y, si bien comportan cierta complejidad, unidas al límite máximo —no absoluto— del 25% de la diferencia entre los incrementos patrimoniales de los cónyuges, han dotado de mayor certeza y previsibilidad al cálculo del crédito compensatorio. Algunos autores sostienen que la figura continúa vinculada al enriquecimiento sin causa, no «en sentido técnico» por cuanto la acción compensatoria no participa ya de la naturaleza de una acción de enriquecimiento injustificado (en realidad, tampoco lo hacía antes como acabamos de ver), pero sí como fundamento de la misma (BOSCH, *Qüestions* 2013, 384; GINEBRA, *Qüestions*, 2013, 413-415). Por nuestra parte, y si bien por razones de extensión no podemos ahondar en este punto, entendemos que la compensación se ha querido articular como herramienta para reestablecer el equilibrio patrimonial mediante una comunicación de ganancias que la aproxima al crédito de participación, sin perjuicio de las diferencias señaladas por la doctrina (BOSCH, *Qüestions*, 2013, 397-9; NASARRE, 242, 255, 256, RIBOT, *Comentari*, 2014, p.238; SOLÉ, *InDret*, 2/2010, 15)¹⁸. Desde este punto de vista, parece más probable que le sirvan de fundamento los principios de proporcionalidad y solidaridad conyugales, que el que prohíbe enriquecerse sin causa a costa de otro.

2. Aspectos específicos de la compensación por dedicación al trabajo doméstico cuando es solicitada por el cónyuge viudo. Especial referencia a su naturaleza subsidiaria respecto de los derechos sucesorios

Cuando la compensación es solicitada por el supérstite con cargo al caudal hereditario del cónyuge premuerto, además de la necesaria concurrencia de los «requisitos comunes» y de la aplicación de las reglas de cuantificación ordenadas en el art. 232-6 CCC, el legislador prevé, para que surja el derecho a ser compensado, otros tres requisitos específicos.

Primeramente, la reclamación de la compensación ha de ser realizada por el cónyuge sobreviviente. Solamente éste cuenta con legitimación para reclamar la compensación, toda vez que se le atribuye el carácter de derecho personalísimo. Así lo indica el inciso primero del art. 232-5.5 CCC: «*En caso de extinción del régimen de separación por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo*». Por tanto, en caso de que el fallecido sea el cónyuge acreedor de la compensación,

18. La cercanía entre el derecho a ser compensado por la dedicación a la familia, y el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el consorte, se revela en el recorrido legislativo de la regulación del régimen económico de separación de bienes, desde los Anteproyectos de 1989 y 1990 de modificación de la CDCC, hasta la configuración legal que se le ha dado en el Código civil catalán. Cfr. GINEBRA, *Construyendo*, 2017, 599-604; RIBOT, *Comentari*, 2014, 227-238).

sus herederos no tienen derecho a solicitarla. Tampoco cuando, habiendo sobrevivido al causante, fallezca el beneficiario de la compensación sin haberla reclamado o cuando, habiendo solicitado su cobro, no haya sido reconocida en sentencia firme. Ahora bien, si ha sido solicitada y reconocida, se entiende existente el crédito que, entonces sí, será transmisible a los herederos y se incorporará al caudal relicto pudiendo aquellos exigir su cobro (BAYO, *Libro segundo*, 2011, 699; GINEBRA, *Qüestions*, 2013, 417-419; RIBOT, *Comentari*, 2014, 251). El ejercicio del derecho ha de realizarse en el plazo de tres años desde el fallecimiento del eventual cónyuge deudor (el art. 232-11.2 CCC), constituyendo éste un segundo presupuesto específico¹⁹.

Y, en tercer lugar, el legislador condiciona el reconocimiento de la compensación a la circunstancia de no haber recibido el demandante a través de «los derechos que el causante le haya atribuido mediante sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o aquellos que le correspondan en la sucesión intestada» el importe que le habría correspondido en compensación por su dedicación a la familia (art. 232.5-5 CCC). Es decir, le atribuye a la compensación naturaleza subsidiaria respecto de los derechos sucesorios.

La elección de la subsidiariedad para resolver el eventual solapamiento de la compensación económica con los derechos sucesorios es significativa, toda vez que el recurso a este criterio es propio de situaciones en que varios mecanismos jurídicos coinciden en su ámbito objetivo de aplicación, en su finalidad y función. Por esta razón, entendemos que la decisión del legislador de atribuir carácter subsidiario a la compensación en los supuestos de disolución *mortis causa* del matrimonio, refuerza la idea antes mencionada, y suscrita por una amplia mayoría de la doctrina, de que el crédito compensatorio se ha configurado como una suerte de crédito de participación, si bien de un porcentaje inferior y con unas reglas de cálculo más simplificadas. Si la participación del supérstite en unos beneficios que se han ido fraguando durante la vida en común, y que se entiende que ha contribuido a generar por su dedicación a la familia, no se articula por vía sucesoria, entonces, cabe recurrir a la compensación por dedicación al trabajo doméstico.

En cuyo caso, solicitada la compensación y calculado el importe a que ascendería atendiendo a las «adiciones» y «detracciones» previstas en el art. 232-6 CCC, antes de reconocer al cónyuge viudo el derecho a percibirla, habrá que calcular el valor total de los derechos que le hayan sido atribuidos en sucesión testada, en atribuciones *inter vivos* en previsión de muerte (seguros de vida, planes de pensiones, donaciones *mortis causa*...) o los que le correspondan en la sucesión intestada. En caso de ser superior la cuantía que por compensación le corresponda, podría el cónyuge supérstite recibir por este concepto la diferencia.

19. Si bien en el art. 232-11.2 CCC se califica el plazo de tres años previsto para la solicitud de la compensación como prescriptivo, señalan algunos autores la conveniencia de considerarlo como plazo de caducidad. Sobre esta cuestión y sobre los aspectos procedimentales de la reclamación de la compensación, *cfr.* ARRÉBOLA, *La compensación*, 2019, 131-133; GINEBRA, *Qüestions*, 2013, 419-421 y 422-424; RIBOT, *Comentari*, 2014, 252-253.

Los escenarios que se pueden presentar son diversos. Puede servirnos de punto de partida para una sucinta aproximación, tener en cuenta que el cónyuge viudo puede concurrir a la herencia de su consorte por distintos títulos.

En caso de sucesión testada, puede hacerlo como sucesor a título universal o a título particular y no implicarán, necesariamente, que quede excluida la compensación. Su viabilidad dependerá del valor de las atribuciones dispuestas en su favor. Ahora bien, si es beneficiario de otras «cuartas» como la «cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima» (arts. 427-70 ss CCC) o la «cuarta trebeliánica» en caso de haber sido nombrado heredero fiduciario (art. 425-31 ss CCC), quedaría «neutralizado» el derecho a la compensación al atribuir al supérstite una parte en los bienes hereditarios coincidente con el porcentaje máximo al que tendría derecho en virtud del crédito compensatorio (GINEBRA, *Questions*, 2013, 426-427).

También puede acceder a la herencia como heredero legal, en el supuesto de sucesión intestada (ESPIAU, *Tratado*, 2016, 854 ss; ROCA, *Instituciones*, 2009, 562 ss). El Código civil catalán prevé entonces distintas posibilidades en función de las personas con quienes concurra en la sucesión. Si concurre solo, la herencia se le atribuye íntegramente. De ser llamado a la herencia junto con los progenitores del causante, adquirirá la titularidad de los bienes y derechos que la componen con la salvedad de lo que a aquellos les corresponda por legítima, según lo dispuesto en los arts. 442-3.2 y 452-5 CCC. Y, en caso de concurrir con hijos o descendientes, le corresponde al supérstite el usufructo universal (art. 442-3 CCC) que recaerá sobre todos los bienes y derechos del causante que los hijos o descendientes reciban de la herencia, extendiéndose, además, a su legítima (art. 442-4.1 CCC).

Podrá, no obstante, el cónyuge usufructuario conmutarlo por una cuarta parte alícuota de la herencia y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar dentro del año siguiente al del fallecimiento del causante (art. 442-5 CCC). El derecho a la parte alícuota, se configura como un derecho a obtener el valor de la cuarta parte de la herencia en su integridad, que se puede pagar adjudicándole bienes de la herencia o con dinero (art. 442-5.5 CCC). En esta última situación, tampoco quedaría automáticamente excluido el crédito compensatorio ya que el valor de la cuarta parte del haber hereditario, podría ser inferior al valor de la «cuarta doméstica» al calcularse ambas sobre masas patrimoniales distintas.

Por último, podrá concurrir a la sucesión como titular de determinados derechos viuales, de índole familiar y de índole sucesoria, con independencia de si el causante ha otorgado o no testamento. Tal y como señalábamos en un momento anterior, y por lo que se refiere a los derechos viuales sucesorios, tiene derecho a la «cuarta viual» el supérstite que, al tiempo de la extinción *mortis causa* del matrimonio, carezca de recursos suficientes para hacer frente a sus necesidades, atendidos los parámetros del art. 452-1.2 CCC. De encontrarse en esta situación de necesidad, podrá disponer de una cuarta parte de la herencia. Si bien, como en el caso de las «cuartas anteriores», pudiese parecer que su concesión suprime el reconocimiento de la compensación, en este caso, la posible interrelación de ambas figuras se ordena de manera diferente. Además de tener la cuarta viual una naturaleza alimentaria, distinta a la función «reequilibradora» del

crédito compensatorio, la fijación de la cuantía de la primera, parte del valor que tengan, entre otros, «los bienes que puedan corresponderle por liquidación del régimen económico matrimonial». En consecuencia, se entiende que, en este caso, es la cuarta viudal subsidiaria de la compensación cuya cuantía habrá de tenerse en cuenta para valorar si procede o no concederle también aquella (GINEBRA, *Qüestions*, 2013, 431-433; NASARRE, *El nuevo derecho*, 2011, 256-257).

Por cuanto se refiere a los derechos viduales familiares, entiende la doctrina que son completamente independientes de la compensación y, por tanto, compatibles. Apuntan algunos autores que su compatibilidad no se basa en la regla del art. 232-10 CCC, toda vez que ni resultan imputables a la compensación, ni el pago de ésta incide en el contenido de aquellos (GINEBRA, *Qüestions*, 2013, 430; RIBOT, *Comentari*, 2014, 253). Por nuestra parte, entendemos que esa posibilidad de concurrencia se basaría en la independencia y sustantividad propia de los derechos viduales familiares, que buscan garantizar una protección inmediata y temporal de la situación económica y habitacional del cónyuge en situación de viudedad, respecto de la compensación y su función reequilibradora de las masas patrimoniales. A diferencia de los derechos sucesorios que le atribuyen la titularidad de bienes o derechos del caudal relicto, de modo definitivo, convirtiéndose en bienes o derechos propios (ESPÍAU, *Tratado*, 2016, p. 843).

IV. CONCLUSIONES

La regulación que se hace en el Código civil catalán de la compensación económica por dedicación al trabajo doméstico ha conseguido, en buena medida, los objetivos que el legislador puso de manifiesto en el Preámbulo de la Ley 25/2010. Especialmente, la ha dotado de una mayor certidumbre en cuanto a su procedencia y a su cuantificación, reduciendo el amplio margen de discrecionalidad judicial existente hasta entonces, principalmente por la referencia al carácter injustificado que debía tener el desequilibrio patrimonial para ser compensado.

Se presentan como aspectos menos convincentes desde un punto de vista doctrinal, y más problemáticos desde un punto de vista práctico, el requerimiento de una mayor sustancialidad en la dedicación al hogar del cónyuge demandante y la aplicación de las reglas de cálculo de la cuantía a compensar. Precisamente, las discrepancias en torno a estos puntos son las que continúan provocando más litigios en torno a esta figura compensatoria en Cataluña.

Por cuanto se refiere al ejercicio de la compensación en el supuesto de extinción *mortis causa* del régimen de separación de bienes, al elogio que merece su previsión, se contraponen la mayor complicación que conlleva su atribución en estos supuestos al interaccionar con la normativa sucesoria, así como la complejidad que añade a la sucesión del cónyuge difunto. Por otro lado, la acción compensatoria presenta en estos casos unos rasgos peculiares que la particularizan, y que harían razonable distinguir entre dos tipos de compensaciones: la ejercida cuando el matrimonio se extingue por una crisis matrimonial y aquella que se

ejercita cuando el vínculo del matrimonio se disuelve por fallecimiento de quien habría sido el cónyuge deudor.

A la fecha de redacción de este trabajo, no encontramos en la práctica judicial catalana supuestos en que el derecho a ser compensado por una mayor implicación en el cuidado de la familia haya sido ejercitado por el supérstite. Quizá esta falta de litigiosidad venga a confirmar lo apuntado por algunos autores que consideran que, así configurada, la compensación tiene una virtualidad práctica muy limitada. Se configura como una vía residual de mejora de la posición del cónyuge viudo que, habiéndose dedicado en mayor medida a la familia, no ha sido favorecido mediante atribuciones *inter vivos*, o *mortis causa* por el cónyuge que ha experimentado un mayor incremento patrimonial a lo largo del matrimonio. Podría deberse también a que, cuando un matrimonio ha compartido toda la vida y ha sido la muerte la que ha provocado su disolución, es probable que el deseo del causante haya sido favorecer en cuanto sea posible, mediante la sucesión, a ese compañero o compañera de vida.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 1993.
- ARRÉBOLA BLANCO, *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019.
- BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- BASOZABAL ARRUE, «En diálogo con el Tribunal Supremo sobre la conductio de inversión», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (DÍEZ PICAZO, coord.), t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 487-524.
- BASOZABAL ARRUE, «Propuestas unitarias v. propuestas tipológicas en la modernización del Derecho de enriquecimiento: DCFR v. Prof. König», BASOZABAL ARRUE/ DEL OLMO GARCÍA/ JUÁREZ TORREJÓN (dirs.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuesta de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 219-237.
- BOSCH CAPDEVILA, «L'evolució del règim de separació de béns en el Dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball», *Revista jurídica de Catalunya*, v. 109, 2010, pp. 1075-1109.
- BOSCH CAPDEVILA, «La configuració de la compensació econòmica per raó de treball en el llibre segon del Codi Civil de Catalunya» en Institut de Dret privat europeu i comparat (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Universitat de Girona, Tossa de Mar, 20 i 21 setembre, 2012, pp. 375-401.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿tiene sentido hablar de este modo?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº extra 16, 2, 2022, pp. 1002-1045.

- DÍEZ PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA ÁLVAREZ/DÍEZ PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 13 ss.
- ESPIAU ESPIAU, «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña», GETE ALONSO Y CALERA (Dir.), SOLÉ RESINA, (Coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. II, Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 837-879.
- FARIÑA FARIÑA, «Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº extra 8, 2, 2018, pp. 275-288.
- FARIÑA FARIÑA, *La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el Derecho español. Análisis comparado desde una perspectiva comparada con el Derecho alemán*, Aranzadi, Cizur menor, 2022.
- GINEBRA MOLINS, «Compensació per rao de treball en cas d'extinció del règim per mort: aspectes familiars y successoris», Institut de Dret privat europeu i comparat (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Universitat de Girona, 20 i 21 setembre, 2012, pp. 403-444.
- GINEBRA MOLINS, «El trabajo «doméstico» o «para la casa» en el Libro Segundo del Código civil de Cataluña. Especial consideración de la compensación por razón de trabajo», INFANTE RUIZ/OTERO CRESPO/ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ/ TORRES GARCÍA (dirs.), *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho Privado. Carmona III*, Tirant lo blanc, Valencia, 2017, pp. 593-611.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (excesos y defectos en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil)», *Revista CEFLegal*, núm. 178, 2015, pp. 5-80.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Disfunciones en la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 del código civil: el riesgo de duplicidad valorativa del «trabajo para la casa» en el régimen económico matrimonial de separación de bienes», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº17, 2022, pp. 538-599.
- NASARRE AZNAR, «Capítulo 10. La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», BARRADA ORELLANA/GARRIDO MELERO/NASARRE AZNAR (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia, Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 233-300.
- NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
- PUIG I FERRIOL, «Capítol IX: Els drets viudals familiars», en ROCA TRÍAS/PUIG I FERRIOL, *Institucions de Dret Civil de Catalunya* v. II-2, 2014 pp. 259-278.
- RIBOT IGUALADA, «Comentari a l'art. 232-5 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ/FERRER RIBA, (dirs.), *Comentari al Llibre Segon del Codi civil de Catalunya. Família y relacions convivencials d'ajuda mútua* Atelier, Barcelona, 2014, pp. 210-241.
- ROCA TRÍAS, «La liquidació del règim de separació de béns en els casos de divorci, separació i nul·litat. La nova regulació de l'article 23 de la CDCC», *Món Juridic*, n. 114, 1994, p. 17-19.

- ROCA TRÍAS, «Capítol XXIII. La successió intestada», ROCA TRÍAS/PUIG I FERRIOL, *Institucions de Dret Civil de Catalunya v. III*, 2009, pp. 562-531.
- ROCA TRÍAS/PUIG I FERRIOL, «La compensación económica per raó de treball: aspectes problematics», *Antecedents i tramitació del Projecte de llei del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la familia* [200-00054/08], Arxiu del Parlament de Catalunya, febrero 2005, (folios 2011-2032), 22 páginas.
- SOLÉ I FELIU, «La compensació econòmica per raó de treball de l'article 41 del nou Codi de Familia de Catalunya», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1998, 933-944.
- SOLÉ RESINA, «La quarta domèstica o crèdit de participació reduït», *La nova formulació de la compensació econòmica per raó del treball al Projecte de Llibre II del Codi Civil de Catalunya*, InDret 2/2010, pp. 2-28.
- SOLÉ RESINA, «Capítulo 11. La compensación económica por razón de trabajo en el Libro Segundo del CCC: La cuarta doméstica o crédito de participación reducido», *El nuevo derecho de la persona y de la familia, Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, Bosch, 2011, pp. 301-311.
- SOLÉ RESINA, «La compensación económica per raó de treball al llibre II del Codi Civil de Catalunya, Correcció del desequilibri patrimonial o de l'enriquiment injust?», FLORENSA I TOMÁS/FONATANELLAS I MORELL, *La codificación del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 188 ss.
- SOLÉ RESINA, «El régimen económico matrimonial de separación de bienes», GETE-ALONSO Y CALERA/YSÁS SOLANS/SOLÉ RESINA (Dirs.), *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 199-212.

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO. ARISTAS DEL ARTÍCULO 821 CC

De Oyarguren Campos, M.

Patuel Pardo, M.

I. INTRODUCCIÓN

«No hay cambio importante que se introduzca en las instituciones humanas sin que entre las causas de ese cambio no aparezcan las leyes de sucesión¹» (Alexis de Tocqueville).

La legítima viudal constituye un elemento de una importancia y originalidad en nuestro ordenamiento jurídico, que su estudio pormenorizado resulta una obligación para los expertos en Derecho de Sucesiones, siendo que, además, actualmente podríamos considerarla como un nuevo cambio en el paradigma de las instituciones humanas y sus relaciones sociales y familiares.

