

La sucesión intestada: revisión de la
institución y propuesta de reforma

MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ



Derecho Privado

LA SUCESIÓN INTESTADA: REVISIÓN DE LA INSTITUCIÓN
Y PROPUESTA DE REFORMA

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO CONSEJO ASESOR

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario,
registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universi-
dad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de
Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Au-
tónoma de Madrid.

LA SUCESIÓN INTESTADA: REVISIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y PROPUESTA DE REFORMA

MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2016

Primera edición: mayo de 2016

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© María Martínez Martínez
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO: 007-16-084-6
ISBN: 978-84-340-2304-8
Depósito legal: M-13976-2016

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A mi marido, Antonio Morón,
y nuestra hija Laura*

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO	27
I. Reformas en la sucesión intestada del Código civil	27
II. Reformas del Derecho de Familia al hilo de cambios sociales	30
III. El Derecho de Sucesiones es el Derecho de Familia <i>mortis causa</i> : cambio social y reorganización del derecho a suceder	32
1. Avance de posición y rango del cónyuge viudo en la sucesión intestada: ejemplos	32
2. Equiparación en la sucesión intestada del conviviente de hecho supérstite con el cónyuge viudo	34
3. Las reformas en la declaración de herederos abintestato	37
IV. Sobre la conveniencia de reformar la sucesión intestada	37
CAPÍTULO PRIMERO. TERMINOLOGÍA. APERTURA DE LA SUCE- SIÓN INTESTADA. INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN LA SUCESIÓN INTESTADA. DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO	
I. Terminología: propuesta de supresión de los términos «sucesión legítima»	41
II. Reflexiones sobre el artículo 912 Cc. y conveniencia de clarificar algunos supuestos de apertura de la sucesión intestada	44
III. La utilidad del artículo 914 Cc.: incapacidad para suceder abin- testato	48

	Páginas
1. El artículo 914 Cc.	48
2. Propuesta de armonización del artículo 745.1.º Cc. con el artículo 30 Cc.	50
3. Las causas de indignidad para suceder: reforma de los tres primeros números del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Juicio crítico	51
3.1 Ampliación objetiva y subjetiva del anterior supuesto de atentado en el nuevo artículo 756.1.º Cc.	52
3.1.1 Supresión del párrafo segundo del anterior artículo 756.2.º Cc.	54
3.1.2 Descoordinación con las causas de desheredación de los artículos 853 a 855 Cc. por motivos similares	55
3.1.3 Ampliación objetiva a otras conductas relacionadas.	57
3.1.4 Ampliación subjetiva: «persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad»	60
3.1.5 Falta de referencia a «hermanos del causante» en el artículo 756 Cc.	61
3.1.6 Necesaria reforma del artículo 758. II Cc.	62
3.2 Delitos sexuales, contra los derechos y deberes familiares y privación de la patria potestad: los tres párrafos del nuevo artículo 756.2.º Cc.	62
3.2.1 El artículo 756.2.º, párrafo primero, del Cc.: reformulación de los antiguos delitos sexuales	63
3.2.2 Delito contra los derechos y deberes familiares y privación de la patria potestad: antiguo abandono de familia. Concordancia con el Código Penal	65
3.3 Causa 7.ª del artículo 756 Cc. y deberes de alimentos	66
3.4 Denuncia falsa: artículo 756.3.º Cc.	67
3.5 Recapitulación	67
4. Sanciones civiles del artículo 111 Cc. Relación con la indignidad para suceder	70
5. Sobre la posibilidad de «desheredar» en la sucesión intestada ...	71
IV. Declaración de herederos abintestato notarial y administrativa ..	71
1. Reformas del año 2015 en la declaración de herederos abintestato. Supresión de la declaración de herederos por auto judicial. Juicios de testamentaría	71

2. El Certificado sucesorio europeo del Reglamento (UE) n.º 650/2012: disposición final 26.ª de la LEC introducida por Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil	75
3. Derecho transitorio	77
4. Procedimiento para la declaración de herederos por acta de notoriedad	78
5. Aspectos de la declaración de herederos abintestato como título hereditario	80

CAPÍTULO SEGUNDO

SECCIÓN PRIMERA. SISTEMA DE ORDEN Y GRADO: ¿DEBE SER OBJETO DE REVISIÓN?	83
---	----

I. Lapsus en el texto del artículo 913 Cc.	83
II. Sistema de orden y grado	83

1. Un sistema distinto al de legislación extramuros que reconoce derechos <i>mortis causa</i> : ¿importa?	83
2. Sistema de llamamiento: clase, orden y grado	86
3. Sistema de sucesión inspirado en las Novelas de Justiniano. ¿Convendría otro diferente como el de llamamiento a parentelas con o sin cabeza?	88
4. Sistema personal y no real o troncal	90

III. Conviene una norma, como el artículo 913 Cc., que recoja fielmente el orden jerárquico de llamados	92
--	----

SECCIÓN SEGUNDA. PARENTESCO. CONSANGUINIDAD Y ADOPCIÓN. RELEVANCIA DE LA AFINIDAD	93
--	----

I. El parentesco y su sistema de cómputo deben regularse, como hoy, en el Cc.	93
--	----

II. Ubicación del parentesco en la sucesión intestada. Materia perteneciente al <i>status familiae</i> de la persona física y no solo a la sucesión <i>mortis causa</i>	94
--	----

III. Es cuestión relativa a la aplicación y eficacia de otras normas a efectos del artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española	96
--	----

IV. Sobre el parentesco	97
--------------------------------------	----

1. Sistema civil de cómputo de grados de parentesco: artículo 918 Cc. ..	97
2. Líneas y grados de parentesco	99
3. El cómputo civil rige en todas las materias: artículos 919 y 4.3 Cc. ..	100

	Páginas
4. El parentesco a que aluden los artículos 915 a 920 Cc. es por consanguinidad pero ha de entenderse que se aplica igual en caso de adopción. Sirve para contar el grado de afinidad	101
4.1 Afinidad	102
4.2 Adopción y parentesco	103
5. Parentesco y reconocimiento de filiación <i>post mortem</i> : artículo 126 Cc.	104
6. Filiación incestuosa y parentesco: artículo 125 Cc.	105
7. Vínculos doble y simple de parentesco: el artículo 920 Cc.	105
8. La prueba del parentesco y su acreditación frente a terceros	108
CAPÍTULO TERCERO. FUNDAMENTOS DE LA VOCACIÓN ABINTESTATO. PROXIMIDAD DE GRADO. ACRECIMIENTO. REPUDIACIÓN	
I. Preferencia por proximidad de grado con el causante	111
1. El principio de proximidad de grado, principio básico del llamamiento a la sucesión intestada en el Cc.	111
2. Distribución igualitaria a igualdad de grado de parentesco: artículo 921. II Cc.	114
3. Excepciones al principio de distribución igualitaria a igualdad de grado de parentesco	116
4. Momento para la determinación de la proximidad de grado	117
II. Acrecimiento en la sucesión intestada	117
1. El derecho de acrecer en la sucesión intestada: los artículos 922 y 981 Cc.	117
1.1 Acrecimiento, representación y repudiación en el orden de los descendientes	118
1.2 Acrecimiento y repudiación en el orden de los ascendientes.	119
1.3 Acrecimiento y repudiación en el orden de los colaterales.	119
2. Presupuestos de aplicación del acrecimiento en la sucesión intestada	119
2.1 Preferencia del derecho de representación	120
2.2 Preferencia del <i>ius transmissionis</i> o <i>ius delationis</i>	121
3. La inadecuación en la sucesión intestada de la comunicación de obligaciones y cargas del repudiante prevista en el artículo 984 Cc.	121
4. Aceptación y repudiación en caso de acrecimiento	122

III. La repudiación en la sucesión intestada	123
1. El supuesto de hecho del artículo 923 Cc.	123
2. Efectos de la aplicación del artículo 923 Cc.	124
2.1 Llamamiento en caso de repudiación de todos los llamados de grado preferente	124
2.2 Distribución de los bienes	125
2.2.1 Orden de los descendientes	126
2.2.2 Los ascendientes	127
2.2.3 Parientes colaterales	127
3. Reversión de los bienes a la masa hereditaria	128
4. El grado de parentesco relevante en la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en caso de repudiación	129
IV. El derecho de representación	129
1. Descripción y elementos. El requisito del parentesco	129
2. Fundamento histórico del derecho de representación sucesoria	134
3. Supuestos de aplicación	137
3.1 Premoriencia. Posible equiparación de la declaración de fallecimiento y comoriencia	137
3.1.1 Declaración de fallecimiento	138
3.1.2 Ausencia declarada legalmente	141
3.1.3 Comoriencia	143
3.2 Indignidad y desheredación del llamado a heredar abintestato. Preterición	145
3.2.1 Relación del artículo 929 Cc. con los artículos 761, 766, 814, 851 y 857 Cc.	145
3.2.2 Aplicación del derecho de representación por indignidad del llamado	149
3.2.3 El artículo 929 Cc. y la desheredación	152
3.3 Exclusión voluntaria de herederos legales	157
4. El derecho de representación no se aplica en caso de repudiación del llamado a la sucesión intestada	159
4.1 Derecho vigente	159
4.2 Razones para proponer <i>de lege ferenda</i> el derecho de representación en caso de repudiación del llamado. Derechos comparados	160

	Páginas
4.3 Deber de colacionar y derecho de representación: el artículo 1.038 Cc.	162
5. Se aplica en las reservas hereditarias: artículos 811 y 968 ss. Cc. ..	163
6. Es distinto del derecho de transmisión de la delación por fallecimiento del llamado que fallece sin aceptar ni repudiar	165
CAPÍTULO CUARTO. EL ORDEN DE LOS DESCENDIENTES: LLAMAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA	
I. Introducción: cuestiones objeto de análisis	167
II. El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la sucesión. Filiación biológica y adoptiva: planteamiento	168
1. Requisito de filiación para heredar abintestato	168
2. Filiaciones y derecho a suceder abintestato: filiación biológica, gestación por sustitución y adopción	169
III. Principio de no discriminación en la sucesión intestada: filiación biológica	172
1. Equiparación total en la sucesión abintestato sin discriminación por filiación	172
2. Inserción y bilateralidad completa en el conjunto familiar	175
3. Evolución del derecho español. Especial referencia a la jurisprudencia	175
3.1 Distintos derechos según el origen de la filiación en el derecho preconstitucional	176
3.2 Doctrina del TC: eficacia de la CE antes de la modificación del Cc. en 1981	177
3.3 Hijos de distintos matrimonios: el texto del artículo 931 Cc. ..	178
3.4 Discriminación de los hijos adulterinos desde 1981 hasta 2005: el derogado artículo 837. II Cc.	179
4. Conflictos de derecho transitorio	180
4.1 La ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento de fallecer el causante	180
4.2 Aplicación por el TS de la ley discriminatoria después de la CE si la sucesión se abrió con anterioridad. Voto particular del Excmo. Sr. O’Callaghan Muñoz	181
4.3 SAP Barcelona de 19 de marzo de 2010: el reconocimiento de filiación <i>postmortem</i> provoca falta de consumación de la sucesión del causante	183

4.4	Nacimiento de la acción de petición de herencia: cuando se establece la filiación	185
4.5	Y la acción de reclamación de filiación extramatrimonial no prescribe	186
4.6	Reconocimiento <i>post mortem</i> de filiación extramatrimonial y sucesión intestada: posible cambio de legislación desde el fallecimiento del causante	187
4.7	Confrontación entre seguridad jurídica y derecho a la igualdad	187
4.8	Reconocida la filiación <i>postmortem</i> es indubitado el derecho del hijo a heredar abintestato al resto de parientes y viceversa	189
5.	El artículo 126 Cc.: reconocimiento del ya fallecido. Consecuencias en la sucesión	189
6.	Peculiaridades de la filiación incestuosa ex artículo 125 Cc.	191
IV.	Problemática sobre el derecho de los nacidos por «gestación por sustitución» a suceder abintestato al progenitor de intención	191
V.	Filiación adoptiva: equiparación y adquisición del <i>status familiae</i> completo. Adopción y consanguinidad	195
1.	Antecedentes: distintos derechos según niveles de adopción hasta 1987	196
2.	Un único tipo de adopción desde 1987 con plena equiparación en el derecho a heredar	198
3.	Adquisición por el adoptado del completo <i>status familiae</i> en la familia del adoptante	199
4.	Derechos sucesorios de los adoptados en forma simple o menos plena. Referencia a la adopción internacional	201
4.1	Eficacia de la adopción internacional menos plena	201
4.2	La cuestión sobre los derechos sucesorios en la actualidad de quienes fueron adoptados en forma simple conforme al derecho español derogado	204
5.	Jurisprudencia en sustituciones fideicomisarias con cláusula <i>si sine liberis deceserit</i> : el adoptado es «hijo legítimo»	208
6.	Sucesión del adoptado con vínculos de parentesco con la familia biológica: la nueva «adopción abierta»	210
7.	La STS de 12 de enero de 2015: adopción, linaje, consanguinidad y sucesión en títulos nobiliarios. Reducto de discriminación. Voto particular disidente	215

	Páginas
VI. Doctrina del TEDH en relación con la equiparación en los derechos a suceder. Interpretación del concepto «vida familiar» del artículo 8 del Convenio	217
1. Evolución tardía de los derechos europeos hasta la equiparación. El papel decisivo del TEDH de Estrasburgo	218
2. Evolución del derecho francés y nueva condena en STEDH de 7 de febrero de 2013: la seguridad jurídica debe ceder frente al derecho a la igualdad	220
2.1 Derecho anterior a la reforma por Ley de 3 de diciembre de 2001	221
2.2 Reforma en Francia a consecuencia de la condena en el caso <i>Mazureck</i> de 2000. Disposición transitoria del artículo 25-II-2. ^a de la Ley de 3 de diciembre de 2001	223
2.3 Nueva condena en STEDH de 7 de febrero de 2013 (Fabris c/Francia). Los hechos y fechas de interés. <i>Iter</i> judicial interno en Francia y en el TEDH	224
2.4 Voto particular de Pinto de Albuquerque a la STEDH de 28 de junio de 2013	226
VII. Descendientes: primeros llamados a la sucesión en propiedad y en exclusiva	227
1. Sin límite de grado de llamamiento	227
2. Compartir el llamamiento de primer orden con el cónyuge (o la pareja estable): tendencia en derecho comparado y en legislación extramuros del Cc.	228
VIII. Distribución de la herencia en el orden de los descendientes	228
1. Hijos del causante	229
2. Resto de descendientes	229
3. La criticable utilización del término «herederos» en el artículo 933 Cc.	230
4. Los hijos y demás descendientes pueden ser reservatarios: artículos 811 y 968 ss.	231
5. Legítima del cónyuge viudo en concurrencia con descendientes del causante	231
 CAPÍTULO QUINTO. LLAMAMIENTO A LOS ASCENDIENTES	
I. Régimen jurídico prácticamente inalterado desde 1889	233
1. Breve nota sobre antecedentes	233
2. Distribución de los bienes	235

	Páginas
2.1 Padre y madre, progenitores de primer grado	235
2.2 Sucesión del resto de ascendientes	235
2.2.1 División de la herencia en líneas	236
2.2.2 Efectos de la repudiación	238
2.2.3 No se aplica el derecho de representación: sobre la posible aplicación del artículo 857 Cc. a la deshere- dación de ascendientes	239
3. Indignidad para suceder de los ascendientes. Impacto de la refor- ma del artículo 756 Cc. en la desheredación del artículo 854 Cc.	241
4. Desheredación de ascendientes y sanción civil de los artícu- los 111 y 179 Cc.	246
5. Efectos de la indignidad, desheredación y sanción civil a los ascen- dientes	246
6. Sucesión intestada de los adoptantes y del resto de ascendientes en la «adopción abierta» del nuevo artículo 178 Cc.	247
7. Usufructo del cónyuge viudo en concurrencia con ascendientes ..	248
II. Los ascendientes: segundo orden de llamados a la sucesión intes- tada	248
1. Orden sucesorio en el Cc. y en los derechos civiles territoriales, salvo en el CCC y en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco	248
2. Orden distinto en derechos extranjeros	249
3. Reforma del Código civil francés por Ley 3 de diciembre de 2001 y Ley de 23 de junio de 2006	250
4. La legítima de los ascendientes en el Código civil	257
III. Reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc.	259
IV. Reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc.	262
1. Antecedentes	262
2. Naturaleza	263
3. Aplicación en caso de adopción posterior por el donatario	264
4. Algunas cuestiones controvertidas en relación con la reversión legal	265
5. Reversión legal de donaciones y legítima de los ascendientes	267
6. Efectos de la reintroducción del <i>droit de retour</i> en el artículo 757- 3 del <i>Code Civil</i> francés por Ley de 23 de junio de 2006	268
V. Reflexiones sobre propuestas de reforma	268