No cabe olvidar, que la introducción de la legítima del cónyuge viudo en nuestro ordenamiento a través de la publicación del CC en 1889, supuso un verdadero cambio de paradigma. Se trataba, y se trata, de una institución jurídica que en nada se parecía a lo establecido en la regulación histórica de nuestro Derecho de Sucesiones, en el sentido que, se diferencia tanto de la legítima de los descendientes, como de los ascendientes, además, no supone la condición de heredero ni de legatario del cónyuge supérstite, pudiendo tal afirmación ser matizada. Ello ha generado que su naturaleza jurídica haya sido discutida desde entonces en la doctrina, en el sentido que, como se ha indicado, no se amolda a

1. DE TOCQUEVILLE, A «*La democracia en América*», Tomo I, Ed. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2024, pág. 534.

ninguna de las nociones jurídicas que informaban nuestro Derecho de Sucesiones. Pero, además de ello, no solo cambia la forma de materialización del derecho del legitimario, sino que el CC permite la satisfacción de tal derecho legitimario no *in natura* (a través de un bien), sino a través de un valor patrimonial equivalente, en los términos expuestos por los artículos 839 y 840 CC². No obstante, ello tampoco ha de ser confundido, en ningún caso, con una especie de derecho de alimentos, como ocurre en otros ordenamientos como en el «*Common Law*», sino que es un derecho sucesorio a una cuota hereditaria que tiene diversas posibilidades de satisfacción, a diferencia de las otras legítimas, y como veremos, es posible una ampliación de las mismas como medio de adaptación a las circunstancias actuales y a las que vendrán.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Los antecedentes históricos en esta parcela concreta del Derecho sucesorio se remiten siempre a las dos grandes concepciones que han informado el Derecho Privado continental desde su mismo origen, el Derecho Germánico y el Derecho Romano.

No es este el artículo para desarrollar las diferencias y los puntos en común que tales perspectivas del Derecho plantearon, y que fueron la base fundamental para el desarrollo legislativo que, en tales ámbitos, se produjo tanto en el Derecho medieval, como en el Derecho moderno, llegando al objeto principal de este apartado, que es la época de la codificación, debido a que sin plantear cuáles fueron las diversas opciones que los estudiosos del Derecho de sucesiones entendieron como las más pertinentes, y las razones de las mismas, será complicado entender la problemática que a día de hoy suscita la legítima viudal en nuestro ordenamiento.

Fundamentalmente, el Derecho Romano Justiniano aboga por una perspectiva individualista de las necesidades del cónyuge viudo, y en todo caso bajo la perspectiva de la licitud del matrimonio³, a través del establecimiento de la *quarta uxoria*, es decir, desde esta perspectiva, la legítima tiene que lograr una protección del cónyuge viudo, un sustento en el supuesto de que no lo tenga. Esa es la razón por la que, tanto en la época justiniana como en la medieval se vincula con el no otorgamiento de dote al cónyuge supérstite⁴. Ésta es la línea

2. FERNÁNDEZ CAMPOS, JA. «*El pago de la legítima del cónyuge viudo*», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 16-22.

3. VÁZQUEZ LEMOS, A., «*Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*», Barcelona: JMB Bosch Editor, 2019. Pág. 91.

4. VÁZQUEZ LEMOS, A., «*Fundamentos históricos y jurídicos...*» Ob. Cit. pág. 123: «Justiniano impone *ex lege*, que la cuarta parte de los bienes del marido irán a parar a manos de la viuda respecto de la cual no hubiese habido dote ni donación antenupcial (...) porque, en estos casos, tras la disolución del matrimonio, no se obtenía la restitución de ningún bien (...). A las viudas

que se desarrolla en la Edad Media con la elaboración de las Partidas, de corte eminentemente romano (incluso de repudia al Derecho Germánico), que entienden que no es necesaria la existencia de una legítima vidual, es decir, de un derecho sobre la herencia por parte del cónyuge viudo en todos los supuestos, con independencia de las circunstancias del mismo⁵. Es por ello, que se estableció un sistema muy similar al romano, con la recuperación de la *cuarta uxoria* materializada a través de la cuarta marital alfonsina, que otorgaba una cuota del haber hereditario en propiedad al cónyuge supérstite, pero siempre y cuando la viuda no tuviera bienes propios suficientes para vivir honestamente⁶. La justificación de ello radica en que se entendía que no era necesario establecerlo como una obligación genérica y forzosa porque el sistema de régimen económico matrimonial de gananciales presentaba, en la mayoría de ocasiones, una salvaguarda suficiente para el cónyuge supérstite, por lo que la protección no atendía a una remisión genérica, sino que trataba de solventar una situación concreta.

Por otra parte, la perspectiva del Derecho Germánico abogaba por una protección de la familia como conjunto, como núcleo, por lo que la reserva de bienes que se realizaba al cónyuge viudo, en propiedad, tenía precisamente el objetivo de salvaguardar dicha unidad familiar, el sostenimiento de los hijos, así como asegurar la continuidad del patrimonio familiar. Este es el prisma que adopta el Fuero Juzgo, que otorga un derecho sucesorio al padre o la madre supérstites, pero no al cónyuge viudo, es decir, es un derecho que surge únicamente cuando del matrimonio había surgido descendencia⁷, siguiendo, por tanto, con la idea de la conservación familiar, y además, en consonancia, siendo materializado a través de un derecho de usufructo⁸.

Indicados estos antecedentes, corresponde analizar cómo los mismos confluyeron en sus distintas aristas a lo largo del siglo XIX, siendo fundamentales para el proceso de codificación, y por lo tanto, para nuestro CC. Los diversos proyectos que a lo largo del meritado proceso de codificación aportaron diversos juristas optaron en muchas ocasiones por una línea eminentemente romanista, como por ejemplo, el Proyecto de D. Pablo Gorosabel (Tolosa, 1832)⁹. Pero, si alguno de estos Proyectos destaca por encima del resto es, sin duda, el elaborado por García Goyena en 1851. La cuestión fundamental en esta etapa de la codificación, más allá de adoptar una línea más continuista con el Derecho imperante, o una ruptura adoptando las perspectivas que se habían implementado en otras codifi-

indotadas se les permite concurrir a la herencia del marido fallecido con los hijos de este, que Justiniano dice que son sucesores *ex lege*, siempre que el matrimonio haya sido legítimo.»

5. FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.; «*El pago de la legítima...*» Ob. Cit. pág.

6. VÁZQUEZ LEMOS, A. «*Fundamentos históricos y jurídicos...*» Ob. Cit. págs. 182-187.

7. VÁZQUEZ LEMOS, A. «*Fundamentos históricos y jurídicos...*» Ob. Cit. págs. 166-167.

8. VÁZQUEZ LEMOS, A. «*Fundamentos históricos y jurídicos...*» Ob. Cit. pág. 167: «En definitiva, tanto el Código de Eurico como la LV establecen los mismos derechos sucesorios del cónyuge viudo: solo es usufructuario *ex lege*, sea hombre o mujer, cuando existen hijos comunes del fallecido, sobre la porción de la herencia del premuerto que corresponda a los hijos y en tanto no contraiga de nuevo matrimonio».

9. FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.; «*El pago de la legítima...*» Ob. Cit. pág.26.

caciones, es que dentro del propio Derecho Español, cada legislación foral se había adaptado atendiendo a sus propias características, teniendo como ejemplos fundamentales las legislaciones navarras y aragonesas, que establecían el usufructo universal en favor del cónyuge viudo. Todas estas legislaciones forales, por tanto, que también adoptaban los elementos del Derecho Romano, y los del Derecho Germánico, tuvieron cierta influencia en la codificación, si bien es cierto los codificadores tanto del Proyecto de 1851 como en el Código Civil la base fundamental fue el Derecho Castellano¹⁰. Todo ello, sin olvidar la influencia del Derecho castellano, lo que no obsta, en ningún caso, que se trataba de una materia descuidada en el mismo¹¹, por lo que si se trata de una materia más influida por las legislaciones forales, como la catalana.

Con todo ello sentado, García Goyena optó por un sistema que establecía lo que podríamos denominar una legítima vidual parcial, en el sentido que en su Proyecto únicamente se estableció una cuota sucesoria reservado al cónyuge supérstite en el ámbito de la sucesión intestada, y no en la sucesión testada¹².

Adicionalmente, y sin ser necesaria una mayor indagación en las raíces históricas de la legítima vidual, sí resulta pertinente para tratar la materia de estudio del presente artículo, hacer una referencia sucinta a la forma en que se materializa la meritada legítima en los testamentos. A este respecto, es necesario indicar que, conforme lo conceptualizó VALLET DE GOYTISOLO, el cónyuge supérstite no es un heredero forzoso como el resto de legitimarios, sino que se trata de un heredero en sentido *honorífico*. Por lo tanto, siendo que su posición no es la de heredero forzoso en sentido estricto, al supérstite se le realiza una atribución a título singular de una fracción de la herencia, pudiéndose considerar en tal caso como un legatario forzoso en el seno de la herencia de su cónyuge premuerto¹³. No obstante, el causante, en su testamento, ha podido determinar la condición de heredero de su cónyuge, si así lo ha expresado en su voluntad sucesoria, pero, y en todo caso, cuando se instituye al cónyuge como heredero del usufructo universal de la herencia, o de parte alícuota de la misma en pago de su legítima, coincide la tradicional doctrina romanista, así como la actual doctrina científica, que el «heredero instituido en usufructo es legatario»¹⁴. De ahí que, con lo indicado acerca de los legados y lo que se indicará en el apartado siguiente, existe una relación intrínseca e insoslayable entre los mismos y la legítima vidual.

10. SÁCHEZ ROMÁN, F., «La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y consumación: estado del Derecho Civil de España, común y foral. Trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral (1811-1890)», *Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890, pág. 109*.

11. GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», Ed. Cometa S.A, Zaragoza, 1974, pág. 502.

12. GARCÍA GOYENA, F.; «Concordancias, motivos...» Ob. Cit. págs. 405-406.

13. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., «Derechos de Sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, Tomo II, pág. 1679.

14. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., «Derecho de Sucesiones...» Ob. Cit., pág. 1680.

III. EL LEGADO DE FINCA INDIVISIBLE O QUE NO ADMITE CÓMODA REDUCCIÓN

Sirviéndonos de la premisa anterior, la atribución de los derechos sucesorios del cónyuge viudo a través de la institución del legado, cabe hacer mención a la específica naturaleza de la misma, en atención a su distinto origen en relación a las demás figuras del Derecho sucesorio, lo que la convierte en una figura de mayor avance y modernidad.¹⁵

La naturaleza jurídica del legado se traduce en una finalidad que estriba en realizar atribuciones específicas al legatario a través de las cuales se puede simplificar la partición hereditaria (pensemos, a título de ejemplo, en la distribución del testamento íntegramente en legados) y facilitando al heredero la adquisición de los bienes que le corresponden del caudal relicto.

Esta circunstancia, dota a la institución de una clara intención jurídica de preservar su eficacia a través de nuestro sistema normativo, por su naturaleza específica y coadyuvante. Una muestra de ello la encontramos en lo establecido en el Art. 814 CC cuando establece la reducción de la institución de heredero antes que los legados e incluso, su anulación pero con el mantenimiento de las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título que no resulten inoficiosas.¹⁶

Sentadas las anteriores bases, nos planteamos qué sucede en aquellos supuestos en los que el cónyuge viudo concurre en la herencia con herederos forzosos del causante cuando el testador, en pago de los derechos hereditarios de su consorte, le ha otorgado un legado que, sin embargo, excede de la cuota que le corresponde según la disposición testamentaria, y, más concretamente, cuándo el bien que constituye el legado se trata de una finca que, por su naturaleza, es indivisible o desmerece sustancialmente al procurar su división, por lo tanto, centrando toda la problemática anteriormente expuesta acerca de la legítima viudal (con toda la amplitud que reviste), y buscando soluciones en la regulación que actualmente tenemos, que es más flexible y adaptable de lo que normalmente pensamos.

Parece obvio que, en tales supuestos, el legado debe ser sometido a reducción para adaptar su valor a la cuota que le pertenece al legatario, pero dicha solución generaría una irremediable e indeseada situación de indivisión que hace que tal respuesta no sea satisfactoria a los intereses de los afectados.

Entramos entonces en el marco de la regulación dada por el Art. 821 del CC en su última redacción dada por el Art. 10.5 de la Ley 41/ 2003, de 18 de noviembre, de *«protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modifica-*

15. GARCÍA VILA, J.A. y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., Capítulo 2. *«Parte Primera. El legado y sus modalidades»* En GARRIDO DE PALMA, V., (Dir.). *«Instituciones de derecho privado»* Tomo V, Volumen 1º, Ed. Civitas- Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015. Págs. 373 y 374. En palabras de los autores *«Al irse complicando la composición de los patrimonios personales se va complicando también la forma de transmisión de éstos»*.

16. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., En *«Comentarios al Código Civil»* BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, Tomo IV, págs. 5.933- 5.942.

ción del Código Civil y de la Normativa Tributaria» con esa finalidad, al establecer que:

«Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admite cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor; y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonar su respectivo haber en dinero».

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados».

La disposición reproducida constituye una excepción a la regla general de que todas aquellas atribuciones del testador que resulten inoficiosas, deben ser reducidas *in natura*, pues concede la posibilidad al legatario, bien sea un extraño, o bien sea un legitimario al que la ley reserva una porción de la herencia, a lograr la adjudicación íntegra de un bien aún excediendo su valor de la porción de la cuota que le ha sido atribuida en la disposición testamentaria y, siempre y cuando, se satisfaga económicamente la pérdida del derecho del heredero afectado¹⁷.

La trascendencia del precepto, pese a su inadvertida presencia en nuestro código, no es baladí, pues pensemos que nos encontramos en la esfera de las relaciones que vinculan a los legitimarios con los legatarios, siendo prioritaria por antonomasia la protección jurídica de las legítimas de posibles lesiones, tratando nuestro ordenamiento jurídico a toda costa de evitar que, a través de la delación de los legados, los legitimarios puedan verse afectados en su derecho llegando a percibir menos de lo que pudiera corresponderles¹⁸. Y ello, a pesar de lo anteriormente dicho respecto a la tutela que a los legados se les concede para su conservación.

La intención de la norma parece clara, evitar que la reducción del bien legado confluya en una situación de indivisión entre los herederos y los legatarios que los aboque a una futura contienda judicial de división de cosa común, facultando, en función de la cuota de titularidad que el legatario ostenta sobre el bien, a compensar económicamente al heredero o herederos afectados.

Existe, no obstante, discusión doctrinal sobre si lo dispuesto en la norma opera *ex lege* o de si precisa de una manifestación previa de la voluntad del testador aunque esta sea de carácter implícita.

Autores como DE LA CÁMARA ÁLVAREZ defienden que basta la mera existencia de un legado constituido por un bien indivisible o que no admita cómoda divi-

17. ROBLES RAMOS, K.J., *«Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones»* Ed.Dykinson. S.L., Madrid, 2021, pág. 38.

18. GARCÍA VILA, J.A. y GÓMEZ MARTÍNEZ, J. Capítulo 2. *«Parte Primera. El legado y sus modalidades»*, Op. cit., Pág. 410.

sión para entender que entra en juego la regla del Art. 821 CC y establecer la facultad contenida en dicho precepto al legatario¹⁹.

Para otros autores como VALLET DE GOYTISOLO, y ROBLES RAMOS, esta facultad del legatario está supeditada a que se constate la voluntad del testador en este sentido en su última disposición testamentaria, aunque sea de forma indiciaria.²⁰ Es decir, ambos requisitos son necesarios para que el legatario pueda instar la adjudicación íntegra del bien a su favor.

Esta tesis es la defendida por la doctrina mayoritaria, pues pensemos que parece lógico que la voluntad del testador, a la hora de disponer del legado, sea que éste sea disfrutado por el destinatario que él mismo dispuso y no por personas distintas y mucho menos, que el bien sea disfrutado en régimen de indivisión.

Se entiende, y es cuestión pacífica en la doctrina, que el contenido del Art. 821 CC se hace extensivo no sólo a los bienes inmuebles, sino también a los bienes muebles cuya división implique su desmerecimiento o que sean *per se* indivisibles. Así mismo, se aplica a las donaciones inoficiosas siempre que el adjudicatario compense económicamente al perjudicado con su valor equivalente²¹.

Pero, ante todo, el precepto es aplicable a cualquier tipo de legítima y legatario, si bien, distinguiendo nítidamente dos supuestos: Uno, referido al legado que ha de reducirse y que ha sido otorgado a un extraño, conforme preceptúa el párrafo primero del artículo y otro, recogido en el párrafo segundo, que se refiere al legado sujeto a reducción otorgado a un legitimario, que es el caso que nos ocupa en el presente trabajo, pues nos vamos a referir exclusivamente al legado que ha de reducirse y que ha sido atribuido al cónyuge viudo, con independencia de su naturaleza, en pago de sus derechos hereditarios por entrar en colisión con los derechos de los herederos forzosos, y de su posible aplicación al conviviente de hecho.

La diferencia entre uno y otro párrafo del precepto citado, radica en que, en el primero de ellos, se permite la lesión cualitativa de la legítima ante la concurrencia de un dato meramente objetivo: el bien sujeto a reducción quedará en poder del legatario o del heredero forzoso cuyo derecho se vea afectado en función de si la reducción del legado alcanza o no la mitad o más de su valor, compensando económicamente con dinero extrahereditario al que ostenta la cuota inferior a dicho porcentaje. No obstante, tal y como se preceptúa en el párrafo segundo, cuando el legatario se trate además de un legitimario, bastará con que el valor de la finca no supere la porción disponible y la cuota que le corresponde por legítima a éste para poder retener la integridad del bien.

A pesar de la aplicabilidad directa de la norma en caso de que ésta sea invocada, en estos supuestos el testador puede limitar su aparición en favor de los

19. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3, volumen I, Madrid, 1964. Págs. 967.

20. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., «*Contenido cualitativo de las legítimas de los descendientes en el Código Civil*», en A.D.C. Fascículo 1, 1970, pág. 89.

21. TORRES GARCÍA, T.F. Y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «*La legítima en el Código Civil (II)*», en *Tratado de legítimas*, (Coord. T.F. Torres García), Ed. Atelier, Barcelona, 2012, págs. 128 citando la STS 24.4.1961, RJ 1841.

legitimarios si así lo dispone en su acto de última voluntad, incluso cuando la reducción no alcance la cuota legalmente establecida. Ello por cuanto, parece lógico concluir, siguiendo la tesis de que la voluntad del causante es ley en la sucesión, que al igual que se permite, ante la disposición del testador de un legado a favor de un extraño, que éste quede sujeto a carga o condición, que también pueda conceder al legitimario, con carácter expreso, un derecho prioritario sobre el bien legado para el caso de que éste vea perjudicada su legítima, aún cuando la lesión no alcance la mitad o más del valor del bien. Sin embargo, y como es obvio, no se concede tal prerrogativa a la inversa, es decir, al legatario extraño, fuera del ámbito del Art. 821 CC, pues el legitimario podrá, en todo caso, apelar a la inoficiosidad del legado.²²

En cualquier caso, se reconoce al causante su facultad para fijar un orden de prelación de unos legados sobre otros, dentro del marco de la libertad de testar, pudiendo establecer el testador que se reduzcan unos legados por encima de otros si éstos resultan inoficiosos.²³

IV. APLICACIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 821 AL CONVIVIENTE DE HECHO:

La cuestión que aquí se plantea, desde la perspectiva expuesta, es materializar la misma en la resolución de los supuestos en los que la pareja o conviviente de hecho del causante concurre en la herencia con los herederos forzosos de éste, cuando el mismo, en pago de los derechos sucesorios de su consorte o pareja de hecho, le ha otorgado un legado que, sin embargo, excede de la cuota que le corresponde según la disposición testamentaria, y, más concretamente, cuándo el bien que constituye el legado, se trata de una finca que, por su naturaleza, es indivisible o desmerece sustancialmente al procurar su división conforme al Art. 821 del CC, teniendo en cuenta una posible interpretación del precepto más amplia y adecuada al contexto social actual, sin obviar nuestra tradición jurídica.