CAPÍTULO SEXTO. LLAMAMIENTO A LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CÓNYUGE VIUDO

I. Regulación actual del llamamiento abintestato al viudo	273
1. Posición en el orden de llamados	273
2. Un apunte sobre límites y limitaciones en los derechos sucesorios del cónyuge	274
2.1 Legítima del cónyuge viudo en concurrencia con llamados abintestato de órdenes preferentes	274
2.2 Lo máximo que puede recibir el cónyuge por disposición voluntaria	275
2.3 Intensa limitación de la autonomía de la voluntad <i>mortis causa</i> en el Cc. e imposibilidad de los cónyuges, sin legítimos, de instituirse recíprocamente herederos	276
3. Derecho a heredar: relevancia de la separación de hecho. Efectos de la reconciliación de los cónyuges	279
3.1 Reforma por Ley 15/2005: la separación de hecho priva de derechos sucesorios al cónyuge tanto en la legítima como en la sucesión intestada	279
3.2 Reconciliación de los cónyuges notarial y judicial: eficacia en el llamamiento a la sucesión intestada después de la Ley 15/2015	282
4. Irrelevancia del régimen económico matrimonial <i>de lege lata</i> ...	286
5. Exclusión del cónyuge del llamamiento abintestato: incapacidad por indignidad, desheredación, exclusión voluntaria	288
5.1 Indignidad para suceder del cónyuge	288
5.2 Desheredación del cónyuge	289
II. Observación de tendencias de política legislativa: datos y reflexiones para proponer la anteposición del cónyuge en el orden de sucesión abintestato	291
1. Paulatina anteposición del viudo en la sucesión intestada respecto a otros llamados. Antecedentes y evolución	292
2. Los derechos civiles forales y especiales: estado de la cuestión.	295
2.1 El cónyuge hereda abintestato con preferencia a los ascendientes exclusivamente en los derechos catalán y vasco ...	295
2.2 La tradicional relevancia de los derechos sucesorios del cónyuge aragonés	297

3.	Tendencia en los derechos extranjeros de nuestro entorno. Especial referencia al Derecho Francés	299
3.1	El cónyuge, heredero de primer orden junto con órdenes de parientes preferentes	299
3.2	Las reformas del Código civil Francés en el siglo XXI favoreciendo al cónyuge viudo en la sucesión	300
3.3	Panorama de la sucesión abintestato del cónyuge viudo en derecho comparado	303
3.3.1	Derechos europeos	303
3.3.2	Derechos latinoamericanos	304
3.3.3	Referencia a otros derechos	307
3.3.4	Recapitulación: el modelo español no tiene parangón entre los derechos extranjeros	307
4.	Tendencia en normas españolas que prevén derechos <i>mortis causa</i> a favor de perjudicados y herederos	308
5.	La decisión sobre el destino del cadáver compete preferentemente al cónyuge (y pareja de hecho) según las Audiencias Provinciales	310
6.	La opinión favorable de la doctrina	311
7.	Corolario	312
III.	Riesgo de salida de bienes familiares y complejidad en la liquidación de la herencia. Revisión de los derechos sucesorios <i>mortis causa</i> de los postergados	312
1.	Concurrencia del viudo con descendientes: ventajas e inconvenientes	312
2.	Anteposición del cónyuge a los ascendientes. Conveniencia de nuevos derechos para los postergados y revisión de la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc.	314
3.	Reordenar las reservas del viudo y reconsiderar la situación al fallecimiento del supérstite. Bienes de origen familiar	317
4.	Conservar la reserva troncal del artículo 811 Cc.	319
CAPÍTULO SÉPTIMO. REFLEXIONES SOBRE UN EVENTUAL LLAMAMIENTO A LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CONVIVIENTE EXTRAMATRIMONIAL		
I.	Observación previa: convivencia de hecho e inseguridades jurídicas	321
1.	Factores que han contribuido a la complejidad del «estatuto jurídico» del conviviente extramatrimonial en el Derecho español.	321

	Páginas
2. Todas las legislaciones autonómicas llaman a la pareja formalizada (alguna también al conviviente) a heredar abintestato, salvo Aragón y Navarra, esta última desde la STC 93/2013	325
3. Impacto de la STC 93/2013 en legislaciones civiles distintas a la Navarra y en la jurisprudencia posterior	328
4. La favorable acogida social de la equiparación	333
5. No hay equiparación para la protección <i>post mortem</i> del honor, intimidad e imagen	334
II. Los convivientes extramatrimoniales no son llamados a heredar abintestato en el Cc.	335
1. Derechos abintestato y conviviente extramatrimonial: estado de la cuestión	335
2. La opinión de la doctrina favorable a la equiparación del conviviente con el cónyuge en la intestada y a su constitucionalidad	337
3. Un apunte sobre reformas de derechos extranjeros recientes: también llaman al conviviente a heredar abintestato	340
III. Doctrina constitucional sobre la equiparación de la pareja estable en la sucesión intestada: comentario a la STC 93/2013	341
1. Argumentos del TC para negar el derecho a suceder abintestato al conviviente extramatrimonial: libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE	342
2. Distinto nivel de imperatividad del derecho a suceder abintestato y del reconocimiento de ciertos derechos «públicos de protección familiar» a los funcionarios, según el TC	344
3. ¿Ha querido decir el TC que es inconstitucional equiparar la convivencia de hecho con el matrimonio?	346
4. La viudedad foral es imperativa pero la sucesión intestada no: el ejemplo del derecho aragonés	348
5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad del causante de la sucesión intestada «vivo y difunto»	350
IV. Fundamento del llamamiento abintestato al cónyuge. Argumentos a favor y en contra de la equiparación del conviviente extramatrimonial	352
1. Posibilidad de designación en testamento	352
2. El llamamiento al cónyuge está hoy basado exclusivamente en la convivencia	352

3.	Sucesión intestada como presunta voluntad del fallecido y efectos del español medio junto a razones de política legislativa y de política social	353
4.	La sucesión abintestato como medida de protección al supérstite.	354
5.	Argumento basado en el necesario reflejo en el arquetipo familiar. El conviviente extramatrimonial forma parte de la «familia <i>inter vivos</i> », ergo debe integrarse en la «familia <i>mortis causa</i> ».	356
6.	La paradoja del Cc.: el viudo bínubo debe reservar pero el conviviente no	359
7.	Un par de apuntes finales: efectos del fallecimiento 30 días después de contraer matrimonio en derecho argentino y del matrimonio con fallecido en derecho Francés	362
V.	Privación del derecho a suceder del cónyuge por la mera separación de hecho. Diferencias con la situación de la pareja estable.	362
VI.	Declaración de heredero abintestato del conviviente extramatrimonial tras la reforma por Ley 15/2015 del artículo 55 de la Ley del Notariado	365
 CAPÍTULO OCTAVO. SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES		
I.	Antecedentes	369
II.	Planteamiento	371
III.	Tendencias en el llamamiento a colaterales en los últimos cien años	373
1.	Dos efectos del protagonismo de la familia nuclear: anteposición del cónyuge y limitación gradual en el llamamiento a colaterales.	373
2.	Reforma del artículo 745 del Código Francés en 2015	374
3.	¿Conviene limitar el llamamiento al tercer grado de parentesco?	375
IV.	Trasladar a los sobrino-nietos al grupo de colaterales privilegiados con admisión del derecho de representación hasta el cuarto grado: argumentos	376
1.	Distinción entre parientes colaterales privilegiados y ordinarios.	376
2.	Argumentos para anteponer a los sobrino-nietos al resto de colaterales ordinarios	379
3.	Preferir al «colateral-descendiente»: coherencia de los derechos históricos buscando al representante más joven de futuras generaciones y garantía de preservación de los bienes familiares	380
4.	Propuesta entonces de ampliación del derecho de representación hasta el cuarto grado en la línea colateral. Precauciones y cautelas: la experiencia del Derecho aragonés	383

	Páginas
V. La cuestión sobre la aplicación del derecho de representación a favor de la estirpe del hermano indigno: paradojas con el orden de los descendientes	385
1. Reglas internas de distribución de la herencia en el orden de los colaterales privilegiados	385
2. La cuestión de la aplicación del derecho de representación por indignidad del hermano. Distintas opiniones de doctrina autorizada. Conveniencia de concordar con la solución para los descendientes	386
3. Desheredación o exclusión de hermanos: consecuencia para su estirpe	387
VI. La regla del duplo: derecho a doble porción por doble vínculo. Revisión	388
1. La regla del duplo: artículo 949 Cc. Supuestos y posibles interpretaciones	388
2. Reproche de incompatibilidad con el principio constitucional de igualdad. Crítica	390
3. La regla del duplo es segura <i>de lege lata</i> en concurrencia exclusiva de hermanos del causante	393
3.1 Solo hermanos de doble vínculo o solo hermanos de vínculo sencillo	393
3.2 Concurrencia de hermanos de doble vínculo y hermanos de vínculo sencillo: posibles interpretaciones del derecho a «doble porción»	394
4. Posible reflejo de la regla del duplo al concurrir sobrinos con hermanos	395
4.1 Concurrencia de hermanos con sobrinos. Aplicación conjunta de la regla del duplo y el derecho de representación.	397
4.2 Concurrencia solo de sobrinos del causante, unos hijos de hermanos de doble vínculo y otros, hijos de hermanos del causante de vínculo sencillo	400
5. Supresión de la regla del duplo en derechos reformulados recientemente y en la Ley 35/2015	401
VII. Llamamiento y distribución de la herencia entre colaterales no privilegiados. Límite hasta el cuarto grado y preferencia por proximidad de parentesco rigurosamente	401
VIII. Derechos del viudo en concurrencia con parientes colaterales del causante, privilegiados y no privilegiados: artículo 838 Cc.	402