En palabras del magistrado O'Callaghan *«debe mantenerse la protección económica —como legítima o como otra figura legal— del cónyuge supérstite, en el sentido de que la ley no debe dejar desprotegido a quien es el más débil de la relación; esto es lo que ha dicho la jurisprudencia en los caso de las parejas de hecho: «se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil»* (Sentencia de 17 de enero de 2003²⁴).

Y, precisamente, en un escenario de propuesta de reescritura, nos planteamos la posible aplicación del párrafo segundo del precepto, el legado sujeto a reducción otorgado a un legitimario, cuando el legatario no ostenta tal condición por

22. ROBLES RAMOS, K.J..., *«Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones»* Ob.Cit. Pág. 42.

23. GARCÍA VILA, J.A. y GÓMEZ MARTÍNEZ, J. J. Capítulo 2. *«Parte Primera. El legado y sus modalidades»*. Ob. Cit. Pág. 411

24. O'CALLAGHAN, X., Prólogo en *«Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio»* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ- REGUERAL, M.A, Dykinson, Madrid 2006, Pág. 14).

tratarse de la pareja de hecho o la pareja de vida del causante. En la redacción actual del precepto, parece evidente que únicamente tendría cabida el derecho constituido en el párrafo primero cuando entre el causante y el conviviente no existe vínculo matrimonial, es decir, el legado otorgado a un extraño. Sin embargo, ¿parece lógico que se le dé tal condición en el marco social actual, y más aún, atendiendo a cuál ha sido históricamente el fundamento último de tal legítima en nuestra tradición jurídica?

La protección a la familia que encuentra su amparo en el Art. 39 de nuestra Norma fundamental, no realiza distinción alguna entre la familia matrimonial y la que no lo es.²⁵ Si partimos de una concepción de la familia como una comunidad de vida, en la que lo relevante es la intimidad de las relaciones y el vínculo entre sus miembros, habrá de cobrar también relevancia un criterio fundamental como es la existencia o no de convivencia entre el causante y el legatario.

La vigente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho eco de la trascendental significancia de este concepto interpretando que, la existencia del vínculo conyugal, *per se*, no ha de suponer la aplicación inmediata y el reconocimiento de derechos hereditarios al cónyuge viudo²⁶; hace falta algo más, esto es, la convivencia ininterrumpida con el mismo. Determinando, que la separación de hecho de los consortes, conlleva la inevitable pérdida de los derechos sucesorios del supérstite, en cuanto a la legítima y en lo que se refiere a la sucesión intestada²⁷.

En tal caso, nos planteamos que, si el criterio de la convivencia es tan relevante como para privar de derechos a aquél que mantiene un contrato matrimonial, cuanto más, *a contrario sensu*, debería ser éste generador de los mismos en favor del conviviente de hecho.

Por otro lado, de considerar que el derecho recogido en el precepto analizado es extensible al conviviente de hecho, ¿en qué supuestos y bajo qué condiciones podríamos dotarle de tal prerrogativa separándolo de la acepción de ser un «extraño» para el otorgante de la disposición de su última voluntad?

En este ámbito, entra en juego un criterio fundamental para definir cuál es el presupuesto concluyente a la hora de decidir esa equiparación del derecho, lo que nos lleva a determinar qué se entiende por convivencia en sentido jurídico, es decir lo relevante es establecer bajo qué condiciones el ordenamiento jurídico

25. La protección que se recoge en el Art. 39 CE no debe identificarse con la que tiene origen en la matrimonial, regulada en un precepto específico (Art. 32.1 CE) Entre otras, la STC 116/ 1999 de 17 de junio de 1999 (*Tol 13003*)

26. Las STS de 28.09.2018 (*Tol 6820792*) y la STS 26.09.2018 (*Tol 6830506*) fundamentan, con idéntica argumentación que, ante la ausencia de una norma de integración de la voluntad del causante, debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 767. 1 CC referido a la causa falsa. Con apoyo a ésta, el tribunal salva los supuestos de imprevisión del testador cuando en el momento de su fallecimiento se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo la disposición testamentaria, declarandola ineficaz.

27. CARRIÓN OLMOS, S., «Sucesión hereditaria y relaciones de convivencia» en «*Dolencias del Derecho civil de sucesiones 130 años después de la aprobación del Código Civil español*», ESTELLÉS PERALTA, P. M., (Dir.) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

ha de reconocer que ha existido una convivencia con el causante en la vivienda familiar y sus efectos²⁸.

En los supuestos de existencia de vínculo matrimonial, es sencillo, pues el CC establece una presunción *iuris tantum* de esta circunstancia, además de ser un imperativo ligado a la circunstancia del matrimonio (Arts. 68-70 CC). Sin embargo, adolece de regulación alguna en los supuestos de inexistencia de ese vínculo.

Según la RAE, «convivir» se refiere al hecho de «vivir en compañía de otro u otros» sin especificar la necesidad de que exista un vínculo afectivo entre ellos.

Sin embargo, a la hora de definir el concepto de la pareja de hecho o conviviente de hecho encontramos que la misma se describe como la «*unión entre dos personas distinta del matrimonio, personas unidas de forma estable por una relación de convivencia y de afecto, con independencia de su sexo*».

Parece entonces que son dos los presupuestos establecidos que harían a la pareja o conviviente de hecho merecedores de ostentar derechos sucesorios, por una lado, tendríamos un requisito fáctico; la convivencia y por otro, un elemento subjetivo e intencional; la *affectio maritalis*, que si bien no encuentra regulación expresa en nuestro código, aparece recogida en la exposición de motivos de la Ley 15/2015 de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, si bien, anudada al concepto propio de la convivencia.

Sin embargo, a nuestro juicio, y apelando al criterio de la seguridad jurídica, nos parece acertado reducir la aplicación de los derechos establecidos en el párrafo segundo del Art. 821. CC al conviviente de hecho prescindiendo del requisito intencional y volitivo por cuanto, la constatación de la voluntad intelectual del testador, va a dificultar la aplicabilidad del precepto, siendo que, el criterio fáctico de la convivencia, una vez acreditada ésta a través de la válida inscripción de los interesados en el registro correspondiente, va a dotar de una sólida garantía a la hora de aplicar los beneficios que la norma importa.

No son pocas las voces que se elevan en contra de la equiparación de derechos entre el cónyuge supérstite y el conviviente de hecho. En su justificación, argumentan que los que conviven sin contraer matrimonio, lo hacen voluntariamente, escapando de la regulación de los efectos de este y que, por tal motivo, el Derecho debe respetar su decisión y dejarlos al margen de la aplicación de cualquier normativa que ampara a los unidos en matrimonio.²⁹ De este modo, si bien puede considerarse que la familia debe estar sujeta a protección constitucional, ésta variará su grado o intensidad en función de los sujetos merecedores de dicha tutela, y a pesar de que encontramos una equiparación absoluta en lo que se refiere a la protección de los hijos sean o no matrimoniales, esta no es extra-

28. CARRILLO LERMA, C., «Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad» Capítulo I. «Análisis de las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio» Pág. 71.

29. CABELLO HERNÁNDEZ J. R., Revista Actualidad jurídica Iberoamericana Nº 20 bis, junio 2024 «Cónyuge supérstite, el sobreviviente relegado. La legítima viudal desde una perspectiva familiar sociológica con matiz de género.» ISSN: 2386- 4567, Págs. 190-227. Pág. 218 y CARRILLO LERMA, C.. Op. Cit. Pág. 71.

polable a las uniones de hecho por cuanto, parece que las limitaciones que eran impuestas legalmente para acceder a algunos derechos tales como el matrimonio entre personas del mismo sexo tras la reforma operada por las LO 13/ 2005, de 1 de julio, y 15/ 2005, de 8 de julio, ya no son invocables.³⁰

Por contra, la presencia y eco de las uniones de hecho en nuestro país es una realidad ineludible, que emana de la pluralidad de normas civiles autonómicas que se promulgaron procurando paliar la falta de regulación, quizá, por una cuestión de ausencia de valentía por parte del legislador ante el inevitable cambio social, que imploraba la sociedad española. Situación que, a día de hoy, parece irreversible entendiendo que la coexistencia de normas que regulan tanto las uniones matrimoniales como las de hecho son fundamentales para garantizar la libertad personal³¹, tal y como analizamos a continuación.

V. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO FORAL

Con objeto de dotar de mayor enjundia a las cuestiones planteadas en este trabajo, abogando por una interpretación amplia del Art. 821 CC como alternativa al estancamiento normativo del que adolece nuestro Derecho Común, resulta conveniente realizar una sucinta referencia a los ordenamientos más cercanos al mismo, los cuales se encuentran dotados a día de hoy de una actualidad y vigencia respecto de la realidad social, mucho mayor que el nuestro.

En primer lugar, es conveniente tratar el derecho legal de habitación contemplado en el Art. 54 de la Ley de Derecho Civil Vasco (Ley 5/2015). Antes de tratar el propio derecho legal de habitación, es necesario recalcar que en dicho Derecho, existe una equiparación total entre el cónyuge viudo y el conviviente supérstite³², siempre y cuando se cumplan dos requisitos, en primer lugar que los convivientes se encuentren inscritos en el Registro Regulador de las parejas de hecho, y por otra parte que uno de los miembros del matrimonio o la pareja tenga la vecindad civil vasca.

30. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Reflexiones sobre la unión de hecho», En DE VERDA Y BEAMONTE, J.R (Dir.) y CHAPARRO MATAMOROS, P., (Coord). *«La modernización del derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencia»* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2024 Págs. 335-339.

31. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., En «*Las uniones registradas: ¿Fin del matrimonio de conveniencia?*» En ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (Coord.) «*Estudios de Familia y sucesiones*» Ed. Decunflitumlegum. Santiago de Compostela, 2009, Pág. 221. «La normativa de los Países Bajos que aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo concedió un plazo de cinco años para la abolición de las normas que amparaban las uniones de hecho, descartando finalmente su aplicación ante la falta de protección de las uniones de hecho no matrimoniales que ya se hallaban registradas en ese momento».

32. Conforme se indica en la Disposición Adicional segunda de la Ley de Derecho Civil Vasco (Ley 5/2015): «1. Las referencias contenidas en la presente ley a las parejas de hecho se entenderán efectuadas a las inscritas en el registro establecido en el artículo 4 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho».

Sentado lo anterior, el espíritu de este derecho legal de habitación es muy claro, y es extender la protección del cónyuge/conviviente supérstite, dotándole de una mayor importancia en el seno de la regulación sucesoria, con la firme intención de evitar que, al mismo tiempo que pierde a su pareja, pierda el uso de la vivienda familiar³³.

Se trata, en resumidas cuentas, de un derecho personalísimo e imprescriptible, que no supone una vulneración de la intangibilidad de la legítima de los herederos, ni se incluye en la propia legítima del cónyuge/conviviente, siendo que además se trata de un derecho de habitación ordinario con las características esgrimidas por el Código Civil (arts. 523-529)³⁴. No tiene su naturaleza o su fin en una rentabilidad económica, sino que precisamente recae únicamente en el lugar en que se ha desarrollado la convivencia entre los cónyuges/conviviendo, en el lugar en que han constituido su «hogar familiar», siendo, por tanto, su objetivo principal, evitar que el cónyuge/conviviente supérstite pueda verse en una situación de desamparo que no pueda ser remediada por su legítima usufructuaria³⁵.

Por otra parte, y como otro punto clave relativo a la ejemplificación que supone la legislación foral respecto a las necesidades de nuestro ordenamiento común, resulta necesario hacer referencia al Derecho Civil Catalán. Conforme ocurre en el Derecho Civil Vasco, en el catalán también existe una equiparación entre el cónyuge viudo y el conviviente supérstite, denominándose en dicho Derecho como comunidad de vida análoga a la conyugal, con unos requisitos más flexibles y abiertos que la regulación vasca o la gallega, por ejemplo³⁶.

Y con esta voluntad del legislador catalán, y en relación con el derecho de habitación vasco expuesto previamente, encontramos el denominado «*any de plor*», el cual ha sido conceptualizado tanto por la doctrina³⁷ como por la jurisprudencia como un derecho de carácter familiar, legal, indisponible, temporal y personal. «*L'any de plor*» se encuentra regulado en el artículo 231-31 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Ley 25/2010)³⁸, y tiene como principal contenido el derecho a seguir utilizando la

33. ARAKISTAIN ARRIOLA, M., «*La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco*», Ed. Reus, S.A., Madrid, 2023, pág. 355.

34. ARAKISTAIN ARRIOLA, M., «*La posición sucesoria del supérstite...*», op. cit. Pág 356.

35. ARAKISTAIN ARRIOLA, M., «*La posición sucesoria del supérstite...*», op. cit. Pág 357.

36. Ello se indica en el artículo 234-1 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Ley 25/2010): «*Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos:*

a) *Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos.*

b) *Si durante la convivencia, tienen un hijo común.*

c) *Si formalizan la relación en escritura pública.*»

37. AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre, Civil Cataluña*, obra colectiva dirigida por PUIG FERROL, L., Francis Lefebvre-El Derecho, S.A., Madrid, 2020, p. 176.

38. En cuyo tenor literal se indica: «*1. Durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente no separado legalmente o de hecho que no sea usufructuario universal del patrimonio del premuerto tiene derecho a continuar usando la vivienda conyugal y a ser alimentado a cargo de este patrimonio, de acuerdo con el nivel de vida que habían*

vivienda común de los cónyuges o convivientes y a ser alimentado a cargo del caudal relicto durante el plazo de un año.

Por lo tanto, conforme ocurre en el caso vasco, aunque con perspectivas distintas, se puede observar una correlación que pone en el foco en la protección del cónyuge/conviviente supérstite, y no desde una perspectiva eminentemente económica, dado el caso de que no se atiende a la renta o situación económica, sino que se atiende a la circunstancia concreta de la persona, siendo esta la propia naturaleza jurídica de estos derechos, conforme indica la SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 26.10.2020³⁹ (Tol 8217403), en estos términos: «*Se configura así por la doctrina como un derecho ex lege, familiar y viudal, apareciendo como un efecto patrimonial post mortem del matrimonio persiguiendo la protección del cónyuge superviviente, no resultando un derecho sucesorio, tal y como se deduce del propio contenido del precepto transcrito, como por su ubicación en el Título III del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña dedicado a «la familia».*

Además, y tal como resulta de su regulación, su atribución se produce al margen y con independencia del tipo de sucesión del cónyuge premuerto, del patrimonio del cónyuge supérstite y de los derechos que le hubieran correspondido en la sucesión de su cónyuge fallecido, salvo que el mismo ostente la condición de usufructuario universal.

A su vez el contenido del año de viudedad viene también determinado en el artículo 231-31 por dos derechos, por un lado, el derecho a continuar en el uso de la vivienda durante el año posterior al fallecimiento; y por otro lado, el derecho a ser alimentado a cargo del patrimonio del causante, de acuerdo con el nivel de vida mantenido hasta su fallecimiento y con la importancia del patrimonio del mismo. Y dichos derechos se atribuyen al margen del patrimonio del cónyuge supérstite y, en consecuencia, de su necesidad económica.

De este modo su finalidad radica actualmente, como ha venido señalando la doctrina, «en la voluntad del legislador de facilitar el tránsito del cónyuge supérstite a su nueva condición de viudo o viuda, alargando las condiciones habituales de la convivencia matrimonial; el uso de la vivienda familiar y la alimentación a cargo del patrimonio de ambos cónyuges».

Y si bien sería magnífico poder seguir ejemplificando con otros Derechos forales diversas formas de afrontar este fenómeno sucesorio, la falta de espacio nos impide ahondar en esta materia.

mantenido los cónyuges y con la importancia del patrimonio. Este derecho es independiente de los demás que le correspondan en virtud de la defunción del premuerto.

2. El cónyuge superviviente pierde los derechos a que se refiere el apartado 1 si, durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de su cónyuge, vuelve a casarse o pasa a vivir maritalmente con otra persona, así como si abandona o descuida gravemente a los hijos comunes en potestad parental. En ningún caso está obligado a devolver el importe de los alimentos percibidos.»

39. Núm. rec. 777/2019.

VI. CONCLUSIÓN

A la hora de realizar una sistematización de la cuestión abordada en el presente trabajo, resulta preceptivo atender a la variedad de fuentes que informan nuestro derecho histórico común y foral, siendo interesante observar cómo se ha producido esa evolución normativa hasta la codificación vigente y cómo todo ello ha derivado en una regulación actual que en el derecho común deviene insuficiente atendiendo a la realidad social y más teniendo en cuenta la modernización de las codificaciones forales.

Sin ánimo de plantear una reforma normativa integral, si bien necesaria, existen mecanismos en nuestro Código civil que, abordados desde una interpretación amplia, pueden dar respuesta a necesidades que se plantean en el ámbito sucesorio.

Desde la perspectiva de la legítima del cónyuge viudo y su materialización a través de la institución del legado, es indudable que el carácter particular del que se encuentran revestidos los mismos, su naturaleza jurídica, y su esencia facilitadora al situar al legatario en su condición de sucesor a título particular, en cuanto al legado, y la voluntad de aligerar el paso del supérstite a su condición de viudo tras la pérdida de su consorte, con todo lo que ello implica.

Partiendo de las anteriores premisas, planteamos una visión abierta de nuestro Art. 821 CC, atendiendo a que, conforme se ha indicado, este precepto tiene como objetivo primordial evitar las situaciones de indivisión que sean perjudiciales en el seno del proceso sucesorio, ya sea por legados a extraños, situación regulada en el párrafo primero, o a legitimarios, a través del párrafo segundo. Siendo ello así, nos parece una interpretación más adecuada el no considerar al conviviente o pareja de hecho del causante como un extraño, entendiendo que el mismo está más próximo a la condición de legitimario, que a la de un ser ajeno al finado, siendo el criterio de la convivencia regularizada el determinante para dar extender la vigencia de sus efectos.

Esta cuestión no resulta fútil, y tiene repercusiones trascendentes en el ámbito práctico al articularse la legítima viudal a través de un legado. Además, como hemos visto, no es extraña a regulaciones más actualizadas y directamente relacionadas con nuestro Derecho común, como son las regulaciones forales, en las cuales existen instituciones que persiguen, con mayor acierto, los antedichos objetivos, tratando del mismo modo a dos relaciones jurídicas idénticas, como son los cónyuges y los convivientes de hecho, y por lo tanto dotando de regulaciones comunes a tales realidades.