CAPÍTULO NOVENO. EL ESTADO, ÚLTIMO HEREDERO ABINTESTATO	
I. Antecedentes	405
II. La reforma de la sucesión abintestato del estado por Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria	407
1. Reformulación del llamamiento al Estado español con reforma de varios textos legales	407
2. Cambio de orientación al desaparecer toda referencia a las instituciones destinatarias	408
2.1 Consolidación del derecho del Estado como legítimo heredero abintestato	408
2.2 Evolución desde la promulgación del Cc.	410
2.3 La referencia a la Administración General del Estado como heredera en la Ley 33/2003 (LPAP)	412
3. El destino de los bienes adquiridos: distinta orientación a la vigente en las CCAA	413
3.1 Destino de las herencias abintestato de las CCAA en los derechos civiles forales y especiales	413
3.2 El destino de los bienes adquiridos abintestato por el Estado.	414
3.3 Posible transferencia de los bienes recibidos abintestato a la CA de la última residencia habitual del causante (o del último domicilio)	416
4. Aspectos de la sucesión abintestato del Estado español en sucesiones transfronterizas	418
III. Llamamiento de cierre en la sucesión abintestato. Caracteres	421
1. Último llamado a la sucesión intestada al que no se puede desheredar	421
2. El Estado es verdadero sucesor y heredero <i>mortis causa</i>	422
IV. Declaración administrativa de heredero del Estado: artículo 958 Cc.	424
1. Declaración administrativa pero también puede ser declarado en sentencia judicial	424
2. Procedimiento para la declaración administrativa de heredero ...	425
3. Certificado Sucesorio Europeo del Estado	426

	Páginas
V. Requisitos para declarar heredero al Estado. Informe de la Abogacía del Estado sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la administración General del Estado como heredero abintestato	427
1. Ley aplicable a la sucesión: Cc.	427
2. Procedencia de la apertura de la sucesión intestada	428
3. Defecto de personas con derecho preferente a suceder abintestato ..	428
3.1 Distintos órdenes con derecho preferente a suceder	428
3.2 Concurrencia de posibles titulares de derechos de usufructo por legítima	429
3.3 Posibles conflictos de distinta naturaleza	429
VI. La aceptación de la herencia a beneficio de inventario: artículo 957	430
VII. Adquisición de los bienes y toma de posesión por el Estado: RRD-GRN 7 marzo 2009 y 27 enero 2015 y reforma por Ley 15/2015 ..	430
VIII. Sobre la posibilidad de repudiación por el Estado	434
IX. La cláusula de cierre de la sucesión intestada en los ordenamientos autonómicos	439
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA	443
BIBLIOGRAFÍA	453

ABREVIATURAS

<i>A</i>	<i>Auto</i>
<i>AA</i>	<i>Autos</i>
<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i>
<i>AAP</i>	<i>Auto Audiencia Provincial.</i>
<i>AP</i>	<i>Audiencia Provincial</i>
<i>APDC</i>	<i>Asociación de Profesores de Derecho Civil</i>
<i>AAPP</i>	<i>Audiencias Provinciales</i>
<i>BOCG</i>	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>CA</i>	<i>Comunidad Autónoma</i>
<i>CCAA</i>	<i>Comunidades Autónomas</i>
<i>Cc.</i>	<i>Código Civil español de 1889</i>
<i>CCC</i>	<i>Código Civil de Cataluña</i>
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
<i>CDFA</i>	<i>Código del Derecho Foral de Aragón de 2011</i>
<i>Coord.</i>	<i>Coordina</i>
<i>Dir.</i>	<i>Dirige</i>
<i>DPC</i>	<i>Revista Derecho Privado y Constitución</i>
<i>FNN</i>	<i>Fuero Nuevo de Navarra</i>
<i>GS</i>	<i>Gestación por Sustitución</i>
<i>LAI</i>	<i>Ley 54/2007, de Adopción Internacional</i>
<i>LCJI</i>	<i>Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil</i>
<i>LDCV</i>	<i>Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil 2000</i>
<i>LH</i>	<i>Ley Hipotecaria.</i>
<i>LJV</i>	<i>Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria</i>

<i>LN</i>	<i>Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado</i>
<i>LPAP</i>	<i>Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas</i>
<i>Lrem.</i>	<i>Ley 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad 2003</i>
<i>Lsuc.</i>	<i>Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte</i>
<i>LTRA</i>	<i>Ley de Técnicas de Reproducción Asistida</i>
<i>NEJ</i>	<i>Nueva Enciclopedia Jurídica</i>
<i>p.</i>	<i>página</i>
<i>pp.</i>	<i>páginas</i>
<i>PLJV</i>	<i>Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2014</i>
<i>RAAP</i>	<i>Revista Aragonesa de Administración Pública</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RD</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>RD-l</i>	<i>Real Decreto-ley</i>
<i>RDGRN</i>	<i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>
<i>RDN</i>	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i>
<i>RJN</i>	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
<i>RN</i>	<i>Reglamento Notarial</i>
<i>RTDC</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
<i>S</i>	<i>Sentencia</i>
<i>SS</i>	<i>Sentencias</i>
<i>ss.</i>	<i>siguientes</i>
<i>STC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
<i>STS</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>t.</i>	<i>tomo</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>TRHA</i>	<i>Técnicas de Reproducción Humana Asistida</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>Vid.</i>	<i>Videre (ver, véase).</i>
<i>Vol.</i>	<i>volumen</i>
<i>VVAA</i>	<i>Varios Autores</i>

INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO

I. REFORMAS EN LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CÓDIGO CIVIL

El propósito de este libro, como se deduce del título, es ofrecer reflexiones y conclusiones sobre la regulación de la sucesión intestada en el Código civil español, en vistas a una posible reforma. Los artículos 912 a 958 del Cc. contienen el núcleo de la regulación de la sucesión abintestato, el orden sucesorio aplicable en defecto de disposición voluntaria del causante. Se trata de una regulación bastante coincidente con la de la promulgación del Cc. en 1889, si bien, ha habido modificaciones importantes.

En primer lugar, destaca la introducida por Real Decreto Ley de 13 de enero de 1928 que limitó el grado de llamamiento en la línea colateral del sexto al cuarto y reformuló algunos aspectos de la sucesión del Estado.

De mayor calado fueron las producidas en el siglo XIX tras la promulgación de la Constitución Española de 1978 (CE) que afectaron, como a muchas otras materias, a la sucesión intestada. El Cc. se reformó mediante las Leyes 11 y 30 de 1981 en virtud de las cuales se equipararon los distintos tipos de filiación y se antepuso al cónyuge viudo respecto de todos los parientes colaterales en la sucesión intestada. Se introdujeron también modificaciones, entre otras materias, en la desheredación y en la preterición que también han incidido en los supuestos de apertura de la sucesión abintestato.

Más adelante, la Ley 21/1987 reformó intensamente la adopción con efectos en los derechos a suceder de adoptantes y adoptados. Dichos derechos habían sido afectados anteriormente por la reformulación del artículo 176 Cc. por Ley 13/1983. Fueron también relevantes para el derecho sucesorio las modificaciones introducidas por Ley 11/1990 *sobre reforma del Cc. en aplicación*

del principio de no discriminación por razón de sexo, referentes a la revocación de donaciones (art. 648 Cc.) y a la indignidad y desheredación (arts. 756, 852 y 853 Cc.), así como algunas previsiones de la *LO 1/1996, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Ya en el siglo XXI se han producido otras modificaciones en el derecho de sucesión por causa de muerte, con incidencia en la sucesión intestada, como la *Ley 4/2000, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros* que reformó los artículos 193 y 194 Cc. y la *Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*. Esta última, que introdujo la causa 7.^a de incapacidad para suceder por causa de indignidad en el artículo 756 Cc., se dictó el mismo año que la *Ley 7/2003, de la sociedad limitada Nueva Empresa*. Ambas ampliaron la libertad de disposición del causante, esta última con modificaciones en el artículo 1056 Cc., con la finalidad de permitir adoptar medidas en el testamento para conservar la empresa y la explotación económica en interés de la familia salvando ciertos obstáculos de los artículos 843 y 844 Cc. La anterior, para incluir en el artículo 831 Cc. una especie de delegación de la facultad de mejorar entre cónyuges y personas con descendencia común no casadas entre sí, siguiendo el modelo de algunas fiducias sucesorias de los derechos civiles forales y especiales con la intención inicial de proteger a descendientes discapacitados en un sistema que no admite la validez del pacto sucesorio y en el que rige un sistema de legítima material individual estricta a favor de los descendientes.

Tuvieron repercusión importante en la sucesión intestada las dos reformas del Cc. del año 2005, tanto la *Ley 13/2005*, que reformuló el artículo 178 Cc. sobre adopción como la *Ley 15/2005*, desde cuya entrada en vigor la separación de hecho priva al cónyuge del usufructo por legítima y del llamamiento abintestato. Más tarde, la *Ley 54/2007, de adopción internacional*, también incorporó modificaciones en el artículo 180 Cc. Hay que añadir a este elenco de reformas la del artículo 30 Cc., sobre adquisición de la personalidad, redactado conforme a la Disposición Final 3.^a de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, relevante para la capacidad jurídica para heredar y con incidencia en la interpretación del artículo 745.1.º Cc. que remite expresamente al anterior.

La *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)* ha introducido modificaciones en el Cc. que tendrán sin duda impacto en la propia naturaleza jurídica de instituciones como el matrimonio, que no solo se puede disolver (régimen jurídico ya en vigor) sino que también se podrá cele-

brar ante notario a partir del 30 de junio de 2017, además de ante juez, alcalde o funcionario en quien delegue, posibilidades estas dos últimas que habían sido introducidas por Ley 35/1994.

Pero además ha modificado bastantes artículos del Cc. relativos a las sucesiones testamentarias y la partición hereditaria para ampliar competencias de los Notarios. También, ha reformulado los tres primeros números del artículo 756 Cc., sobre indignidad para suceder y los artículos 956 a 958 sobre la sucesión abintestato del Estado. La Ley 15/2015 ha introducido así mismo importantes cambios en la declaración de herederos abintestato que ya no puede ser en ningún caso judicial. Los descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y parientes colaterales deben ser declarados herederos abintestato por acta de notoriedad, y el Estado, mediante declaración dictada por la propia administración central; las CCAA serán declaradas por la correspondiente administración autonómica. La Ley 15/2015 (LJV) ha reformado la Ley del Notariado, el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras.

La Ley 15/2015 ha retocado así mismo los artículos 834 y 945 Cc., relativos al usufructo por legítima y a la sucesión intestada del cónyuge, sin modificar el régimen jurídico anterior para concordar sus respectivos textos con los nuevos artículos 82, 83, 87, 89, 90, 95, 97, 99, 100 y 107 Cc. al admitir la «separación notarial».

Se han introducido otras reformas importantes en la Ley Orgánica 8/2015 y en la Ley 26/2015, ambas sobre *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, al reformular ciertos aspectos de la filiación y adopción en materia sucesoria. El modelo del artículo 178 Cc., entre otros y la previsión del nuevo párrafo IV, del número 4 de la denominada en el Preámbulo de la Ley 26/2015 «adopción abierta», que con tanta naturalidad apuesta por la pervivencia de los vínculos del adoptado menor con la familia de origen, posiblemente lleven a revisar conclusiones sobre la naturaleza de este tipo de filiación y la compatibilidad de derechos sucesorios en las dos familias, la «de origen» (y no la «anterior», como se denominaba antes de la reforma) y la actual.

Tiene asimismo especial relevancia para el derecho sucesorio la *Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, al reformular nuevamente el artículo 14 LH e introducir las disposiciones finales 25.^a y 26.^a de la LEC, esta última con *Medidas para facilitar la aplicación en España del reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el recono-*

cimiento 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. El Reglamento (UE) n.º 650/2012, está plenamente en vigor desde el 17 de agosto de 2015.

La nueva orientación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, lleva a revisar lo dispuesto en el artículo 9.8.ª Cc. sobre el punto de conexión para las sucesiones con elemento internacional o transfronterizo y tiene repercusión en el sistema plurilegislativo civil español, singularmente en lo relativo a la sucesión intestada y a las sucesiones vacantes, a que expresamente alude el Reglamento. El nuevo certificado sucesorio europeo, título sucesorio a todos los efectos al amparo del nuevo artículo 14 LH constituirá el «pasaporte» internacional que acredite (salvo prueba en contrario) la condición de heredero. Notarios y jueces pueden emitirlo, pero es dudoso qué autoridad es la competente para el Estado y las CCAA.

Pese a todo lo dicho y sin desconocer el innegable calado de las reformas introducidas en el Cc. desde su promulgación en materia de sucesión intestada, lo cierto es que no se han modificado los órdenes de suceder abintestato (al margen de la anteposición del cónyuge a los colaterales en 1981) ni aspectos que suscitan prácticamente desde siempre bastantes dudas interpretativas y sugerencias de modificación, como, por ejemplo, la limitación de la cuota a la estirpe del indigno y desheredado cuando se aplica el derecho de representación.

II. REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA AL HILO DE CAMBIOS SOCIALES

Durante el mismo período superior al siglo, las reformas del Derecho de Familia han sido intensas, especialmente después de la entrada en vigor de la CE. Constituyen ejemplos paradigmáticos los siguientes ámbitos: disolución matrimonial (Leyes 11 y 30 de 1981, Leyes 13/2005 y 15/2015), no discriminación por razón de sexo (Ley 11/1990) filiación, adopción y tutela (Leyes 30/1981, 13/1983, 21/1987, Ley 54/2007 y Ley 26/2015), protección a la infancia y adolescencia (Leyes Orgánicas 1/1996 y 8/2015, y, nuevamente, Ley 26/2015) celebración y disolución del matrimonio (Ley 35/1994, Ley 13/2005 y Ley 15/2015), relaciones familiares de los nietos con los abuelos (Ley 42/2003) y la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*.

Junto a estos intensos cambios, hay que aludir a la regulación jurídica de las parejas de hecho o uniones estables, etc. En un principio el Derecho civil adoptó medidas protectoras ante el fallecimiento para personas unidas por aná-

loga relación de afectividad a la conyugal (como el paradigmático artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1995). Pero más adelante, las Comunidades Autónomas, tuvieran o no competencias del artículo 149.1.8.^a CE para conservar, modificar y desarrollar su derecho propio fueron promulgado legislaciones de parejas de hecho o uniones de hecho (con distintas denominaciones) regulando los efectos de su constitución y disolución, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. La STC 93/2013 dictada resolviendo recurso sobre la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las uniones estables* de Navarra, ha considerado que las CCAA tienen competencia para regular lo que el TC denomina «el fenómeno» de la convivencia en pareja. El Estado central no las reguló y es ya difícil a la vista de la situación jurídica actual que lo haga, aunque hay autores que siguen reclamando una ley estatal de parejas de hecho. Lo que no se puede negar es que se trata de un modelo familiar claramente en avance a la vista de las estadísticas y que no cesa aun después de la admisión del matrimonio homosexual en la reforma del Cc. por Ley 13/2005.

La evolución de los modelos familiares, una vez admitida la disolución del matrimonio en vida de ambos cónyuges y acaso también la innegable expansión de los nuevos modelos de convivencia en pareja, ha llevado a la aparición de las denominadas familias reconstituidas, que presentan problemáticas no del todo coincidentes con la situación del bínubo por fallecimiento de cónyuge anterior. El Cc. prestó desde su promulgación destacada atención a las reservas del bínubo (entre otras) protegiendo a la descendencia anterior, entonces atendiendo al viudo que contraía nuevas nupcias. Nada se ha modificado en el Cc. en relación a estas materias y las paradojas son cada vez más intensas al imponerse limitaciones en la disposición de bienes a quien estuvo casado y, una vez viudo, contrajo nuevas nupcias o tuvo descendencia, frente a quien no lo estuvo y recibió bienes de su pareja o quien estuvo casado e inicia después de la disolución del primer matrimonio convivencia en pareja sin contraer matrimonio. No solo tiene repercusión en los deberes alimenticios respecto de la familia anterior y la nueva, sino también en los derechos sucesorios en el entramado de las nuevas relaciones familiares.

Extramuros del Cc., las acciones legislativas sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, modificada por la ley 26/2011) han plasmado en norma legal escrita la revolución provocada en la filiación y el valor jurídico del consentimiento y la intención de quienes deciden ser padres traspasando barreras biológicas. En los últimos años se asiste a lo que constituye una nueva revolución en materia de filiación, la denominada gestación por sustitución que, por el momento en España (como en otros países de nuestro entorno como Francia, Alemania o Italia), está dando lugar a notable liti-

giosidad, como muestra la jurisprudencia de los juzgados y tribunales (también, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la inscripción en España de los nacidos. A la par, están planteados retos sin solución clara cuando se trata de aplicar las normas en vigor para los derechos a suceder de las personas implicadas.