Consideramos que, el fundamento de todo nuestro acervo respecto de esta cuestión, requiere de unas miras y una perspectiva más amplias, en lo que se refiere a la protección, ya no sólo del cónyuge supérstite, sino también de las figuras análogas, en el sentido que, por no haber realizado un acuerdo jurídico matrimonial, su protección y la de su unidad familiar, sea la que fuere, no habría de ser condenada al ostracismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *«La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco»*, 1ª edición, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2023.
- CABELLO HERNÁNDEZ J. R., Revista «Actualidad jurídica Iberoamericana» N° 20 bis, junio 2024 *«Cónyuge supérstite, el sobreviviente relegado. La legítima viudal desde una perspectiva familiar sociológica con matiz de género.»* ISSN: 2386-4567, págs. 190-227.
- CARRILLO LERMA, C., *«Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad»*, 1ª edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- CARRIÓN OLMOS, S., «Sucesión hereditaria y relaciones de convivencia» en «Dolencias del Derecho civil de sucesiones 130 años después de la aprobación del código civil español», (Dir.) ESTELLÉS PERALTA, P. M., 1ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *«Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil»*, en *«Centenario de la Ley del Notariado»*, Sección 3, volumen I, Madrid, 1964.
- DE TOCQUEVILLE, A., *«La democracia en América»*, 3ª edición, Tomo I, Ed. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2024.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *«Reflexiones sobre la unión de hecho»* En J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P., *«La modernización del derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencia»*, 1ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2024.
- ESTELLÉS PERALTA, P. M., (Dir) *«Dolencias del derecho civil de sucesiones 130 años después de la aprobación del Código Civil español»* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2022.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *«El pago de la legítima del cónyuge viudo»*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ- REGUERAR, M. A., *«Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio»*, Ed. Dykinson, Madrid 2006.
- GARCÍA GOYENA, F., *«Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español»*, 1ª edición, Ed. Cometa, S.A., Zaragoza, 1974.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., y MELERO GARRIDO, M., M. *«Instituciones de Derecho Privado»*. Tomo V, Sucesiones. 2ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2015.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *«Las uniones registradas: ¿Fin del matrimonio de conveniencia?»* en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *«Estudios de Familia y sucesiones»*, 1ª edición, Ed. Decunflitumlegum, Santiago de Compostela 2009.
- AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre, Civil Cataluña*, obra colectiva dirigida por PUIG FERROL, L., Francis Lefebvre-El Derecho, S.A., Madrid, 2020.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., en *«Comentarios al Código Civil»* BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Dir.), Tomo IV, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «*Derecho de Sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*», Tomo II, Edición cerrada en enero de 2020, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- ROBLES RAMOS, K. J., «*Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones*» Ed. Dykinson. S.L., Madrid 2021.
- SÁCHEZ ROMÁN, F., «*La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y consumación: estado del Derecho Civil de España, común y foral. Trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral (1811-1890)*», Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890.
- TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «*La legítima en el Código Civil (II)*», en *Tratado de legítimas*, (coord. T.F. Torres García), Ed. Atalier, Barcelona, 2012.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «*Contenido cualitativo de las legítimas de los descendientes en el Código Civil*», en A.D.C. Fascículo 1, 1970, págs. 101-117.
- VÁZQUEZ LEMOS, A., «*Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*». 1ª edición, Barcelona, JMB Bosch Editor, 2019.

COAUTORES: Con igual contribución en el análisis, desarrollo y redacción de este trabajo:

DE OYANGUREN CAMPOS, MARTA: Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

PATUEL PARDO, MANUEL: Becario de colaboración a la investigación del Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València.

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SEPARADO EN LA SUCESIÓN CAUSADA POR SU CONSORTE¹

Macarena Diéguez Morán

Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL. 1. Modalidades de separación matrimonial. 2. En particular, la separación de hecho. 3. Efectos de la separación de hecho en el ámbito sucesorio. III. LA RECONCILIACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN EL ÁMBITO SUCESORIO. 1. La reconciliación entre los cónyuges separados de hecho. 2. La reconciliación de hecho entre los cónyuges separados judicial o notarialmente. IV. SITUACIÓN DEL SUPÉRSTITE SEPARADO A LA MUERTE DE SU CÓNYUGE. 1. La declaración de herederos abintestato. 2. Escritura de partición y adjudicación de herencia testada. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El cónyuge separado se encuentra en una situación paradójica al fallecer su consorte: el vínculo matrimonial que le ligaba con el causante se disuelve, de manera que se convierte en viudo, si bien no se le reconoce derecho sucesorio alguno como cónyuge supérstite.

De un lado, el cónyuge viudo es parte afectada por el fallecimiento. Acaecido este, decae la prohibición de contraer nuevo matrimonio contemplada en el artículo 46.2 del Código Civil, por disolverse el vínculo. Además, si no se hubiera procedido con anterioridad a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por la separación, deberá acordar con los herederos del causante dicha liquidación.

De otro lado, el cónyuge separado que deviene viudo carece de cualquier derecho sucesorio en la herencia de su consorte, ya sea por vía de legítima

1. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

(art. 834 CC), ya sea por vía de sucesión intestada (art. 945 CC). Y esta pérdida de derechos sucesorios se producirá con independencia del modo en que haya tenido lugar la separación: por acuerdo entre los cónyuges, por abandono del hogar, por imposición de una sentencia firme o por haber sido formalizada judicial o notarialmente. No obstante, se recuperan los mencionados derechos si, con anterioridad al fallecimiento, se produce la reconciliación —de hecho o de derecho— entre los cónyuges.

Como puede advertirse, el hecho de condicionar la subsistencia de los derechos sucesorios del cónyuge viudo a una circunstancia fáctica —la separación de hecho o en su caso la posterior reconciliación de hecho— plantea numerosos problemas, que trataremos de dilucidar en este trabajo.

Tras realizar una breve referencia a las nociones de separación matrimonial y de reconciliación y a los requisitos para la eficacia de esta última, nos detendremos en el análisis de dos momentos en que la adecuada protección de los intereses del viudo recomienda su comparecencia. El primero es la tramitación del acta de notoriedad de herederos abintestato, en el supuesto de que el causante no hubiera otorgado testamento. El segundo momento se refiere a la autorización de la escritura de partición y adjudicación de herencia.

II. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL

Para apreciar la existencia de una separación que priva al supérstite de los derechos sucesorios que le corresponderían en la herencia de su consorte —tanto de la legítima como del llamamiento a la sucesión intestada— hemos de acudir en la actualidad a las normas que se refieren a esta situación de crisis matrimonial, esto es, el Capítulo VII del Libro I del Código Civil en la redacción otorgada por la Ley 15/2015, de 8 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La regulación anterior a la actual revestía mayor complejidad, pues era necesario el transcurso de al menos un año de matrimonio y el acuerdo de ambos cónyuges o la petición de uno cuando el otro incurriera en causa legal de separación. La Ley 15/2005, de 8 de julio instaura un régimen más sencillo. Elimina las causas de separación —de manera que esta se fundamenta en la mera voluntad de al menos uno de los cónyuges²— y reduce el plazo para solicitarla, pues basta con que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

2. La SAPMA de 25 de septiembre de 2017 (JUR 16060) contempla un supuesto en el que no media la voluntad de ninguno de los cónyuges, sino que la separación es impuesta por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. La orden de alejamiento y prohibición de acercarse a su cónyuge en un periodo de 12 meses permitió apreciar una separación de hecho suficiente para privar de la legítima al cónyuge viudo: «La separación no fue «en origen» consentida, si no [sic] que vino impuesta por la orden de alejamiento dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Ahora bien, tal resolución (orden de alejamiento) lo que acredita, de manera contundente, es el cese efectivo de la convivencia conyugal y que la convivencia era inexistente al momento del fallecimiento del causante, ya que no se alega y mucho menos se prueba, que hubiera mediado reconciliación o reanudación de la convivencia en dicho periodo».

1. Modalidades de separación matrimonial

De acuerdo con la regulación actual de esta crisis matrimonial (art. 81 a 84 CC), la separación puede formalizarse por el juez, el notario o el letrado de la Administración de Justicia. La elección entre estas alternativas no queda al arbitrio de los cónyuges. Estos sólo podrán acudir al notario o al letrado de la Administración de Justicia para formalizar su separación si se decide de mutuo acuerdo y además no existen hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se han establecido medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. En los demás casos, será el juez quien decida y acuerde la separación matrimonial (art. 81 CC).

En cualquiera de los dos casos, la separación supone «la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica» (art. 83.1 CC). Estos efectos comienzan desde que sea firme la sentencia o el decreto en que se declare, o desde el otorgamiento de la escritura pública en los supuestos en que se haya formalizado notarialmente. No obstante, los terceros de buena fe únicamente se verán afectados por la separación matrimonial desde que esta se haya inscrito en el Registro Civil (art. 83.2 *in fine* CC).

2. En particular, la separación de hecho

El Capítulo VII del Libro I del Código Civil no contiene mención alguna a la separación de hecho, a la que en cambio se alude en otros capítulos para atribuirle efectos de enervadura, como el que se estudia en este trabajo: la pérdida de derechos sucesorios por parte del cónyuge que estuviere en situación de separación de hecho al fallecer su consorte. Hubiera sido preferible, por motivos de seguridad jurídica, que el legislador precisara la noción de separación de hecho, tarea que ha recaído en la doctrina y en la jurisprudencia³.

Para RIVAS MARTÍNEZ la separación de hecho requiere la concurrencia de dos elementos. El primero consiste en la desaparición de la convivencia física, elemento objetivo apreciable por los hechos llevados a cabo por los cónyuges, como el cambio de domicilio de uno de ellos⁴. El segundo presenta carácter subjetivo: «La ausencia de voluntad en uno o ambos cónyuges de mantener una comunidad

3. MOLINA BALAGUER (BCRE, 2006, 2343) critica la técnica legislativa adoptada, que no tiene en cuenta «la realidad de la aplicación práctica del precepto, en este caso, sin tomar en consideración que, el Notario al autorizar y el Registrador al calificar la partición hereditaria, han de apreciar si el cónyuge supérstite ha de comparecer necesariamente o no, como requisito fundamental afectante a la validez y eficacia del acto particional; y sin considerar tampoco que el acta de declaración de heredero *ab intestato* a favor del cónyuge la autoriza el Notario, que habrá de apreciar esa separación de hecho».

4. Este primer requisito se menciona reiteradamente por la jurisprudencia. Así, la SAPM 25.9.2017, JUR 16060: «La separación matrimonial surge cuando la convivencia así entendida desaparece, cuando los miembros de la pareja se apartan entre sí y pasan a residir en domicilios distintos lo que suele ser la forma más patente de exteriorizar esta intención».

de vida matrimonial (falta o separación de la *affectio maritalis*) y para ello *basta la separación unilateral o incluso el acuerdo tácito con abandono del hogar, sin reacción o con la aquiescencia otorgada ante la decisión unilateral del otro*» (RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, 2020, 1713; la cursiva es del original).

Convendría añadir a estos dos elementos la intención de los cónyuges encaminada a que esa nueva situación de separación de hecho sea permanente en el tiempo. Se distingue así de aquellos supuestos en los que cesa temporalmente la vida en común de los cónyuges por motivos ajenos a una crisis matrimonial, como la necesidad de trasladarse a otra ciudad por razones de trabajo; o de aquellos otros en los que las partes interrumpen la convivencia para disponer de un intervalo de reflexión y con la intención de reanudarla tras un periodo de tiempo. En este sentido, en un supuesto en que el causante fallece antes de que hubiera transcurrido un mes desde que los cónyuges habían interrumpido su convivencia, la SAPB de 20 de junio de 2024 (JUR 268109) concluye: «no podemos afirmar que existía una situación de separación de hecho consolidada, y no podemos descartar que, de no haber acaecido el fatal desenlace [el fallecimiento de uno de los cónyuges], se hubiera producido la reconciliación que solicitaba el causante en las conversaciones de WhatsApp que mantuvo con su esposa desde que abandonó el domicilio hasta su muerte».

Como puede advertirse, la complejidad y diversidad de las situaciones en que pueden encontrarse los cónyuges, unida a la ausencia de regulación de esta crisis matrimonial, dificulta en ocasiones apreciar la existencia de una separación de hecho.

3. Efectos de la separación de hecho en el ámbito sucesorio

Como se ha mencionado más arriba, el cónyuge superviviente que se encontraba separado de hecho del ahora causante carece de derechos legitimarios (art. 834 CC), y pierde el llamamiento en caso de abrirse la sucesión intestada (art. 945 CC). La atribución de este doble efecto a la separación de hecho se debe a la reforma introducida por la Ley 15/2005, que en cambio no se ha preocupado de regular en qué consiste esta crisis matrimonial que produce semejantes consecuencias.

Antes de esta reforma, únicamente se atribuían efectos a la separación de hecho en el artículo 945 CC⁵, de manera que el cónyuge viudo no era llamado a la sucesión intestada en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales. Sin embargo, no bastaba la simple situación de separación de hecho, de ausencia de vida en común de los casados, sino que esta debía haber tenido

5. La redacción del art. 945 CC antes de la reforma de la Ley 15/2005 era la siguiente: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

lugar de mutuo acuerdo entre los cónyuges y debía constar fehacientemente, es decir, en escritura pública⁶.

Esta última exigencia favorecía la seguridad jurídica, algo que se echa en falta en la actualidad. Como se verá más adelante, la invocación de la situación de separación de hecho entre los cónyuges por parte de uno de los herederos provoca inestabilidad en la certeza sobre la que se apoyan las actuaciones notariales.

Ahora bien, los efectos de la separación de hecho cesan si con posterioridad ha mediado entre los cónyuges la reconciliación, hecho jurídico que suscita nuevos interrogantes.

III. LA RECONCILIACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN EL ÁMBITO SUCESORIO

La reconciliación consiste en la reanudación de la convivencia que había quedado interrumpida por la separación matrimonial⁷, o en palabras de la SAPV 11.1.2021 (LA LEY 42257/2021) «una voluntad común de los cónyuges de cesar la separación y acordar una reanudación de la vida estable y continuada en convivencia». Requiere un acuerdo entre ambos cónyuges, por el que deciden poner fin a la crisis y retomar la vida en común.

En nuestro Código Civil la reconciliación «pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él» (art. 84 CC), «priva a éste [al ofendido] del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha» (art. 856 CC) y permite que el cónyuge sobreviviente conserve sus derechos sucesorios (art. 835 CC).

Falta en nuestro Derecho una regulación uniforme de los requisitos que deben acompañar a la reconciliación para que tenga trascendencia jurídica. Mientras el artículo 856 CC se limita a mencionarla, sin exigir ninguna forma especial para que produzca efectos, los artículos 84 y 835 CC obligan a ponerla en conocimiento del Juez o del Notario que hubiera decretado o acordado la separación, y sólo el artículo 84 CC requiere que se inscriba en el Registro Civil para que tenga eficacia frente a terceros⁸.

6. Con ello, se daba la paradoja de que el cónyuge separado de hecho con los requisitos que exigía el art. 945 CC carecía de derechos en la sucesión intestada, pero conservaba su derecho a la legítima, pues el art. 834 CC seguía exigiendo separación judicial para privar al cónyuge de su condición de heredero forzoso (véase SAPCU 4.3.2004, JUR 484).

7. La reconciliación no tiene efectos legales si tiene lugar entre los cónyuges ya divorciados, pues el vínculo matrimonial ha quedado disuelto por divorcio, y deberán contraer nuevo matrimonio (art. 88 CC).

8. Si bien la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC) no se refiere expresamente a la inscripción de la escritura de reconciliación matrimonial, se puede entender que alude a ella en el párrafo tercero de su artículo 61, que lleva por título «Inscripción de la separación, nulidad y divorcio»: «Las resoluciones judiciales o las escrituras públicas que modifiquen las inicialmente adoptadas o convenidas también deberán ser inscritas en el Registro Civil».

En los casos en que haya mediado una separación legal, formalizada judicial o notarialmente e inscrita en el Registro Civil, será preciso hacer constar la reconciliación en dicho Registro a efectos de lograr la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extrarregistral (art. 16 LRC). La ausencia de regulación no es óbice para concluir que en estos casos la reconciliación debe inscribirse en el Registro Civil, y, para ello, debe formalizarse debidamente.

Si la separación hubiera sido decretada judicialmente, ambos cónyuges deben poner en conocimiento del Juzgado la reconciliación, comunicación que habitualmente tendrá lugar con la comparecencia personal de cada uno de los cónyuges en el Juzgado. En cambio, si la separación se acordó ante Notario, los cónyuges otorgarán escritura de reconciliación matrimonial⁹. Y podrán hacerlo ante el mismo Notario que autorizó la separación o ante cualquier otro, con la peculiaridad de que en este caso el Notario deberá remitir oficio al autorizante de la escritura de separación, quien hará constar la reconciliación con una nota en la matriz¹⁰.

1. La reconciliación entre los cónyuges separados de hecho

La separación de hecho, como se ha dicho y su propio nombre indica, no requiere ser formalizada ni inscrita en el Registro Civil. Por ello, si se reanuda la convivencia y se recupera la buena relación entre quienes se habían separado de hecho, tendrá lugar una reconciliación que no se formalizará ni se inscribirá en el Registro Civil: una reconciliación de hecho, que pone fin a aquella crisis matrimonial fáctica.

Habitualmente, esta situación se manifestará al exterior de forma inequívoca mediante la reanudación de la vida en común. Sin embargo, no siempre será así, pues puede ocurrir que tras un largo periodo de tiempo de separación no resulte sencillo a los cónyuges el cambio de domicilio para volver a vivir juntos. Por ello, el hecho de atribuir consecuencias jurídicas a la reconciliación de hecho nos adentra de nuevo en un terreno inestable y ausente de seguridad jurídica. Por ejemplo, puede ocurrir que la reconciliación de hecho no trascienda al exterior, sino que por voluntad de ambos cónyuges permanezca en la relación inter-

9. El artículo 84 CC menciona que la reconciliación podrá constar también en acta de manifestaciones. No obstante, al tratarse de un negocio jurídico bilateral, la forma documental adecuada será la escritura pública. Esta, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley del Notariado, tiene como contenido propio «las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases». Afirman que la reconciliación tiene naturaleza de negocio jurídico, entre otros, RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, 2020, 1722; y BLANDINO, *AJI*, 2015, 35.

10. No menciona el Código Civil si el Letrado de la Administración de Justicia que formaliza la separación de mutuo acuerdo (art. 82 CC) tiene facultades para recibir la comunicación de la reconciliación matrimonial. Esta cuestión la analiza BLANDINO GARRIDO, y concluye que la interpretación lógica y sistemática del artículo 84 CC conduce a reconocer al letrado de la Administración de Justicia atribuciones en materia de reconciliación (BLANDINO, *AJI*, 2015, 39).

na entre ellos, y quieren que continúe, al menos por un tiempo, escondida a la vista de terceros.

2. La reconciliación de hecho entre los cónyuges separados judicial o notarialmente

Admitida la reconciliación de hecho para los cónyuges que se habían separado también de hecho, se plantea si la separación formalizada judicial o notarialmente puede asimismo quedar sin efecto por una mera reconciliación de hecho.

A la vista del artículo 84 CC, que se encuentra en el capítulo dedicado a la separación matrimonial, la reconciliación debe formalizarse judicial o notarialmente —en función del modo en que se hubiera adoptado la separación— e inscribirse en el Registro Civil.