III. EL DERECHO DE SUCESIONES ES EL DERECHO DE FAMILIA *MORTIS CAUSA*: CAMBIO SOCIAL Y REORGANIZACIÓN DEL DERECHO A SUCEDER

La Historia enseña que el Derecho de Sucesiones está íntimamente ligado a los arquetipos familiares de las sociedades en las que se aplica. Decía CARBONNIER que el Derecho de Sucesiones es el Derecho de la Familia *mortis causa*. Es paradójico que tantas modificaciones de los modelos familiares imperantes en la sociedad actual y del Derecho de Familia del Cc. y de legislación civil extramuros no hayan provocado cambios paralelos del Derecho sucesorio y, en particular, en la sucesión abintestato que es la que se aplica en defecto de sucesión ordenada voluntariamente por el causante. El sistema de sucesión abintestato debería estar adaptado a los modelos familiares social y jurídicamente imperantes, acaso en mayor medida que el de legítimas, y ello con independencia del fundamento de dichos llamamientos.

Al observar los derechos comparados, se ve que durante los primeros años del siglo XXI los dos impulsos de acciones legislativas en el ámbito de la sucesión abintestato más reiterados en las reformas han sido: la mejora de los derechos a suceder del viudo, una tendencia que se inició y preparó a lo largo de todo el siglo XX, y la equiparación de la pareja de hecho al cónyuge viudo en el derecho a suceder.

Estas decisiones legislativas han llevado en algunos ordenamientos a reformular los derechos de los más directamente perjudicados, casi siempre, los ascendientes. Así ha sucedido, por ejemplo, en el Derecho Francés.

1. **Avance de posición y rango del cónyuge viudo en la sucesión intestada: ejemplos**

Si bien el Cc. español ha permanecido al margen de estas corrientes, no ha sucedido lo mismo en las CCAA con derecho civil foral o especial propio

que, al amparo del artículo 149.1.8.^a y de los correspondientes Estatutos de Autonomía, que constituyen el denominado bloque de constitucionalidad, han conservado, modificado y desarrollado su Derecho de Sucesiones e instituciones conexas con una sobresaliente expansión, casi siempre refrendada por la doctrina del Tribunal Constitucional. Las experiencias de reformulación de tales derechos es lógico que puedan servir para plantear futuras reformas del Cc. e incluso para decidir no hacerlas.

Por lo que respecta a la anteposición del cónyuge viudo en la sucesión intestada respecto de los ascendientes, no parece haber sido una opción de política legislativa demasiado extendida en los derechos civiles forales y especiales pues solo regía en derecho catalán fiel en este punto a su propia tradición (ya era así en la Ley de Sucesión Intestada de 1936 y en el Código de Sucesiones de 1987). No obstante, ha plasmado en la *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco* y el cónyuge (también la pareja inscrita) hereda en la sucesión intestada con preferencia a todos los ascendientes.

En algunos derechos civiles extranjeros de nuestro entorno se da la misma tendencia, como se deduce de la observación de las intensas reformas que desde el inicio del siglo XXI se están llevando a cabo en el Derecho de Sucesiones Francés. En el *Code civil*, tradicionalmente influyente en el resto de Europa y en los derechos iberoamericanos, se ha llevado a cabo una importante mejora en los derechos a suceder del viudo, hasta entonces considerado «le parent pauvre du droit des successions». La Ley 3 de diciembre de 2001 (*Loi n.º 2001-1135 du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*), además de suprimir la discriminación de los hijos adulterinos, reconoció al viudo el derecho a heredar en la sucesión intestada con preferencia a todos los parientes colaterales privilegiados (hermanos e hijos de hermanos del causante) que todavía eran llamados antes y se establecieron derechos a recibir cuotas en plena propiedad tanto en concurrencia con descendientes (un cuarto de la herencia, con estos también pudiendo elegir el usufructo universal) y con el padre y madre del causante (la mitad si concurre con ambos y tres cuartas partes si concurre con uno solo de ellos). Con posterioridad, se han introducido otras reformas importantes, como la de la Ley de 23 de junio de 2006 (*Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*), que suprimió la legítima de los ascendientes e introdujo la aplicación del derecho de representación en caso de repudiación del llamado¹. En suma, y en

¹ También se introdujo lo que se puede considerar como una tímida admisión de pactos sucesorios al regular la renuncia anticipada de la acción genérica para reclamar reducción de donaciones y liberalida-

relación a la sucesión abintestato, la modificación más destacable en el *Code* ha sido la mejora sustancial de la posición sucesoria del cónyuge viudo, además de la supresión de discriminación en los derechos a heredar de los hijos adulterinos, obligada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y es destacable, como digo, en materia de sucesión intestada la reforma del artículo 756 del *Code* por Ley 23 de junio de 2006 para admitir el derecho de representación en caso de repudiación del llamado que ha llevado a otras en materia de colación. La Ley de 16 de febrero de 2015 (*Loi n.º 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*) ha reformulado el artículo 745 del *Code Civil* para aclarar que la limitación en el llamamiento a los parientes colaterales al sexto grado solo se aplica a los llamados en el artículo 734.4.º, es decir, a los colaterales distintos de los hermanos del causante y sus estirpes (que son llamados en el artículo 734.2.º). Desde la reforma del *Code* por Ley 3 de diciembre de 2001 era dudoso si la limitación al sexto grado en el llamamiento a la línea colateral también se aplicaba a los descendientes de los hermanos del causante.

2. Equiparación en la sucesión intestada del conviviente de hecho supérstite con el cónyuge viudo

La STC 93/2013, de 23 de abril, sobre la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las uniones estables* de Navarra declaró inconstitucional la equiparación de la pareja estable con el cónyuge viudo en la sucesión intestada por vulnerar, según el TC, el derecho al libre desarrollo de la personalidad amparado en el artículo 10.1 CE. Los argumentos esgrimidos, evidentemente, serían trasladables al resto de legislaciones autonómica y acaso bloquean la admisión de la sucesión intestada del conviviente de hecho en una eventual reforma del Cc.

Al margen de las cuestiones relacionadas con esta doctrina, criticada por bastantes autores por motivos diversos, y su obligatoriedad para otras CCAA, interesa constatar que la mayor parte de los parlamentos autonómicos con derecho civil propio, al legislar sobre parejas de hecho, decidieron equipararlas con el cónyuge viudo en la sucesión intestada.

des por perjuicio de derechos legitimarios; la Ley de 19 de febrero de 2007 instituyó la fiducia y después se han producido otras modificaciones acaso menos relevantes, como la Ley de 16 de enero de 2009 en materia de filiación, que también afectó al derecho de sucesiones, o la de la Ley de 22 de diciembre de 2014.

En concreto, así se hizo con anterioridad a la STC 93/2013 en los derechos balear, gallego, valenciano, catalán y vasco, lo mismo que sucedía en Navarra. La doctrina ha criticado, como digo, los argumentos del Alto Tribunal, como se verá más extensamente en el capítulo séptimo y está pendiente cuando se redactan estas líneas la resolución del Recurso de inconstitucionalidad núm. 4522/2013, contra la *Ley 5/2012, de 15 de octubre de la CA Valenciana, de Uniones de Hecho Formalizadas* que también las equiparaba en los derechos sucesorios en el artículo 14 (suspendido en su vigencia por Auto del TC de 3 de diciembre de 2013; BOE de 14 de septiembre y de 13 de diciembre). No se sabe si el TC revisará su doctrina anterior o la confirmará en este punto concreto.

Entretanto, ha entrado ya en vigor la *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco* que, aun después de la STC 93/2013, equipara al «miembro superviviente de la pareja de hecho», tanto en el derecho de habitación *mortis causa* y en la legítima, como en la sucesión intestada, incluida la troncal; pareja de hecho que hay que entender referida exclusivamente, como establece la Disposición adicional segunda, número 1, a las *inscritas en el registro establecido en el artículo 4 de la Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho*. Merece subrayarse que la única cuestión que ha suscitado el inicio de negociaciones por discrepancias y dudas de constitucionalidad entre la Administración del Estado y la de la CA del País Vasco, ha sido el artículo 117 LDCV, sobre sucesión intestada de la CA (*Resolución de 14 de octubre de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; BOE núm. 260, de 30 de octubre de 2015*). Sin embargo, nada se ha objetado en relación con la equiparación de la pareja de hecho con el cónyuge viudo.

También se observa que la única legislación autonómica que no equiparó en los derechos a suceder abintestato a la pareja sobreviviente con el cónyuge viudo fue la aragonesa, aunque el texto de la proposición de la *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas* sí preveía dicha equiparación, en momento anterior a la reforma del matrimonio por Ley 13/2015.

Los derechos comparados recientemente reformados siguen tendencias dispares. En cuanto a los derechos latinoamericanos, en 2014 se publicó el nuevo Código civil y Mercantil de la Nación argentino, con entrada en vigor prevista para 2016, y establece una interesante distinción entre los derechos abintestato del cónyuge y los de la pareja de hecho, claramente trasladable a la doctrina consolidada de la jurisprudencia española al reconocer al miembro

supérstite de la pareja una indemnización tanto *inter vivos* como *mortis causa* para evitar enriquecimientos injustificados. Se ha reformado también el Código civil de Ecuador en 2015, con novedades reseñables, como la elevación de la edad núbil a los 18 años, bajo sanción de nulidad del matrimonio contraído con menor edad, y la equiparación de la familia generada por unión de hecho con la matrimonial, así como su consideración de estado civil que se añade a los que ya existían de casado, soltero, divorciado y viudo, siempre que se trate de unión de hecho «estable y monogámica entre dos personas mayores de edad, sin vínculo matrimonial».

La equiparación en diferentes ámbitos del conviviente de hecho (persona unida con análoga relación de afectividad) con el cónyuge se da en el ámbito del Cc. desde hace años. Ejemplos recientes de esta línea de política legislativa se encuentran en la Ley 15/2015 y en la Ley 26/2015.

En cuanto a la Ley 15/2015, de la *Jurisdicción Voluntaria*, durante la tramitación parlamentaria se presentaron bastantes enmiendas por grupos de diferente color político, que tomaban en consideración al conviviente de hecho en «análoga relación de afectividad» (las denominaciones cambian: vida marital estable, etc.) a la conyugal, para proponer reformas en algunos artículos del Cc. equiparando ambas situaciones, en algunos casos, como si en el Cc. estuvieran equiparados en la sucesión. En particular, es destacable la reforma de los dos primeros números del artículo 756 Cc. sobre indignidad para suceder y en virtud del cual se considera conducta tan indigna para suceder, causar lesiones o haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al cónyuge del causante como a la persona a la que esté unido por análoga relación de afectividad (número 1.º), lo mismo que haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual si el ofendido es el causante, su cónyuge o la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad, además de los descendientes y ascendientes (número 2.º).

Asimismo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en concordancia con los principios de la LO 8/2015, de 22 de julio, del mismo título), ha modificado varios artículos del Cc. (cambiando anteriores reformas de la Ley 15/2015); en particular, al regular en el texto del artículo 178 Cc. las excepciones a la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, se equipara al adoptado hijo del cónyuge con el de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido [art. 178.2.a) Cc.] y el nuevo artículo 177.2.1.º Cc (también modificado primero por Ley 15/2015 y después por Ley 26/2015) cuando dice que

«deberán asentir a la adopción, el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta».

Salvo error mío, es la primera ocasión en que el Cc. alude a la «ruptura de la pareja» otorgándole eficacia jurídica.

Es evidente que en las más recientes acciones legislativas del poder central al modificar el Cc. se sigue teniendo muy en cuenta la situación de convivencia análoga a la matrimonial para equipararlas, y ello sucede sin ley estatal de parejas de hecho.

3. Las reformas en la declaración de herederos abintestato

La Ley 15/2015 (LJV) ha reformado intensamente la sucesión intestada del Estado y de las CCAA al introducir la nueva *declaración administrativa de heredero* y modificar, además de los artículos 956 a 958 Cc., la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la Ley 33/2003 (LPAP), el artículo 14 LH (después, nuevamente modificado por la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*) y los artículos 55 y 56 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado. Las reformas de la LJV necesariamente provocarán la modificación de las legislaciones forales y civiles especiales, en particular el Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), tanto para la sucesión de la CA, como la del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, al que expresamente alude la LJV. El capítulo noveno está dedicado a estas materias.

IV. SOBRE LA CONVENIENCIA DE REFORMAR LA SUCESIÓN INTESTADA

Existe un cierto consenso de opinión en diferentes ámbitos jurídicos y sociales sobre la necesidad de ampliar la libertad de testar en detrimento de las legítimas y para suprimir el rígido y complejo sistema de desheredación que constriñe, según algunos exageradamente, la voluntad del fallecido². En dicho contexto de opinión, se dictó la STS de 3 de junio de 2014 (ROJ: 2484/2014, rec.

² DELGADO ECHEVERRÍA, 2006 y 2014; VAQUER ALOY, 2007; TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, 2012; CAÑIZARES LASO, 2014, pp. 247-269.

núm. 258/2014) que consideró ajustada a derecho la desheredación de dos hijos por no haber atendido a su padre, al entender que hubo «maltrato psicológico» por menosprecio y abandono familiar en los últimos siete años de vida en que, ya enfermo, el padre quedó al amparo de una hermana sin que los hijos se interesasen ni tuvieran contacto alguno con él; causa subsumible, a juicio del TS, en el artículo 853.2 Cc. Esta doctrina se consolidó en la posterior de 30 de enero de 2015 (núm. 59/2015), ponente en ambas, Excmo. Sr. Orduña Moreno.

La sucesión intestada, aplicable por falta de disposición expresa del causante o por falta de validez o eficacia de la disposición testamentaria sea por nulidad, ineficacia o repudiación de los llamados voluntariamente, también merece revisión.

El modo en que plasma en los ordenamientos jurídicos muestra generalmente el tipo de familia que prevalece en una sociedad determinada. Aunque se ha hablado mucho de la crisis de la familia, sigue siendo el núcleo social y, por pura lógica y racionalidad, los modelos de organización familiar se han de reflejar con fidelidad en el arquetipo conceptual de los llamamientos abintestato. Carecería hoy de sentido que el llamamiento a familiares se prolongase hasta el décimo grado en la línea colateral, y menos todavía que fuesen todos preferentes respecto del cónyuge viudo desconociendo el total protagonismo de la familia nuclear frente a la extensa.

Los legítimamente llamados a heredar abintestato deben ser quienes representen una clara proximidad de afectos y familiar con el causante, además del Estado cuyo llamamiento obedece a otras razones. La sociedad y los modelos familiares han cambiado mucho desde la promulgación del Cc. en 1889 y también después de la CE de 1978, y se han materializado profundas reformas del Derecho de Familia³. Como ha subrayado ROCA TRIAS, «los cambios sociales que se van manifestando deben influir en los mecanismos sucesorios»⁴. Aunque el debate se ha centrado más en la libertad de testar y las legítimas, también es pertinente en materia de sucesión abintestato. Acaso para dejar muchas cosas como están, o para reformular otras adaptándolas a nuestros días, y pensando en que habrán de plantearse con vocación de permanencia hacia futuro.

³ El legislador admite que los intensos cambios sociales han provocado, entre otras razones, las intensas reformas legales de 2015, como puede leerse en los Preámbulos de la *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* y de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

⁴ ROCA TRIAS, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO, coord. HERRERO OVIEDO, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 1265.

Por eso en este trabajo ha parecido oportuno plantear para el Cc. en el siglo XXI si el cónyuge viudo debe anteponerse o no a todos los ascendientes o concurrir en una porción con descendientes (sean o no comunes con el causante) en propiedad o en usufructo; clarificar el ámbito de aplicación del derecho de representación (que acaso si se suprimen las legítimas y los deberes de colacionar se simplifique bastante) y plantear su posible aplicación también en caso de repudiación del llamado; suprimir (o no) las restricciones que pesan para los descendientes del indigno y desheredado a tenor de los artículos 761 y 857 Cc. (siempre que se decida mantener el sistema legitimario del Cc.); prescindir acaso del derecho a doble porción por doble vínculo en la sucesión entre hermanos, todo ello intacto en la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio; aclarar si se ha de abrir o no la sucesión intestada en caso de preterición del cónyuge, punto nada claro desde la reforma del artículo 814 Cc. por Ley 11/1981; valorar la reforma del artículo 756 Cc. sobre indignidad para suceder recién aprobada por *Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*; repensar si los ascendientes deben ser legitimarios o titulares frente a la masa hereditaria de derechos de alimentos y no más; reflexionar sobre la reciente doctrina constitucional sobre parejas de hecho que posiblemente bloquea la equiparación con el cónyuge en la sucesión intestada del Cc., o replantear si la sucesión intestada en la línea colateral debe limitarse al tercer grado, como ya se propuso por algunos en la reforma del Cc. del año 1928 y parece que sigue siendo el sentir de prestigiosos civilistas prácticamente un siglo después⁵.