Ya en sede de derecho de sucesiones, el artículo 835 CC exige, para que el supérstite conserve su derecho a la legítima, la reconciliación «notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código». Se reitera, por tanto, la necesidad de que la reconciliación sea formalizada, requisito que se apoya en razones de seguridad jurídica, como explica la Sentencia de la APV 5.3.2007 JUR 273900:

«La seguridad jurídica requiere que la situación de separación matrimonial pueda ser conocida por todos aquellos a quienes pueda interesar y ello se consigue mediante la anotación de la sentencia en el Registro Civil que ha de publicar lo que verdaderamente existe y si la simple reconciliación dejase sin efecto la sentencia de separación, se vulneraría la exigencia de certidumbre antes referida. De ahí la necesidad de que se ponga en conocimiento del Juzgado y de que se cancele la anotación registral de la sentencia, en orden a que la reconciliación produzca plenos efectos jurídicos no sólo entre los propios consortes sino frente a terceros. Por tanto, se ha de concluir que el instituto jurídico de la reconciliación contiene un requisito formal esencial cual es su comunicación al Juzgado».

La tramitación de la reforma del artículo 835 CC operada por la Ley 15/2005 pone de relieve el carácter constitutivo¹¹, y no meramente declarativo —como sostienen algunos autores¹²— de la notificación de la reconciliación al Juzgado.

11. En favor de este carácter constitutivo de la notificación al Juzgado o al Notario, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, AC, 2006, 1553; BLANDINO GARRIDO, *AJI*, 2015, 41; MURGA FERNÁNDEZ, *Artículo 835*, 4086; y MOLINA BALAGUER, *BCRE*, 2006, 2351.

12. Entre ellos, RIVAS MARTÍNEZ (*Derecho de Sucesiones Común*, 2020, 1725), que sostiene: «La reconciliación en cualquiera de sus formas [pública o privada] produce efectos entre partes y restaura los derechos legitimarios entre cónyuges: la ausencia de forma pública o de la debida notificación no es óbice para ello, aunque puede reportar la necesidad de demostrar el hecho de la reconciliación, si fuere negada por los otros legitimarios concurrentes. Esta interpretación de la norma es la más coherente con el tradicional principio de “*favor matrimonii*”». También ZARRALUQUI SÁNCHEZ-

Explica ÁLVAREZ ÁLVAREZ (AC, 2006, 1553) que el texto presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados aludía a la reconciliación entre cónyuges sin exigir requisito adicional alguno. La redacción que finalmente se aprobó¹³ fue la propuesta por la enmienda número 65 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán. Se justificaba esta enmienda, en palabras de ÁLVAREZ ÁLVAREZ (AC, 2006, 1553), «en consonancia con el art. 834 del CC, y para evitar la polémica doctrinal que había surgido sobre la efectividad de la reconciliación cuando ésta no se ha puesto en conocimiento del órgano judicial que decretó la separación, en aras de la seguridad jurídica».

En efecto, la jurisprudencia ha confirmado el carácter constitutivo de la notificación de la reconciliación al Juzgado o, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, al Notario. Así, la SAPLE, 2.4.2013 (LA LEY 52046/2013) en un supuesto en que si bien resultó probada la reconciliación de hecho entre los cónyuges esta no fue notificada al Juzgado, a la vista de la certificación de matrimonio de donde resulta la separación judicial concluye «que encontrándose separado judicialmente el demandado de la causante al tiempo del fallecimiento no tiene derecho a la cuota legal usufructuaria correspondiente al viudo»¹⁴.

Resulta interesante la SAPV 11.1.2021 (LA LEY 42257/2021), pues la Audiencia explica el cambio que supuso la reforma de la Ley 15/2005 en materia de reconciliación. En ese caso, los cónyuges separados judicialmente se reconciliaron antes de entrar en vigor la Ley 15/2005. En primera instancia se negaron los derechos sucesorios del cónyuge viudo por no haber sido comunicada la reconciliación al Juzgado. Y señala la Audiencia: «La exigencia legal que la sentencia impone a la demandante se introduce en el Código Civil, siete años más tarde de llevarse a cabo la reconciliación». Es decir, afirma el carácter constitutivo de la notificación de la reconciliación al Juzgado a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

Tras lo expuesto, se concluye que la reconciliación de hecho únicamente permitirá al cónyuge supérstite la conservación de su legítima y del llamamiento a la sucesión intestada¹⁵ si la separación matrimonial se había producido de hecho, sin formalizarse ante el juez, el notario o el letrado de la Administración de Justicia o, en este último caso, si se hubieran reconciliado los cónyuges antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Fuera de este supuesto, si la separación

EZNARRIAGA (*El matrimonio*, 2019, 492), si bien menciona una sentencia (SAPM 16.1.1996, que no he podido localizar) que aplica el artículo 835 CC en su redacción anterior a la reforma de la Ley 15/2005. Recordemos que bajo esa redacción no se mencionaba la exigencia de notificar al Juzgado o al Notario la reconciliación, por lo que tampoco podía considerarse como un requisito, ni declarativo ni constitutivo.

13. Tras la reforma de 2005, la redacción del artículo 835 CC quedó como sigue: «Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos».

14. En el mismo sentido, SAPMA, 6.9.2017, LA LEY 222476/2017.

15. Aunque no nos hemos referido en particular a los efectos de la reconciliación en la sucesión intestada (art. 945 CC), que omite por completo el Código Civil, la doctrina es unánime en considerar que el cónyuge supérstite recupera el llamamiento a esta sucesión si hubiera mediado reconciliación en los términos expuestos para el art. 835 CC (en este sentido, BLANDINO, *AJI*, 2015, 45).

se hubiera formalizado legalmente, también la reconciliación debería haberse formalizado debidamente, por lo que habrá que atender a la información que resulte de la inscripción de matrimonio en el Registro Civil —deber de inscripción que incumbe al Juez o al Notario en cuestión— y sólo la reconciliación que conste inscrita en dicho Registro será eficaz para que el cónyuge viudo conserve sus derechos sucesorios.

IV. SITUACIÓN DEL SUPÉRSTITE SEPARADO A LA MUERTE DE SU CÓNYUGE

La subsistencia del vínculo matrimonial entre los cónyuges separados supone que el supérstite no es absolutamente extraño a la sucesión causada por su consorte. Si, a pesar de haberse producido la disolución de la sociedad de gananciales, no se hubiera llevado a efecto la liquidación, el supérstite y los herederos del premuerto deben proceder a liquidarla.

En lo que se refiere a los derechos sucesorios que aquí nos ocupan, no hay duda de que el viudo quedará excluido de la sucesión si ha mediado una separación legal que consta inscrita en el Registro Civil con posterioridad a la vigencia de la Ley 15/2005. Para probarlo, bastará con presentar un certificado de matrimonio, del que resultará la separación judicial o notarial y la reseña de la sentencia o escritura en que se haya formalizado.

En cambio, tanto si se invoca la existencia de una separación matrimonial de hecho como si se duda de que haya mediado una reconciliación (anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 para los que se hubieran separado judicialmente), se debería contar con la presencia del viudo, como se expondrá a continuación. Distinguiremos dos momentos: la tramitación de la declaración de herederos abintestato, si el causante fallece sin haber otorgado testamento; y la autorización de la escritura de partición y adjudicación de herencia.

1. La declaración de herederos abintestato

La apertura de la sucesión intestada tiene lugar, en la mayoría de los casos, por haber fallecido el causante sin haber otorgado testamento, aunque también procede en cualquiera de los supuestos mencionados en el artículo 912 CC. La competencia para declarar quiénes son los herederos abintestato corresponde, en la actualidad, al Notario, quien realizará dicha declaración una vez que transcurran veinte días hábiles desde el requerimiento.

A) La prueba del hecho pretendido

Podrá formular el requerimiento al Notario cualquier persona con interés legítimo que se considere con derecho a suceder abintestato al causante (cfr. art. 55 Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862), siempre que en dicho requerimien-

to demuestre dos extremos. Por una parte, deberá probar la procedencia de abrir la sucesión intestada, para lo que, en los supuestos más frecuentes¹⁶, aportará los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad. Por otra parte, el requirente deberá manifestar y demostrar quiénes son los parientes con derecho a heredar —con arreglo al Capítulo III del Título III del Libro tercero del CC— para lo cual se servirá de la prueba documental y de la testifical.

Los documentos aportados por el requirente variarán en función de la relación de parentesco que exista entre el causante y los llamados a la sucesión intestada. En el caso del cónyuge —que aquí nos ocupa— resultan relevantes el certificado de matrimonio y el libro de familia, que acreditan la celebración del matrimonio, su fecha y, en su caso, la existencia de una crisis matrimonial inscrita en el Registro Civil, esto es, la separación legal o el divorcio.

De conformidad con el art. 56.2 LN, la prueba testifical consistirá en «la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende». Estos testigos son presentados al Notario por el requirente y podrán ser parientes del causante, por consanguinidad o afinidad, siempre que no tengan interés directo en la sucesión.

Al margen de las pruebas aportadas por el requirente, el Notario puede realizar las que estime oportunas, y no sólo las dirigidas a acreditar la identidad, domicilio, nacionalidad, vecindad civil y ley extranjera aplicable, de acuerdo con la enumeración del art. 56.2 LN. La prueba practicada a iniciativa del Notario se dirigirá a conocer la realidad de los hechos alegados por el requirente, de manera que, transcurrido el plazo legal, pueda declarar que le consta por notoriedad quiénes son los parientes del difunto llamados a la sucesión intestada.

B) En particular, la prueba de la separación o reconciliación de hecho

Como se ha expuesto más arriba, estas dos situaciones fácticas —separación o reconciliación de hecho— pueden conllevar la pérdida o la recuperación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Semejantes consecuencias requieren un vigoroso medio de prueba que se echa en falta en la regulación actual de esta materia, como se expone a continuación.

a) La prueba documental

El libro de familia y el certificado de matrimonio, pruebas documentales empleadas para acreditar la condición de cónyuge, no reflejan ni la separación ni la reconciliación de hecho, situaciones que no acceden al Registro Civil por carecer de la forma necesaria para ello.

16. Como se ha mencionado, procede abrir la sucesión intestada en otros casos distintos de aquel en el que el causante no ha otorgado testamento, de manera que pueden variar los documentos que deben aportarse para acreditar la procedencia de abrir la sucesión intestada. Nos referimos aquí a este único supuesto por ser el más frecuente y para no apartarnos del objeto de estudio.

Para demostrar la existencia de una separación de hecho, el requirente podría aportar otros documentos, como certificados de empadronamiento de los que resulte el distinto domicilio de ambos cónyuges. Sin embargo, si bien estos certificados podrían demostrar el cese de la convivencia en común, elemento objetivo de la separación de hecho, no prueban los elementos subjetivos necesarios para que aquella exista: la ausencia de *affectio maritalis* y la intención de que esa situación perdure en el tiempo¹⁷.

b) La prueba testifical

Para demostrar la concurrencia de los mencionados elementos subjetivos de la separación de hecho, cobra especial importancia la declaración de dos testigos que hayan conocido al causante. No obstante, la imparcialidad que caracteriza a los testigos puede quedar en entredicho si el causante se encontraba separado de hecho o reconciliado con su cónyuge al tiempo del fallecimiento, en función del parentesco que tenga el requirente con el causante.

Sin perjuicio del deber de manifestar la verdad al formular el requerimiento¹⁸, no se puede obviar que el interés del requirente que sea el cónyuge viudo se dirigirá a mantener oculta la separación de hecho o manifestar la reconciliación que había mediado con el causante. En cambio, el requirente que sea descendiente o ascendiente del *de cuius* procurará acreditar, en su caso, la existencia de una separación de hecho u esconder la reconciliación de hecho que hubiera tenido lugar.

Del mismo modo, tanto la elección de los testigos como la declaración de estos se verán influidas por la posición del requirente en la herencia. Aunque no tengan interés directo en la sucesión —como ordena la LN— ni pretendan faltar a la verdad en la narración de los hechos, podrían tener un conocimiento parcial de la realidad a través de la información que les ha suministrado el requirente. Y será esta la información que manifestarán en su declaración ante el Notario.

En consecuencia, tampoco la prueba testifical es indubitada. Así se puso de relieve en la SAPAV 27.2.2009, JUR 2009/333196. En el caso, la manifestación realizada por los testigos ante la notaria, consistente en que había mediado reconciliación entre los cónyuges por haber convivido los últimos diez años, queda desvirtuada por la prueba testifical practicada en juicio. La manifestación de esos mismos testigos en juicio únicamente acreditó que habían visto juntos a los cónyuges algunas veces y que en realidad desconocían la situación, concluyendo la AP: «No surte prueba alguna en juicio la prueba testifical de personas, vecinas, que afirman lo que les parecía saber. Así algunos afirmaron que eso tenían entendido, etc».

17. Idéntico problema encontramos en el caso de reconciliación de hecho. El certificado de empadronamiento, o cualquier otro documento que acredite el domicilio en común, no sirven para demostrar la intención de los cónyuges de reanudar la relación.

18. El delito de falsedad en documento público cometido por particulares se regula en el artículo 392 del Código Penal.

c) *La prueba practicada a instancia del Notario*

Como se ha visto, las pruebas aportadas por el requirente pueden trasladar al Notario una realidad parcial que no hagan despertar en él la más mínima sospecha de la existencia de una separación o reconciliación de hecho.

Ahora bien, durante los veinte días hábiles posteriores al requerimiento cualquier interesado podrá «oponerse a la pretensión, presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio» (art. 56.2 LN). De este modo, el viudo o viuda podrá comparecer ante el Notario encargado de la tramitación del acta para, o bien negar la separación de hecho invocada por el requirente, o bien afirmar la existencia de una reconciliación entre los cónyuges. No obstante, la posibilidad de que el supérstite desconozca la tramitación del acta debería llevar al Notario a extremar la prudencia en la prueba¹⁹.

Dado que tanto la separación de hecho como la reconciliación de hecho requieren de un elemento subjetivo difícilmente apreciable por terceros, la declaración del supérstite deviene la principal prueba para apreciar la existencia de estas situaciones fácticas²⁰. No obstante, requerir la manifestación del viudo o viuda para que el notario pueda cerrar el acta de declaración de herederos puede resultar problemático en aquellos casos en que el requirente sea ascendiente o descendiente del causante, pero no del supérstite.

En estos supuestos, el notario podría exigir la prueba de la separación o reconciliación de hecho con carácter previo a la firma del requerimiento; es decir, antes de que comience el cómputo de los veinte días hábiles que finalizaría con la declaración de notoriedad. Uno de los posibles medios de prueba consiste en el acta notificación y requerimiento regulada en el art. 202 del Reglamento Notarial, de acuerdo con el cual se notifica al viudo o viuda la intención de tramitar el acta de declaración de herederos abintestato y se le requiere para que manifieste si se encontraba separado de hecho o si había mediado reconciliación previa al fallecimiento.

Ahora bien, la defectuosa regulación de esta materia tampoco aclara el tratamiento jurídico que merece el silencio del supérstite notificado y requerido para pronunciarse sobre la posible crisis matrimonial. No se encuentra en esta sede una norma semejante al art. 1005 CC que entiende aceptada la herencia si transcurren treinta días naturales sin que el heredero manifieste si acepta o renuncia la herencia tras haber sido requerido al efecto.

19. Existen supuestos en los que el notario debe ser especialmente cauteloso por los diversos intereses en juego. Por ejemplo, si el causante había contraído segundas nupcias y existen descendientes del primer matrimonio con los que el supérstite concurre a la sucesión.

20. En este sentido, RIVAS MARTÍNEZ afirma: «En general, la posición de la doctrina notarial se inspira en criterios de máxima prudencia, pues, siempre que deba privarse de derechos a una persona por separación de hecho, ha de oírse al mismo, es decir, deberá contar el consentimiento de la parte interesada, reconociendo la situación de separación, sin perjuicio de las demás pruebas que puedan aportarse aparte de la necesaria corroboración de la prueba testifical, debiendo, en todo caso, citarse al cónyuge para que pueda oponerse a la declaración (RIVAS, *Derecho de Sucesiones Común*, 2020, 1715).

Por todo ello, la práctica aconsejará lograr la manifestación del supérstite sobre la existencia o no de una separación o reconciliación de hecho por otras vías más amistosas²¹. La recepción de una carta certificada o la comparecencia del notario en el domicilio pueden levantar sospechas en el sobreviviente y enfriar o dificultar aún más su relación con los herederos, que se verían abocados a acudir a un procedimiento judicial para demostrar la situación en que se encontraba el matrimonio del causante al tiempo de su fallecimiento.

De acuerdo con lo expuesto, tanto si se invoca una separación de hecho como una posterior reconciliación de hecho durante la tramitación de la declaración de herederos abintestato, el medio de prueba que logra una adecuada protección al cónyuge supérstite consiste en la audiencia de este o en su manifestación realizada en acta independiente.

2. Escritura de partición y adjudicación de herencia testada

*Voluntas defuncti pro lege servatur*²²; si el causante fallece habiendo otorgado testamento, este se convierte en ley de la sucesión. La partición de la herencia deberá conformarse con lo manifestado en el testamento. En consecuencia, se tienen por ciertas las circunstancias personales del causante o de los herederos o legatarios manifestadas por el *de cuius*, mientras no se demuestre lo contrario. Así, la premoriencia de uno de los hijos del causante no requerirá ser probada si ha sido manifestada por el testador.

Del mismo modo, la existencia de una separación matrimonial de hecho invocada por el causante en su testamento se tiene por cierta, con la consiguiente pérdida de derechos legitimarios por parte del supérstite. Si se hubiera producido con posterioridad una reconciliación —también de hecho— entre los cónyuges, bastaría con que los otorgantes de la escritura de partición y adjudicación de herencia lo manifestasen. En este caso, el supérstite se tendrá por preterido y recibirá su legítima, para lo que «se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias» (art. 814 CC).

Ahora bien, esta solución deja la intervención del cónyuge reconciliado en manos de los herederos. El interés de estos se ve perjudicado si se reconoce que ha mediado reconciliación —ven reducida su adjudicación hereditaria— de manera que, de nuevo, para proteger adecuadamente los intereses del supérstite convendría contar con la presencia de quien ha sido cónyuge del causante hasta su fallecimiento para que declare si ha existido o no reconciliación²³. Esta declara-

21. En este caso, el viudo o viuda podrá manifestar la existencia o inexistencia de separación o reconciliación de hecho en un acta de manifestaciones, con lo que se evitaría la concurrencia con los herederos en el momento del requerimiento para la declaración de notoriedad de los herederos abintestato.

22. Aforismo romano que traduce DOMINGO (Principios, 2006, 425-426): «La voluntad del difunto sea tenida por ley».

23. ESPEJO LERDO DE TEJADA propone introducir una nueva causa de desheredación del cónyuge que consista en la separación de hecho que suponga incumplimiento de los deberes conyugales

ción podrá tener lugar en la misma escritura de partición y adjudicación hereditaria, o bien, si por diversas circunstancias el supérstite no quisiera coincidir con los herederos, podría otorgar un acta de manifestaciones en la que declarase que no ha habido reconciliación²⁴.

En el supuesto contrario al planteado, si el causante declara en el testamento que su estado civil es el de casado, pero ha mediado con posterioridad una separación judicial o notarial, será preciso interpretar la verdadera voluntad del testador²⁵. En el caso de que tras la tarea hermenéutica se concluya que las disposiciones a favor del cónyuge separado devienen ineficaces, bastará con aportar un certificado de matrimonio del que resultará dicha separación. Ahora bien, si se tratara de una separación de hecho, será preciso probarla. Al notario le basta, de ordinario, que los otorgantes de la escritura de partición y adjudicación de herencia manifiesten unánimemente que el causante se encontraba separado de hecho.

No obstante, para lograr una adecuada protección de los intereses del supérstite sería conveniente practicar una prueba adicional, que podría consistir en cualquiera de las mencionadas anteriormente para la tramitación del acta de declaración de herederos abintestato. Es decir, el notario podrá requerir la presencia de dos testigos que corroboren la manifestación de los herederos²⁶, o bien exigir la declaración del supérstite o, al menos, asegurarse de que este tiene conocimiento de la intención de manifestar dicha separación de hecho en el otorgamiento de la escritura de partición y adjudicación de herencia.

V. CONCLUSIONES

La pérdida de derechos sucesorios por parte del cónyuge separado de hecho al tiempo de fallecer su consorte, introducida por la Ley 15/2005²⁷, no ha venido acompañada de una adecuada definición de las situaciones fácticas que provocan

(cfr. ESPEJO, *Tendencias reformistas*, 2020, 23 y 113), propuesta que nos parece acertada, pues indirectamente serviría para probar la concurrencia de los elementos subjetivos de la separación de hecho (falta de *affectio maritalis* e intención de que la separación perdure en el tiempo).

24. En el caso opuesto, si ha mediado reconciliación entre el causante y el supérstite, este deberá concurrir con los herederos para otorgar, de común acuerdo, la escritura de partición y adjudicación de herencia (cfr. art. 1058 CC). A falta de acuerdo, deberán acudir al procedimiento judicial (cfr. art. 1059 CC).

25. Sobre esta tarea de interpretación de la voluntad del testador cuando acaece una crisis matrimonial posterior al otorgamiento del testamento y los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a esta cuestión, resulta de interés el trabajo de ZUBERO QUINTANILLA (*RDP*, 2020, 43-66).

26. La posibilidad de que el Notario requiera la presencia de testigos, fuera de los casos expresamente previstos por la ley, se deriva del art. 180 RN, «En la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales, salvo que la reclamen el Notario autorizante [...]».

27. Como se ha dicho, la separación de hecho también privaba del llamamiento a la sucesión intestada al cónyuge viudo antes de la reforma de la Ley 15/2005, pero debía tratarse de una separación de hecho que constase fehacientemente, formalidad que contribuía a la seguridad jurídica.

la pérdida o recuperación de esos derechos, ni de una conveniente protección de los intereses del supérstite.

En este trabajo se han perfilado las instituciones de la separación de hecho y de la reconciliación de hecho. La primera provoca la pérdida del derecho a la legítima (art. 834 CC) y del llamamiento a la sucesión intestada por parte del viudo o viuda (art. 945 CC). En cambio, la reconciliación de hecho únicamente permite recuperar los derechos sucesorios al cónyuge que estuviere separado de hecho al tiempo de fallecer su consorte o con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005; no surte efecto si había mediado entre ellos separación judicial o notarial, o separación de hecho posterior a la vigencia de la mencionada Ley.

Ante la eventual concurrencia de una situación de hecho que conlleva la privación o el reconocimiento de derechos sucesorios al supérstite, se advierte la necesidad de extremar la prudencia con mecanismos no requeridos expresamente por el legislador, pero necesarios en la práctica para no dejar desamparado a quien ha sido cónyuge hasta el fallecimiento de su consorte.

De este modo, durante la tramitación del acta de declaración de herederos abintestato y el otorgamiento de la escritura de partición y adjudicación de herencia, la prudencia del Notario debería llevarle a requerir la presencia del supérstite, o al menos su notificación para que pueda comparecer y alegar lo que a su derecho convenga.

Exigir la comparecencia del cónyuge viudo que se encontraba separado del causante puede suponer un problema para los herederos, pero resulta la vía más segura para lograr la protección de los intereses de aquél.

No obstante, no procede proponer una modificación de la Ley del Notariado para incluir estos medios de prueba con carácter obligatorio cuando se invoque una separación o reconciliación de hecho. Y ello porque el defecto no se encuentra en que la Ley del Notariado omita la notificación al supérstite, sino en la inseguridad jurídica que provoca la regulación del Código Civil, que hace depender los derechos sucesorios del cónyuge viudo de una circunstancia de hecho carente de regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones», *Actualidad Civil*, tomo 2, nº 13, 2006, 1525-1554.
- BLANDINO GARRIDO, M^a Amalia, «La reconciliación conyugal: reflexiones tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, diciembre 2015, 32-51.
- DOMINGO OSLÉ, Rafael / ORTEGA DE LA PEÑA, Javier / RODRÍGUEZ ANTOLÍN, Beatriz / ZAMBRANA TÉVAR, Nicolás, *Principios de Derecho Global. 1000 reglas, principios y aforismos jurídicos comentados*, 2^a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, 1ª edición, Wolters Kluwer España, Madrid, 2020.
- MOLINA BALAGUER, Francisco, «La sucesión del cónyuge supérstite tras la Ley 15/2005 de 8 de julio, o cómo apreciar la separación de hecho», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 127, septiembre 2006, 2341-2352.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, «Artículo 835», a: CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 4085-4087.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones Común. Estudios Sistemático y Jurisprudencial*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, 1ª edición, BOSCH, Madrid, 2019.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara, «La voluntad real del testador: ineficacia de disposiciones testamentarias por crisis posterior al otorgamiento del testamento», *Revista de Derecho Privado*, 4, julio-agosto 2020, 43-66.

LEGADO A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO Y LEGÍTIMA EN USUFRUCTO

Marta Gómez López

Contratada Predoctoral de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. LA SUBORDINACIÓN DEL LEGADO AL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y LAS DEUDAS. 1. Liquidación y partición de la herencia como presupuesto previo a la entrega del legado: especial referencia a la liquidación del régimen económico matrimonial. II. ¿IMPUTACIÓN DEL LEGADO A LA CUOTA LEGAL VIDUAL O A LA PARTE DE LIBRE DISPOSICIÓN? 1. La voluntad testamentaria como elemento determinante para la acumulación de legados y el complemento de la legítima. III. LA LIQUIDACIÓN DEL HABER CONYUGAL Y LA EFECTIVIDAD DEL LEGADO DE COSA GANANCIAL A FAVOR DEL CÓNYUGE. 1. Garantías del cónyuge para el cobro del legado de valor resultante de la conversión. IV. LEGADO Y CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL.

I. LA SUBORDINACIÓN DEL LEGADO AL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y LAS DEUDAS

El Código Civil conceptualiza la institución de la legítima en el primero de los preceptos de la Sección quinta «De las legítimas», del Capítulo II «De la herencia», del Título III «De las sucesiones» del Libro Tercero, así el art. 806 la define como «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos». La legítima es una cuota del haber del causante sobre la que no podrá ejercer su pleno poder de disposición, a causa de la reserva legal establecida en el Derecho Civil común en beneficio de algunos de los sucesores, designados como herederos forzosos o, también, legitimarios (con relación a este aspecto, las SSTs 28.9.2005, RJ 7154 y 21.11.2011, RJ 2012\1635 señalaron que la legítima es una limitación de los derechos sucesorios calificada como un sistema de reglamentación negativa). Como en el Derecho Civil común la legítima es *pars bonorum*, los legitimarios adquieren el derecho a percibir bienes del caudal hereditario en pago de su cuota legitimaria, no es *pars valoris bonorum* porque no son titulares de un derecho de crédito consistente en obtener parte del valor de esos bienes, exceptuando aquellos casos especiales en los que se posibilita la satisfacción de

las porciones legitimarias mediante dinero extrahereditario (DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico*, 1989, 26 y 241, los derechos legitimarios consisten en «percibir un determinado valor patrimonial en bienes de la herencia, (...) se traduce así en ese derecho a recibir una cuota del activo líquido, deducidas las deudas», pero en aquellos supuesto en los que se cubran en metálico extrahereditario «el contenido se transforma (...) en *pars valoris bonorum*»). Tratamiento contrario consagra el Código Civil de Cataluña en lo relativo a la naturaleza de la legítima, al consagrarla como *pars valoris bonorum* en su art. 451-1: «La legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial (...)» (en este sentido, VAQUER ALOY, *Comentario al CCCat*, IV, 2024, 385, indica que los legitimarios no tienen un derecho a exigir bienes del caudal hereditario, sino un derecho de crédito como acreedores de un valor contra los herederos del causante; SAP Barcelona 26.10.2020, JUR 345345).

El art. 807 CC establece una relación sucesiva e indica que serán herederos forzosos los hijos y descendientes y, en su defecto, los padres y ascendientes. El tercer inciso del art. 807 CC incluye al cónyuge viudo como otro grupo de legitimarios a todos los efectos, no en defecto de los primeros y segundos, sino en calidad de heredero forzoso por su condición *per se*, con la salvedad de que su porción variará en función de con quien concurra a la sucesión, tal y como indica el mismo precepto «en la forma y medida que establece este Código». Ahora bien, la referencia a los «herederos forzosos» del art. 806 CC no condiciona de manera imperativa a que la legítima se pueda percibir únicamente como heredero o sucesor a título universal (como indican ÁLVAREZ ÁLVAREZ/DOMÍNGUEZ LUELMO, *Manual*, IV, 2ª ed., 2024, 383, esta denominación responde a razones históricas y los legitimarios no tienen por qué recibir su legítima investidos de la cualidad de herederos). Esta postura se refuta en base al art. 815 CC que dice «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma», así, no solo la institución de heredero será el cauce por el que los legitimarios perciban sus derechos como tales, podrán recibirlos a título de legado y donación (en este sentido STS 18.12.2024, JUR 485988; STS 17.9.2019, RJ 3619; STS 24.1.2008, RJ 306; STS 28.9.2005, RJ 7154). Todo lo anterior sin perjuicio de que, por la falta de testamento, rija el régimen de la sucesión intestada, en este supuesto los legitimarios sucederán al causante como sucesores a título universal, o en virtud de las donaciones inter vivos que se computen en su cuota legitimaria debidamente, pero no como legatarios por constituir los legados una atribución patrimonial propia de la sucesión testada.

1. Liquidación y partición de la herencia como presupuesto previo a la entrega del legado: especial referencia a la liquidación del régimen económico matrimonial

Tras lo referido anteriormente acerca de la aptitud del legado para el pago de los derechos de los legitimarios ex art. 815 CC y expuesta nuestra postura favorable al respecto, debemos apuntar que para saber si efectivamente está subordi-

nado a dicho pago, se ha de realizar la partición hereditaria, así conoceremos si lo legado se encuentra dentro de la cuota de la que el testador puede disponer, ya sea en la parte de libre disposición, o la porción legitimaria permitida por la ley y, en lo que a nosotros nos respecta, a la cuota legal viudal, para no perjudicar la legítima de los herederos forzosos no beneficiados con la disposición a título particular.

Si el causante contrajo matrimonio y este se extinguió por causa de su fallecimiento (arts. 85 y 1392 1º CC), la liquidación del régimen económico matrimonial tendrá que preceder a la liquidación del haber hereditario por razones de determinación de la titularidad de los derechos sobre los bienes que conformaban el patrimonio común de los cónyuges. En virtud del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, se reformó el art. 73.1.2º LEC y admite en este tipo de supuestos la acumulación procesal de las acciones de liquidación del régimen económico matrimonial y de división de la herencia, siempre y cuando la legitimación activa para intervenir en ambos procedimientos la ostenten las mismas personas, y se procederá de conformidad con lo previsto en los arts. 782 a 789 LEC para el juicio de testamentaría o división judicial de la herencia.

La titularidad de los derechos y bienes que conformaban la masa común se especificará una vez disuelto el régimen económico matrimonial, así pues, en aquellas sucesiones en las que el testador haya dispuesto de un legado en favor de su cónyuge, el régimen al que se sujetará el legado será uno u otro en función de si el derecho u objeto legado se adjudica a su lote, es decir, forma parte de su haber hereditario, o al del legatario, esto es, al haber del cónyuge viudo (STS 17.1.2018, RJ 36). Entonces, de conformidad con el art. 1380 CC, cuando el testador hubiese dispuesto de un bien ganancial, en el primer supuesto, la eficacia del legado no variará, a diferencia que, en el segundo caso, el legado no surtirá todos sus efectos puesto que se transformará en un legado de valor, pero sobre este aspecto nos detendremos en epígrafes posteriores.

Será indiferente el tipo de legado dispuesto por el testador en favor del cónyuge para considerar la liquidación y partición de la herencia como presupuestos que necesariamente han de anteceder a la entrega de lo legado, en concreto, nos estamos refiriendo a los legados de cosa específica y determinada como consecuencia del régimen que prevé el Código Civil para estos. Este aspecto fue analizado con especial relevancia en la STS 26.5.2020 (RJ 1347), con motivo de la demanda de entrega de legado interpuesta por la viuda del testador, quien dispuso en su favor varios legados en pago de su cuota legal viudal: de parte alícuota, de cantidad y de cosa específica y determinada, y si estos excediesen la porción hereditaria, el exceso se imputaría al tercio de libre disposición, puesto que concurría como legitimaria con las descendientes de aquel.

El Tribunal volvió a poner de manifiesto que la adquisición del derecho de propiedad ex art. 882 CC no posiciona al cónyuge supérstite que sea legatario de cosa específica y determinada, en un lugar preferente respecto al resto de suce-

sores, tanto a título particular, como universal, cuando ejerce la acción ex testamento para reclamar la entrega, porque la efectividad de lo legado dependerá de si el poder de disposición del testador respetaba la reserva legal legitimaria, y para valorar tales actos de disposición *mortis causa* en este sentido, será necesario proceder a la realización de las operaciones particionales.

Todo ello resulta en la imposibilidad de entregar la cosa legada como consecuencia de la falta de determinación del modo de cumplimiento del legado, ya que, su efectividad dependerá de, en primer lugar, la liquidación del régimen económico matrimonial y, en segundo lugar, de la ulterior liquidación de las deudas hereditarias y partición de la herencia. Los legados de cosa específica y determinada, aunque su objeto esté completamente determinado e individualizado y la transmisión de la titularidad de la propiedad sobre este se produzca desde el fallecimiento del causante, en este tipo de supuestos siempre dependerán de las operaciones anteriores para proceder a su entrega efectiva, que bien podrá percibir lo legado in natura, o bien, en valor, pero hasta que no se completen sendos procedimientos, no será posible porque se haya interpuesto la demanda en virtud del art. 885 CC, según el cual «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para dárla», (a este respecto, DOMÍNGUEZ LUELMO, *ADC*, 1990, 819, «Cuando el Código habla de legado de cosa específica en el artículo 882 presupone que ésta es propia del testador, y no se refiere por tanto al supuesto de cosa ganancial. (...) si el causante dispone efectivamente de la cosa a título de legado, ésta va a tener un régimen específico diferente a los demás. No es que inicialmente sea de cosa específica y luego se convierta en legado de valor, o viceversa, sino que, siendo válido inicialmente como legado de cosa ganancial, su cumplimiento in natura o por equivalente se hace depender de los resultados de la liquidación»).

La prohibición de ocupación de lo legado por el propio legatario se extiende desde la muerte del testador, hasta el momento en el que, tras la solicitud de entrega, los facultados para la transmisión de la posesión cumplan con su cometido, pero lo dispuesto en el art. 885 CC cederá en aquellos casos en los que el legatario no esté sujeto a esta limitación y pueda tomar la posesión de la cosa por sí mismo (RDGRN 5.7.2018, RJ 4094; RDGRN 28.2.2019, RJ 1413; RDGSJFP 13.7.2022, RJ 4562):

- Cuando haya una disposición testamentaria del causante pronunciándose sobre dicho aspecto, facultando al legatario para que tome la posesión por sí solo de lo legado (art. 81.a) RH).
- Cuando el beneficiario por el legado es heredero, esto es, un prelegado, y no concurre en la sucesión con herederos forzosos.
- Cuando toda la herencia se ha distribuido en legados, y el testador no ha facultado al albacea para proceder a la entrega de los legados, ni hay contador-partidor (art. 81.d) RH)
- Cuando el legatario ya se encuentre en posesión de lo legado.

Considerando lo expuesto, ¿la liquidación y partición de la herencia seguirán constituyendo presupuesto previo a la toma de posesión de la cosa legada por el propio legatario, o lo que es lo mismo, la entrega de lo legado por sí mismo?: parece ser que, en estos casos, sino hay restricciones testamentarias al respecto, como que el testador hubiese previsto expresamente que, el legatario podrá tomar la posesión siempre y cuando se hubiese efectuado la partición, sí cabe que se proceda a la entrega sin haber realizado las operaciones particionales. Y, respecto a la liquidación del régimen económico matrimonial, ¿cabría que el cónyuge viudo, en calidad de legatario, ocupase lo legado si se diesen alguna de las circunstancias expuestas en el párrafo anterior, y todavía no se hubiese procedido a dicha liquidación?: si tras la obtención del certificado del RAUV y la obtención de la copia autorizada del testamento, el cónyuge estuviese facultado para tomar la posesión del objeto legado, a modo de ejemplo, porque no concurren legitimarios en la sucesión, a priori no habría impedimento para que aquel procediese a la ocupación.

No obstante, sería cuestionable la posesión sobre un bien del que aún no se ha especificado la propiedad, puesto que la efectividad del legado se encuentra en un estado de pendencia hasta que se realice la liquidación, una vez efectuada puede suceder que, la adquisición de la propiedad que se produjo ipso facto al fallecimiento del testador ex art. 882 CC, se consolidará si el bien se ha adjudicado al lote del cónyuge difunto, o, en caso contrario, si la cosa legada se adjudica al haber del cónyuge viudo y legatario, ya no estaremos ante un derecho de propiedad en concepto de legado de cosa específica y determinada, habrá una conversión de este en un legado de valor, por lo que si la cosa legada se transforma en una cantidad de dinero, el supérstite tendría que cesar en la posesión que tomó por sí mismo, sin perjuicio de los supuestos en los que se reconoce al cónyuge el derecho de atribución preferente sobre determinados bienes, y a pesar de que el bien se hubiese atribuido al haber hereditario, en virtud del ejercicio de dicha facultad, finalmente, pasase a formar parte de su patrimonio. Ciertamente, hay bienes de carácter presuntivamente ganancial o privativo, por ejemplo, respecto una finca adquirida por el testador mediante vía de la sucesión de su madre, no habrá duda sobre su consideración como privativo, sin embargo, la efectividad del legado continuará dependiendo de la liquidación del régimen económico matrimonial. Tras lo expuesto, no parece admisible la toma de posesión con anterioridad al procedimiento de liquidación mencionado.

En cualquier caso, son innegables las dificultades que podrían darse en el ámbito registral siempre que el legatario esté en posesión de la cosa, bien porque ya lo estaba a la muerte del testador, o bien, porque este le facultó para poseerlo sin intermediación de otros, y haya obtenido la escritura pública de partición y adjudicación de la herencia, en concreto, en los casos en los que, el cónyuge viudo como legitimario, no interviene en las operaciones particionales. La RDGS-JFP 12.12.2022 (RJ 2023\5438) pone de relieve la postura adoptada por el Centro Directivo a este respecto que, como en el caso dirimido en la citada resolución,

constituye poco menos que un obstáculo para la regularización registral de las nuevas situaciones jurídicas resultantes tras la partición hereditaria realizada por acuerdo entre los sucesores, no por albacea o contador-partidor, y manifestadas en la escritura de adjudicación de herencia. Consagra la concurrencia y consentimiento de los legitimarios, en lo que a nosotros nos interesa, la del cónyuge supérstite, como presupuesto de obligado cumplimiento para proceder a la posterior inscripción de la escritura de adjudicación de la herencia, en caso contrario, la calificación de la solicitud de inscripción será negativa por considerar que «a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (art. 1057.1 CC)», pudieron perjudicarse los derechos legitimarios (compartimos la postura adoptada por DOMÍNGUEZ LUELMO, CCJC, 2023, 149, quien manifiesta su conformidad en cuanto a lo que predica esta línea doctrinal sobre la intervención de los legitimarios en las operaciones particionales, pero no en lo relativo a la exigencia del consentimiento que han de prestar estos para cada una de las anteriores, puesto que disponen de las acciones previstas para garantizar su legítima, cuyo ejercicio frente a los legatarios se extiende aun cuando se haya procedido a la entrega de los legados, por lo que «no se aprecia la conexión que encuentra la Dirección General entre la entrega de la posesión de las cosas legadas y la constancia registral de su titularidad»).

Llama la atención como esta negativa se produce aun cuando hay constancia expresa de lo siguiente:

- 1) escritura pública de aceptación de herencia por los herederos,
- 2) requerimiento notarial a la cónyuge para que manifieste la aceptación de los legados dispuestos a su favor, y la ausencia de pronunciamiento al respecto,
- 3) requerimiento notarial a la cónyuge para que comparezca y puedan llevar a cabo la adjudicación de los bienes y derechos del caudal, y la contestación de la cónyuge a este requerimiento haciendo saber que ya tomó la posesión de los bienes inmuebles legados,
- 4) se procede a la adjudicación de la herencia y se otorga escritura de adjudicación de herencia.

Esta relación de hechos es prueba suficiente de la voluntad de la cónyuge de aceptación de los legados y la adjudicación realizada, aún en su ausencia, la cual no olvidemos que fue voluntaria, ya que, de lo establecido en la resolución nada se extrae al contrario. Siempre que concurra el consentimiento del legitimario para la realización de la partición por acuerdo entre el resto de coherederos, legitimarios y legatarios manifestándolo de forma expresa, o reafirmando la escritura de adjudicación resultante por acudir con la misma al Registro correspondiente para solicitar su inscripción, no hay fundamento jurídico suficiente para mantener la exigencia de la participación del legitimario en la partición, y hacer depender el acceso al Registro de la nueva situación jurídica, aun contando con la manifestación de voluntad de los interesados en favor al respecto. En definitiva, aunque nos posicionemos en contra de la postura del Centro Directivo, es

innegable que mientras esta doctrina sea mantenida, serán generales las negativas de los Registradores a la inscripción por falta de la escritura de partición, el resultado tras la solicitud de ese trámite será evidente.

II. ¿IMPUTACIÓN DEL LEGADO A LA CUOTA LEGAL VIDUAL O A LA PARTE DE LIBRE DISPOSICIÓN?

Una vez liquidada la sociedad de gananciales, y atribuido lo legado al lote del testador, tenemos que plantearnos a qué tercio se imputará lo legado, si al tercio de libre disposición o a la cuota legitimaria vidual.

La voluntad del testador manifestada en el testamento será el parámetro de referencia para determinar la imputación del legado, así lo expresa el art. 675 CC «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento». Lo legado se cargará a una u otra porción en función de la interpretación de las disposiciones testamentarias, de modo que, aunque el cónyuge viudo sea legitimario, no siempre lo legado se imputará a su legítima, cabrá su imputación en la parte de libre disposición cuando así se hubiera previsto en el testamento. Sin embargo, la voluntad del testador no es absoluta y cederá en aquellos casos en los que se lesionen los derechos de los demás herederos forzosos, así como en los supuestos de conmutación y ejercicio del derecho de atribución preferente.

Vamos a dar respuesta a los siguientes supuestos ponderando la voluntad testamentaria y la legítima en usufructo:

¿Qué sucede cuando el testador otorga un legado en favor del cónyuge viudo, sin indicar a qué cuota se carga?: la condición del cónyuge como legitimario, le otorga preferencia respecto al resto de sucesores no legitimarios, podría llegar a entenderse que, en pro de que su cuota vidual quede cubierta, lo legado se imputará a su legítima. Ahora bien, esta postura resulta en un trato desfavorable para el cónyuge viudo, pero también para cualquier otro legitimario. Cuando por su condición *ipso facto* cualquier disposición a su favor se imputase su porción legitimaria, constituiría una minoración de lo que podría llegar a recibir vía *mortis causa* el legitimario, puesto que, si no se imputase a la cuota legal usufructuaria por su condición per se, sino a la parte de libre disposición, adquiriría bienes y derechos procedentes de tercios diferentes del caudal.

¿Qué sucede cuando el testador otorga un legado en favor del cónyuge viudo, e indica a qué cuota se carga?: acorde a lo expresado sobre la interpretación testamentaria según la voluntad real del causante, cuando haya dispuesto unas instrucciones sobre a qué cuota se imputará, habrá que atender a las mismas. De esta forma,

- a) si lega al cónyuge bienes o derechos con cargo a la parte libre, así se procederá siempre que las legítimas queden cubiertas por otros bienes o

derechos, es decir, cuando no se lesione la intangibilidad cuantitativa, en caso contrario se reducirán los legados por inoficiosidad.

- b) Si el testador indica que los legados en favor del cónyuge se otorgan en pago de la cuota legitimaria, se imputarán a la cuota legal viudal. ¿Cómo se procede en los casos de exceso?: primeramente, si el testador ordenó la imputación a la parte libre, así se procederá, todo lo que exceda el legado en favor del cónyuge de su cuota legal viudal, se cargará al tercio de libre disposición, cuando concurriese con descendientes. Y, ante la falta de instrucciones testamentarias al respecto, no habría por qué negar la imputación a la parte de libre disposición si las cuotas del resto de legitimarios se hubiesen podido cubrir con otros bienes, en caso contrario, entiendo que el exceso no se podría imputar a la parte de libre disposición, sino a las legítimas del resto de herederos forzosos para que queden cubiertas tras la reducción por inoficiosidad del legado.

1. La voluntad testamentaria como elemento determinante para la acumulación de legados y el complemento de la legítima

Una vez planteadas las cuestiones anteriores y expuestas las respuestas conforme a nuestro criterio, vamos a considerar mediante el análisis de las SSTs 12.6.2008 (RJ 4688) y 3.3.2022 (RJ 1164), cómo la voluntad testamentaria incide en la determinación de la forma de protección de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, cuando el testador dispone varios legados a su favor, unos imputados expresamente al tercio de libre disposición, otros a la cuota legal viudal, y estos últimos son insuficientes para satisfacerla completamente: la porción de la legítima insatisfecha, podrá suplirse bien mediante la acumulación de legados, o bien, mediante el ejercicio de la acción de complemento.

En cuanto a la primera, será la STS 3.3.2022 la resolución que tendremos por referente para responder a cuándo procederá la acumulación de legados, atendiendo a la voluntad testamentaria. La cláusula testamentaria en favor del cónyuge fue la siguiente, «Lega a su citada esposa con cargo al usufructo viudal recayente sobre el tercio de mejora y si lo superare, con cargo al tercio de libre disposición, el usufructo vitalicio de los bajos propiedad del testador sitios (...), excluyendo el usufructo del resto de sus bienes. Lega asimismo a su citada esposa, en pleno dominio con cargo al tercio de libre disposición, todos los plazos fijos, cuentas, acciones y valores que tuviera el testador en el momento de su fallecimiento en el Banco (...)\", nos encontramos en presencia de un legado de usufructo sobre unos inmuebles determinados con cargo a su legítima, así como unas instrucciones para proceder en caso de exceso de cuota respecto a qué porción se cargaría, y otro legado de cosas genéricas con cargo al tercio de libre disposición, puesto que los herederos forzosos con los que concurría a la sucesión eran los hijos del anterior matrimonio del causante. Tras la presentación de las operaciones de formación de inventario y partición por los contadores parti-

dores en el marco de un procedimiento de división judicial de la herencia solicitado por la cónyuge viuda, resultó que el legado de usufructo dispuesto expresamente en pago de su legítima no fue suficiente para cubrirla en su totalidad, por lo que acordaron proceder a la acumulación de los legados que el testador dispuso con cargo al tercio libre, al considerar los contadores que del testamento se extraía la clara voluntad del testador de otorgar a su cónyuge únicamente los bienes legados a su favor. La cónyuge rechazó la posibilidad de completar el pago de sus derechos legitimarios mediante el legado dispuesto con cargo al tercio de libre disposición, y el Juzgado de Primera Instancia falló en este sentido. La resolución fue recurrida en apelación por los descendientes del causante, y la Audiencia estimó el recurso resolviendo en favor de los recurrentes, se pronunció en contra del complemento de la cuota legitimaria mediante otros bienes diferentes a los legados, y consideró procedente la acumulación de los legados imputados al tercio de libre disposición como forma de abonar totalmente su legítima, de conformidad con lo dispuesto por el testador. La sentencia dictada en apelación fue recurrida en casación por la cónyuge viuda, quien alegó haber recibido por título de legado menos de la legítima que le correspondía y solicitó el complemento ex art.815 CC.

Una vez expuesta la disposición testamentaria de interés y sin ahondar en más aspectos procedimentales, vamos a centrarnos en la cuestión objeto de este análisis relativa a la interpretación de la voluntad real del testador y su relevancia, como veremos seguidamente, para articular las operaciones divisorias del caudal hereditario. El Tribunal reseñó la importancia, junto al testamento, de los actos llevados a cabo por el testador en relación con el momento de otorgamiento del testamento, tanto los precedentes —como podría ser el otorgamiento anterior de otros testamentos que contuviesen cláusulas similares sobre la cuestión debatida, o en las que mostrase una voluntad diferente, por ejemplo, instituir inicialmente a su cónyuge como heredera, y en el testamento otorgado ulteriormente, modificar esa disposición e instituir la como legataria—, como los posteriores, para «la búsqueda de la efectiva voluntad real del testador». Habida cuenta de los hechos expuestos, tras la búsqueda de la voluntad testamentaria se concluyó que el testador había delimitado los bienes y derechos de su patrimonio que recibiría su cónyuge vía *mortis causa*, a través de los legados dispuestos a su favor. No era deducible de otras disposiciones testamentarias, ni de los actos del testador, la voluntad de que su esposa le sucediese en otros bienes o derechos en virtud de la institución de heredera, en consecuencia no admitió el derecho de la cónyuge a completar su cuota legitimaria, sino únicamente mediante lo legado, así pues los legados imputados al tercio de libre disposición debían usarse para cubrir lo que el legado de usufructo, el imputado de forma expresa a su legítima, no había alcanzado.

No obstante, no siempre que se den estas mismas circunstancias —tras la búsqueda de la voluntad real del testador se concluya la delimitación de los bienes a percibir por el legatario a los exclusivamente legados—, cabrá la acumulación de los legados imputados a la parte de libre disposición a la legítima. Tal sería el supuesto en el que el legado susceptible de acumulación esté sujeto a

una condición, según el art. 813 CC, sobre la legítima no puede recaer gravamen alguno, ni tampoco estar sujeta a condición.

La STS 12.6.2008 ejemplifica lo expuesto: los descendientes del primer matrimonio del testador formularon demanda para solicitar la nulidad de la partición. En lo que a nosotros nos respecta haremos referencia dos de las pretensiones formuladas, por un lado, que los legados dispuestos por el testador en favor de su cónyuge, con quien había contraído matrimonio en segundas nupcias, se imputasen a la cuota legal usufructuaria (en contra de la voluntad del testador, quien indicó expresamente la imputación de los legados al tercio de libre disposición) y, por otro lado, la denegación del derecho de la cónyuge a uno de esos legados, en concreto, al legado de usufructo sobre un bien inmueble dispuesto bajo condición por considerar que la legataria no la cumplió. La sentencia dictada en primera instancia desestimó sendas pretensiones, en consecuencia, todas las partes recurrieron en apelación, y la sentencia dictada en segunda instancia reiteró el pronunciamiento de la primera y la confirmó. Frente a esta resolución, se interpusieron dos recursos de casación, uno por los descendientes del testador, y otro por la cónyuge viuda junto a otros de los descendientes por las cuestiones relativas a la efectividad y acumulación de los legados, así como a la partición (sobre esta última no vamos a hacer referencia puesto que no es objeto de este estudio).

Acorde a la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de la voluntad testamentaria para la acumulación de legados, habrá que atender a las cláusulas del testamento y, en caso de duda, a los actos realizados por el testador antes y después del otorgamiento del testamento. De la lectura de la disposición de los legados, no hay duda sobre la cuota del haber hereditario a la que se cargarán, al tercio de libre disposición. Y, respecto a las circunstancias jurídicas y personales del testador, es importante reseñar que cuando otorgó el testamento, lo hizo durante la vigencia de su primer matrimonio, mientras convivía de hecho con la legataria. Una vez que disuelto el matrimonio referido, contrajo su segundo matrimonio con la entonces conviviente, quien adquiriría ex lege el derecho al usufructo del tercio de la legítima destinado a mejora (art. 834 CC), a mayores de los legados, ya que el testador no otorgó un segundo testamento por el que modificase la cuota del caudal a la que se imputarían los legados, a la porción legitimaria de su cónyuge. El TS concluyó que del mantenimiento de la cláusula no se podía deducir otra voluntad que no fuese la de que la cónyuge recibiese lo legado y su cuota legal viudal como derechos separados, por lo que no cabía proceder a la acumulación de los legados, y no solo por lo anterior, también por un segundo motivo: la sujeción del legado de usufructo sobre el inmueble a dos condiciones, una consistente en la prohibición absoluta de ceder el bien, y otra, en la obligación de ocupar el bien durante seis meses cada año, y dicha ocupación debe ser continua. En definitiva, según lo reseñado respecto al art. 813 CC «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie (...)», el legado en cuestión no era cualitativamente apto para cubrir la cuota legitimaria de la cónyuge supérstite.

Es evidente que la protección de la legítima del cónyuge viudo variará en función de lo expresado en el testamento. Si el testador no deja lugar a dudas sobre qué bienes o derechos de su patrimonio en los que le sucederá su cónyuge, sí cabría el ejercicio de la acción de complemento. Por ejemplo, tal sería el caso en el que, al igual que el expuesto en la última sentencia, el testador hubiese legado el usufructo de un inmueble, pero en pago de la legítima, y no hubiese dispuesto otro legado a su favor, tendrá derecho a percibir el complemento de la parte no cubierta de su cuota legal viudal.

Para concluir, si de la interpretación de la voluntad testamentaria no extraemos una delimitación clara, ya sea por las disposiciones realizadas, expresiones utilizadas en estas (como «excluyo el remanente de mis bienes del legado de usufructo»), y actos previos o posteriores al otorgamiento del testamento, no se producirá la acumulación de legados, y podrá solicitar el complemento, en caso contrario, si tras la ponderación de los aspectos mencionados, se concretan los bienes objeto del legado, sí procederá la acumulación y, por tanto, no podrá solicitar el complemento.

III. LA LIQUIDACIÓN DEL HABER CONYUGAL Y LA EFECTIVIDAD DEL LEGADO DE COSA GANANCIAL A FAVOR DEL CÓNYUGE

Como anunciamos en el epígrafe anterior, el art. 675 CC establece la prevalencia de la voluntad testamentaria para interpretar las disposiciones del testamento, por eso es esencial conformarla mediante determinados parámetros que nos permitan conocer lo realmente querido por el testador (SSTS 9.10.2003, RJ 7232; 29.7.2013, RJ 6395; 16.12.2014, RJ 6780). Sin embargo, esa voluntad no es absoluta, cederá en aquellos casos en los que lo legado sea un bien ganancial, debido a que su eficacia dependerá del lote al que se adjudique tras la liquidación del régimen económico matrimonial, acorde a lo establecido en el art. 1380 CC (SSTS 17.1.2018, RJ 36; 26.5.2020, RJ 1347). Este precepto reconoce al testador la facultad de disposición *mortis causa* de bienes de carácter ganancial al establecer, que «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento». Asimismo, cuando el bien se adjudique al lote del cónyuge viudo, los efectos no serán los previstos conforme al tipo de legado dispuesto por el testador, porque no se cumplirá in natura, sino en el equivalente a su valor, es decir, habrá una conversión del legado de cosa ganancial en un legado de dinero. En caso contrario, si la adjudicación se produce en favor del haber del causante, la eficacia del legado no sufrirá variación alguna, su cumplimiento será en su forma original.

En régimen de gananciales, la regla del art. 1380 CC no siempre será la que determine la eficacia del legado, como consecuencia del derecho atribución preferente que se reconoce al cónyuge viudo en el art. 1406 CC. Esta atribución

preferencial al haber de cada cónyuge, no se extiende a todos los bienes y derechos que conforman el patrimonio del causante, sino únicamente, sobre:

- «1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.
- 2.º La explotación económica que gestione efectivamente.
- 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.
- 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.»

Si la cosa ganancial legada se corresponde con alguna de la relación anterior, a pesar de que, en virtud de la liquidación se adjudique al lote del cónyuge fallecido, cuando el supérstite haga uso del derecho de atribución preferente estará determinando el cumplimiento del legado, in natura o en su valor. El ejercicio del derecho de atribución preferente se limita hasta la constitución de los lotes, una vez configurados, el legado tendrá la eficacia resultante de la adjudicación ya que el cónyuge viudo no podrá ejercerlo posteriormente (esta cuestión la trata ampliamente MARTÍN MELÉNDEZ, *El ejercicio de los derechos de atribución preferente*, ADC, 2019-IV, 1068-1069). De este modo, las disposiciones testamentarias sobre bienes gananciales cederán a los arts. 1406 y 1407 CC, sino estaríamos reconociendo que la voluntad del testador condiciona la voluntad del supérstite en el ejercicio de los derechos de atribución preferente en sede de gananciales (DOMÍNGUEZ LUELMO, ADC, 1990, 828-829).

Es cuestionable por lo que vamos a plantear a continuación, lo que predica el art. 1380 en relación con la percepción del valor de lo legado si se adjudica al lote del cónyuge, o si se terminase adjudicando a ese haber porque el propio cónyuge ejerció su derecho de atribución preferente. El legado, de la clase y el objeto que sea, generalmente es un acto de liberalidad del que se presume una voluntad en pro de la percepción de un beneficio por el legatario. Para el testador será indiferente la vía en virtud de la cual el legado de cosa ganancial se adjudique tras la liquidación de la sociedad de gananciales al lote del cónyuge, lo esencial es que el legatario ha recibido esa atribución patrimonial y, por ende, el legado se ha cumplido. Como hemos señalado, acorde al régimen del art. 1380 CC, si el bien ganancial legado no se adjudica a la herencia del testador, si no a la del cónyuge, se entenderá legado el valor, luego ¿no estaría el legatario percibiendo dos veces lo legado? He aquí el quid de la cuestión, además del cumplimiento in natura de la disposición testamentaria, hay un segundo cumplimiento de carácter pecuniario, de modo que, con la atribución del bien al haber del cónyuge, este ya habría recibido lo legado por el testador.

1. Garantías del cónyuge para el cobro del legado de valor resultante de la conversión

La conversión del legado de cosa ganancial en legado de valor ex art. 1380 CC, no implica la existencia de dinero en el caudal, de modo que, en aquellos supuestos en los que no hubiese dinero para hacer efectivo el pago del legado,

o si lo hubiese, no fuese suficiente, habrá una serie de garantías de las que podrá servirse el viudo para proteger la eficacia de su derecho al legado.

No es aplicable el régimen previsto en los arts. 841 y ss. CC para el pago en metálico de la porción hereditaria, puesto que el supuesto de hecho que venimos analizando sobre el legado de cosa ganancial del art. 1380 CC, difiere de la orden del testador de pago a algunos legitimarios de su porción hereditaria. Aunque el cónyuge viudo vaya a recibir una cantidad de dinero en compensación por la atribución de la cosa ganancial, no será como resultado de una disposición testamentaria de la que se extraiga la voluntad del testador de que sus derechos sucesorios se colmen mediante el pago en metálico (bien porque el testador lo hubiese previsto expresamente haciendo mención el precepto, o porque no hay duda respecto a la autorización para la realización de dicho pago, en este sentido RDGSJFP 14.4.2023, RJ 4916; 28.11.2023, JUR 444128), sino de las adjudicaciones resultantes de la liquidación de la sociedad de gananciales que han dado lugar al pago mediante un legado de valor, o del ejercicio del derecho de atribución preferente del cónyuge si el bien de carácter ganancial era preferencial a los efectos del art. 1406 CC. La aplicación del art. 844 CC en lo que respecta al plazo en el que se ha de comunicar la decisión de pago en metálico, y al relativo a la ejecución del pago, no parece que sea la más adecuada por carecer de efecto real en la práctica, a consecuencia de la posibilidad de acumulación de procedimientos habilitada por la LEC en su art. 73.1.2º: «(...) cabrá la acumulación de la acción para instar la liquidación del régimen económico matrimonial y la acción de división de la herencia en el caso de que la disolución del régimen económico matrimonial se haya producido como consecuencia del fallecimiento de uno o ambos cónyuges y haya identidad subjetiva entre los legitimados para intervenir en uno y otro procedimiento. En caso de que se acumulen ambas acciones se sustanciarán de acuerdo con los presupuestos y trámites del procedimiento de división judicial de la herencia.», luego habilita la tramitación conjunta de ambos procedimientos, a la vez que se prevé la atribución del legado de valor en favor del viudo.

El cónyuge como perceptor a título particular de un valor, es titular de las garantías legales establecidas para el legatario ex art. 42.7 LH. Concretamente, de la anotación preventiva del legado de cantidad constitutiva de una garantía de carácter hipotecario, regulada en los arts. 48 a 54 LH. De conformidad con el art. 48 LH, el valor de la cantidad legada será lo que el legatario solicitará anotar preventivamente, únicamente sobre bienes inmuebles que formen parte de la comunidad hereditaria, por tanto, la anotación no podrá recaer sobre bienes inmuebles de los que el testador dispuso de forma concreta en favor de uno o varios legatarios, como consecuencia del régimen de los legados de cosa específica y determinada establecido en el art. 882 CC. La anotación del derecho de los legatarios de cantidad en el Registro de la Propiedad activará la función publicitaria propia del asiento registral, y dotará al legatario de una garantía consistente en la sujeción de un bien inmueble a la efectividad del legado, se convierte en titular de un «derecho de realización del valor (KARRERA EGIALDE, *Deudas y herencia*, 2018, 222)» que le otorgará preferencia frente al resto de sucesores a título

particular y acreedores del heredero en virtud de los arts. 50 a 54 LH. La previsión del art. 50 LH no se extiende a los créditos de los acreedores del causante, aunque parezca incluirlos en su ámbito de aplicación cuando señala «El legatario que obtuviere anotación preventiva, será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquiera otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes.», el cobro de dichos derechos de crédito se efectúa durante la operación particional de liquidación del pasivo hereditario, e incluso, antecede al cobro de los legados de conformidad con el régimen establecido en el Código Civil para el pago de las deudas hereditarias (MINGORANCE GONZÁLEZ, *BMJ*, 56-2002, 3755).

La preferencia del legatario de cantidad respecto al importe del bien sobre el que anotó decaerá siempre que los bienes y derechos que conforman la parte de libre disposición y el patrimonio del heredero sean insuficientes para cubrir los créditos, porque el orden de preferencia entre legados aplicable será el del art. 887 CC. Y, en el caso de que el legado de valor sea imputable a la cuota legal viudal, el cónyuge viudo podrá solicitar la reducción de las mandas realizadas en testamento hasta que su legítima quede cubierta, de conformidad con el art. 820 CC: «1º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento. 2º La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna. Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima (...)» (RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemáticos y jurisprudencial*, 2020, 1979).

Además, el cónyuge viudo para reclamar el pago de su legado no tendrá más que esperar a la aceptación del heredero, que bien puede ser pura y simple, o bien a beneficio de inventario, de conformidad con lo previsto en el art. 998 CC. Si el heredero ha aceptado pura y simplemente, el legatario tendrá derecho a exigir el pago y entrega de su legado a partir de ese momento, pero podría ser que en el momento de aceptación, aún no se hubiese liquidado la sociedad de gananciales y, consiguientemente, determinado la propiedad del bien ganancial objeto del legado, por lo que hasta que no se produjese la adjudicación al lote del viudo y, por ende, la conversión al legado de valor, el cónyuge como legatario no podría reclamar el cobro de este debido a la indeterminación de la eficacia de lo legado por ser el objeto inicial, ganancial. Si el heredero ha aceptado a beneficio de inventario, o si bien el llamado no ha llegado a ejercer el *ius delationis* y ha hecho uso del derecho de deliberar del art. 1010 CC, según el art. 1025 CC «Durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados», la demanda para exigir el pago de los legados deberá ser interpuesta por el legatario una vez finalice la formación de inventario (COLINA GAREA, *Comentarios CC*, IV, 2a ed., 2021, 1039, «(...) si el legado debe ser entregado por el heredero y si dicha entrega sólo es posible una vez que el llamado se ha convertido en heredero, es razonable que el legatario

no pueda reclamar su entrega mientras no expire el plazo para deliberar, pues, antes de que ello ocurra, no habrá todavía aceptación hereditaria, ni tampoco heredero legitimado para la entrega»).

Ciertamente, las probabilidades de cumplimiento del legado de valor por el heredero gravado variarán según el régimen de responsabilidad por deudas que vendrá determinado por la forma de aceptación, y por la prioridad de cobro de los derechos legitimarios, ya que si el legado no se imputase la cuota legitimaria del supérstite, sino a la parte de libre disposición, y fuese necesario para garantizar las cuotas del resto de legitimarios la imputación del dinero a las mismas, el cónyuge no cobraría el legado.

IV. LEGADO Y CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL

La eficacia del legado de cosa ganancial no solo depende del lote al que se adjudique tras la liquidación del régimen económico matrimonial, también dependerá del ejercicio de la facultad de conmutación reconocida en los arts. 839 y 840 CC a los herederos y al cónyuge viudo.

El art. 839 CC establece lo siguiente: «Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge». La referencia a los herederos como legitimados para conmutar, la consideramos extensiva a los herederos forzosos y, teniendo en cuenta que al heredero forzoso le puede ser atribuida la legítima por título de legado, y no necesariamente a título de heredero, también ha de extenderse a los legatarios (BUSTO LAGO, *Comentarios CC*, IV, 2a ed., 2021, 1108). En caso contrario, negar dicha facultad a los legatarios sería incongruente puesto que, el apartado segundo del art. 839 CC consagra la afección de todos los bienes del caudal al pago del usufructo viudal, el objeto de dicho gravamen serán aquellos en los que sucedan al causante los herederos e, inclusive, los legatarios; además, tal negativa afectaría a los supuestos de herencia distribuida en legados —en los que, al igual que los herederos, deberán responder de las deudas a prorrata de conformidad con el régimen establecido en el art. 891 CC—, puesto que si no se reconociese la facultad de conmutación a los legatarios, sean o no legitimarios, los bienes estarían sujetos permanentemente al gravamen del usufructo legal viudal.

Aunque la legitimación para solicitar la conmutación del usufructo corresponda a los sucesores del causante y no al cónyuge, sí se requiere la intervención de este para la determinación del objeto resultante de la conmutación, que bien podrá ser una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo (art. 839.1 CC), es decir, el usufructo mutará en un legado de renta o prestaciones periódicas, de cosa específica y determinada, o de cantidad de dinero. Una vez se haga efectiva la conmutación ya no resulta de aplicación esta garantía, de manera que, si la legítima ha de satisfacerse mediante una de las tres formas anteriores, el

cónyuge viudo y los herederos habrán de convenir acerca de la constitución de las garantías que aseguren el cumplimiento y, en defecto de acuerdo, habrá de imponerlas el juez (BUSTO LAGO, *Comentarios CC*, IV, 2a ed., 2021, 1109).

Otro modo de proceder a la conmutación del usufructo viudal se recoge en el art. 840 CC: «Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios». En comparación con la conmutación del art. 839 CC, la consagrada en el art. 840 CC difiere en diversos aspectos. El sujeto legitimado para solicitarla será el cónyuge, pero no en todas las sucesiones, si no únicamente en aquellas en las que confluya con descendientes que lo sean del causante, en caso de que existiesen discrepancias entre los anteriores, facilita la resolución del usufructo de carácter vitalicio para garantizar la percepción de los derechos legitimarios. De forma que, si concurriese con hijos de doble vínculo (art. 920 CC), no podría pedir la satisfacción de su derecho de usufructo según el art. 840 CC, luego se procedería acorde a lo visto para el art. 839 CC.

Las limitaciones para la conmutación del usufructo viudal no sólo se extienden a la legitimación para exigirla, también al objeto mediante el cual se procederá al pago de la cuota en cuestión. Así, el art. 840 CC señala que el pago se realizará atribuyéndole una suma de dinero, o bien, una partida de bienes del caudal, la elección obedecerá al acuerdo que adopten los herederos al respecto, pero será imprescindible la manifestación de la voluntad del viudo, a favor del objeto que resultaría de la conmutación de su derecho en los términos valorados, en caso contrario, ante la falta de consenso lo que se determinase según resolución judicial (BUSTO LAGO, *Comentarios CC*, IV, 2a ed., 2021, 1110). Otra diferencia respecto al anterior supuesto de conmutación según el tenor literal del precepto, es que la elección dependerá de los descendientes, no requerirá el acuerdo entre estos y el cónyuge viudo, lo cual sería más acertado teniendo en cuenta las circunstancias que han de concurrir para que se active esta facultad del cónyuge, quien quedaría a expensas de lo convenido por los hijos del causante, salvo que se oponga.

Como último aspecto a señalar, el pago en metálico de los derechos sucesorios del cónyuge viudo no siempre puede conducirnos a calificar la operación como conmutación del usufructo viudal de los arts. 839 y 840 CC. Puede ser consecuencia del ejercicio de la autorización ex testamento de pago en metálico de la porción hereditaria de algunos legitimarios, acorde al régimen de los arts. 841 a 847 CC, o por imposibilidad de cumplimiento del derecho dispuesto en favor del cónyuge. Este segundo supuesto fue examinado en la RDGSJFP 12.3.2024 (JUR 105168) como resultado de la interposición de un recurso contra una calificación registral negativa, a través de la cual se suspendía la inscripción de una escritura de partición de herencia realizada por contador-partidor dativo. El Centro Directivo destacó nuevamente su postura en relación con la concurrencia de los legitimarios durante la partición hereditaria: su intervención no puede ser prescindible debido a la función de garante de sus derechos que ha de llevar a cabo cada heredero forzoso, de modo que, ni cuando el interesado manifieste su conformidad con la partición realizada (respecto a lo cual nos remitimos a nues-

tra postura expuesta en el primer epígrafe), ni tampoco tras la ausencia durante la partición y el otorgamiento de la escritura de partición y adjudicación de herencia, aunque haya sido notificada fehacientemente en cada una de la fases de dicho procedimiento, considera que se habrán preservado suficientemente las intangibilidades cuantitativas y cualitativas de las legítimas (aunque el consentimiento del legitimario devenga en imprescindible según la doctrina jurisprudencial y administrativa, ante su falta de pronunciamiento no puede someterse la partición a un estado de pendencia hasta que intervenga, si es que, finalmente, llegase a hacerlo).

En lo que a nosotros nos interesa, el testador dispuso en favor de su esposa «un derecho de uso de la vivienda que actualmente le sirve de domicilio (...), con cuyo legado se entenderán pagados sus derechos legitimarios», el bien inmueble sobre el que recaía el legado de uso era ganancial, pero no de la sociedad de gananciales resultante del matrimonio celebrado con la legataria en cuestión, sino de un matrimonio anterior del que nacieron dos hijos, designados en el mismo testamento como herederos por partes iguales. La partición fue realizada por contador-partidor, quien adjudicó al cónyuge una cantidad de dinero hereditario en relación con el derecho de uso. El testador no autorizó al contador-partidor el pago en metálico ex art. 841 CC, ni tampoco se procedió a la conmutación según el art. 840 CC, ya que el cónyuge viudo, el legitimado para solicitarla por concurrir con descendientes del testador, no lo solicitó. Pero, no por ello significa que este proceder responde a una extralimitación de las facultades del contador partidor.

El carácter de la vivienda sobre la que recaía el uso nos posiciona en sede de gananciales, y, como reseñamos anteriormente, el art. 1380 CC indica que los legados de bienes gananciales se cumplirán in natura siempre que se adjudiquen al lote del causante, de lo contrario se entenderá legado su valor. Así pues, considerando que la totalidad de la vivienda se adjudicó a los descendientes del causante tras la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio y la partición hereditaria de ambos cónyuges fallecidos, la adjudicación del metálico como forma sustitutiva de pago de la cuota vidual legal, es resultado de la adjudicación de la mitad indivisa al lote del causante, la consiguiente ajenidad de la otra mitad, y la imposibilidad de cumplimiento del derecho de uso, el cual, aunque sea limitado por no poder percibir el usuario más frutos de los que necesite, no puede recaer sobre una cuota indivisa porque sería contrario a la propia esencia del derecho que se circunscribiera a una parte de la vivienda. La percepción del metálico se produjo como compensación al derecho de uso legado *ab initio*, no como resultado del ejercicio de la facultad de conmutación del cónyuge en virtud del art. 840 CC.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar/DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Manual de Derecho civil. Volumen VI. Derecho de sucesiones*, LLAMAS POMBO, Eugenio (Dir.), 2ª ed., La Ley, Madrid, 2024.
- BUSTO LAGO, José Manuel, «Comentarios a los artículos 839 y 840 CC», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, IV, 2a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- COLINA GAREA, Rafael, «Comentario al artículo 1025 CC», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, IV, 2a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.
- «La disposición testamentaria de bienes gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, núm. 3, 1990, 793-850.
- «Comentario a la RDGSJFP de 13 de julio de 2022 (RJ 2022, 4562). Entrega de la posesión de los legados y protección de los derechos de los legitimarios», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 121, 2023, 129-150.
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari, «El legado y su garantía registral», a: GALICIA AIZPURUA, Gorka (Dir.), *Deudas y herencia*, Aranzadi, Navarra, 2018.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y partición de la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fasc. IV, 2019, 1059-1132.
- MINGORANCE GONZÁLEZ, María del Carmen, «Criterios que sigue el ordenamiento jurídico para determinar las reglas de prioridad para el cobro de las deudas hereditarias», *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 56, núm. 1931, 2002, 3753-3772.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemáticos y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- VAQUER ALOY, Antoni, *Comentario al Código Civil de Cataluña. Libro 4: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024.

JURISPRUDENCIA

- STS 9.10.2003, RJ 7232
STS 28.9.2005, RJ 7154
STS 24.1.2008, RJ 306
STS 21.11.2011, RJ 2012\1635
STS 29.7.2013, RJ 6395
STS 16.12.2014, RJ 6780
STS 17.1.2018, RJ 36
STS 17.9.2019, RJ 3619
STS 26.5.2020, RJ 1347
STS 3.3.2022, RJ 1164

STS 18.12.2024, JUR 485988
SAP Barcelona 26.10.2020, JUR 345345

RESOLUCIONES

RDGRN 5.7.2018, RJ 4094
RDGRN 28.2.2019, RJ 1413
RDGSJFP 13.7.2022, RJ 4562
RDGSJFP 12.12.2022, RJ 2023\5438
RDGSJFP 14.4.2023, RJ 4916
RDGSJFP 28.11.2023, JUR 444128
RDGSJFP 12.3.2024, JUR 105168

En febrero de 2025 se celebró en la Facultad de Derecho de la UCM el Congreso Internacional sobre la protección del cónyuge viudo, cuyas ponencias y comunicaciones se recogen en este libro. El tema en sí y su carácter particular pudo, inicialmente, plantear dudas sobre su oportunidad; sin embargo, la importancia de los temas analizados, la calidad de los ponentes, que sin cuestionamiento alguno aceptaron participar y el número de asistentes, entre ellos importantes especialistas de la materia, que acudieron como público, enseguida confirmó la oportunidad del tema, incluso, entre quienes pudieran entender que al cónyuge no hay que protegerlo, lo que pudiera considerarse cierto, pero no menos cierto como que no haya que protegerlo no quiere decir que quien quiera hacerlo pueda conocer los cauces para ello.

En este sentido, se diseñó el programa del Congreso y así se organizan los contenidos en esta obra con el fin de exponer la protección legal del cónyuge en este momento, no sólo en el Código Civil sino de manera comparada con otros ordenamientos, así como las propuestas de reforma legal, en las que se mantiene la protección del cónyuge viudo. Todo ello no sólo desde el punto de vista del Derecho de sucesiones sino también desde el punto de vista de las normas reguladoras del régimen económico, incluso del Derecho de contratos, con el análisis del contrato de alimentos, los seguros de vida y otros instrumentos de previsión; sin olvidar, el análisis de la posición del conviviente ante el fallecimiento del otro integrante de la pareja.

En esta obra colectiva, en la que participan algunos de los principales expertos en Derecho de sucesiones del país, puede encontrar el lector trabajos que analizan la protección legal del cónyuge o conviviente viudo así como alternativas para aumentar esa protección en su caso a través de la autonomía de la voluntad.

-
- Proyecto de I+D+i PID 2022.139281PNB-I00 «Desafíos actuales del Derecho de sucesiones (II): reformas inminentes y cuestiones pendientes».
 - Proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

ISBN 979-13-87867-72-0



9 791387 867720