En este trabajo se exponen también las reformas en la regulación de la declaración de herederos abintestato, incluida la nueva declaración administrativa a favor del Estado, las CCAA y el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, introducidas por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, con modificaciones en los artículos 55 y 56 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, el artículo 14 de la Ley Hipotecaria (nuevamente retocado por Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil) y en varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Parece que no se ha tenido en cuenta para la emisión del Certificado Sucesorio Europeo, previsto en el Re-

⁵ En la reimpresión de 2015, de la undécima edición de 2012, del *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. 2, *Derecho de sucesiones*, Díez-PICAZO y GULLÓN (p. 208) afirman: «no cabe duda de que la evolución misma de la familia, su estrechamiento y sus crisis, imponen reajustes en el ordenamiento sucesorio. El más claro de ellos es la progresiva limitación del cuadro de los parientes con derecho a heredar, que hoy está colocado en el cuarto grado y que podría restringirse aún más».

glamento (UE) n.º 659/2012, que la propia administración que declare al Estado o a las CCAA sea autoridad que lo pueda expedir.

Al redactar esta monografía se pretende contribuir al debate, desde la Universidad, con aportaciones y propuestas a la espera de nuevas decisiones del legislador que adapten el Derecho de Sucesiones del Cc. a los profundos cambios sociales producidos desde su promulgación y reformas⁶.

⁶ Como indica la doctrina, para este tipo de decisiones, como para las legítimas y la libertad de testar, no solo hay que atender a la opinión de los juristas y notarios, ni las opiniones de una región deben imponerse a las de otras (MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, 2014, p. 985); lo ideal es que se tengan en cuenta las opiniones y el sentir social desde la sociedad (...) el sentir social de los sujetos y las familias (CAÑIZARES LASO, 2014, p. 269).

CAPÍTULO PRIMERO

TERMINOLOGÍA. APERTURA DE LA SUCESIÓN INTESTADA. INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN LA SUCESIÓN INTESTADA. DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO

I. TERMINOLOGÍA: PROPUESTA DE SUPRESIÓN DE LOS TÉRMINOS «SUCESIÓN LEGÍTIMA»

El capítulo III del libro III del Cc. lleva por título *De la sucesión intestada* y, sin embargo, el primer precepto del capítulo, comienza indicando *La sucesión legítima tiene lugar...*

Enseguida llama la atención al intérprete la disparidad terminológica del texto legal, pues el Cc. utiliza distintos términos para referirse al mismo tipo de sucesión. Alude a «sucesión intestada» en el epígrafe del capítulo III del título III del libro III y en los artículos 609, párrafo segundo, 770, 914 y 942. Se refiere a «heredar abintestato» en los artículos 744, 954, 1009, 1022. Desde la reforma por Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), el artículo 1008 ya no alude a «heredar abintestato» ni los artículos 1011 y 1014 aluden al juicio «abintestato», dada la supresión de la competencia de los jueces para tramitar la declaración de herederos abintestato¹.

¹ Desde la entrada en vigor de las reformas del año 2015, como se verá en el apartado IV, la competencia para la tramitación de la declaración de herederos abintestato es de los notarios, para la de parientes, cónyuge y convivientes de hecho, y de la propia Administración pública para el llamamiento al Estado y CCAA (también del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza), al haberse dado nueva regulación a los artículos 956 a 958 Cc., a la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas [a estos dos textos por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria LJV], a los artículos 55 y 56 de la Ley 1862, del Notariado (Disposición Final 11.ª de la LJV) y del artículo 14 de la Ley Hipotecaria [LH] (última reforma hasta ahora dada por la Disposición Final Primera de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil [LCII] que ha modificado el tenor literal que le había

Otras normas también aluden a la «declaración de herederos abintestato», como los artículos 55 y 56 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, reformulado por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria [LJV] y el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, con nueva redacción tras la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil [LCJI].

En cambio, se utilizan los términos «sucesión legítima» en los artículos 144. II, 188, 912 y 981 y se alude a «herederos legítimos» en los artículos 764 y 958 y a «sucesor legítimo» en el artículo 805.

La misma terminología, «sucesión legítima», se encuentra en los artículos 20.5 de la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003* y tanto la Exposición de Motivos como en el titulillo del Capítulo I, y los artículos 4, 5.2. I, 6.1, 7.1, 15.1 y 40 del *Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, que establece el régimen jurídico de la sucesión abintestato del Estado español prevista en los artículos 956 a 958. El Reglamento de 2009 utiliza la terminología «abintestato» en los artículos 4, 5.1 y 5.2. II, 8.2. I, 9.1, 13, 14 y 15.

El nuevo texto del artículo 20.6, tras la reforma por Ley 15/2015 [LJV] alude a «sucesión legítima» de la Administración General del Estado y de las CCAA. Los nuevos artículos 20 bis.1, 20 ter.2. I aluden a «heredera abintestato» para la Administración (no el Estado), el 20 bis.6 y 8 y titulillo del 20 ter. y el 20 ter.1 y 4 y 20 quáter.4 a «heredero abintestato» para (aquí sí) el Estado. Es también la terminología utilizada en el artículo 791, 792 y 793 LEC (también modificados por Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria), aunque también utilizan la terminología «abintestato».

Las disparidades terminológicas, constatables desde la misma promulgación del Cc., ya se hicieron notar en los *Comentarios* al Cc. de los autores del QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA². Parte de la doctrina ha restado importancia a esta cuestión por considerar sinónimos los términos³. Sin embargo, CASTÁN mantuvo que la utilización de uno u otro podía influir en la propia sistemática

dado la Disposición Final Duodécima de la Ley 15/2015 [LJV]). También se han introducido modificaciones necesarias en relación con las anteriores en los artículos 790 y siguientes de la LEC, sobre intervención del caudal hereditario.

² MUCIUS SCAEVOLA, 1945, pp. 209-210.

³ VALVERDE Y VALVERDE, 1916, pp. 9-10 y 389; MANRESA Y NAVARRO, 1972, pp. 407 y ss.; BONET CORREA, 1987, pp. 110 y ss.; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 1988, p. 1211 y 1999, p. 791; LACRUZ y SANCHO-REBULLIDA, 1988, p. 575; FERNÁNDEZ URZAINQUI, 1992, pp. 778-779 y 976 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, 1995, p. 746.

de la institución⁴, y VALLET DE GOYTISOLO, que incluso podía suponer una toma de posición respecto de la concepción de la sucesión intestada⁵.

Aunque, como ha señalado VATTIER FUENZALIDA, ninguna denominación satisface plenamente⁶, la que induce a mayor confusión es posiblemente la denominación «sucesión legítima». Como apunta HIDALGO GARCÍA, se ajusta a la antigua contraposición del derecho romano entre «herederos legítimos» (aquellos que heredan a falta de testamento) y «legitimarios, aquellos herederos legítimos que puedan impugnar un testamento que les perjudica»⁷. Hoy es la más criticable dada la confusión que puede provocar con el sistema legitimario o de sucesión forzosa que el Código prevé⁸.

La Disposición adicional 23.^a de la Ley 15/2015 (LJV), que regula la sucesión abintestato del Hospital de nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, alude a «sucesión abintestato» prescindiendo de la denominación «sucesión legal» que fue elegida preferentemente por el legislador aragonés en la Ley de Sucesiones por causa de muerte 1/1999 (título VI, arts. 201 y ss.), hoy en el CDFa de 2011 (arts. 516 y ss.). La misma desarmonía se encuentra al comparar el texto de la Disposición adicional 24.^a de la Ley 15/2015 (LJV) cuando alude a la «sucesión abintestato» de las Diputaciones forales de los territorios históricos del País Vasco, al comparar con el título del Capítulo Cuarto (arts. 110 y ss.) de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

En tres legislaciones civiles forales se alude a *sucesión legal* para referirse a este tipo de llamamiento: Navarra, Aragón y País Vasco. Es una decisión razonable si se tiene en cuenta que en tales derechos está expresamente admitido el otorgamiento de pactos sucesorios además del testamento para ordenar la sucesión *mortis causa*, a diferencia del Cc. No obstante, el profesor LACRUZ BERDEJO también la consideró criticable pues «dentro de la sucesión legal se pueden incluir la sucesión forzosa o legitimaria y la abintestato, por contraposición a la sucesión voluntaria»⁹.

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, 1971, pp. 16-17.

⁵ VALLET DE GOYTISOLO, 1982, p. 1055.

⁶ VATTIER FUENZALIDA, 1991, p. 2209.

⁷ HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1019, citando a don Álvaro D'Ors.

⁸ Contrariamente, GONZÁLEZ CARRASCO afirma que «no es más correcto el término de intestada o abintestato, en cuanto que olvida tanto el principio de compatibilidad de la sucesión testada e intestada en una misma herencia (art. 658. III) como los supuestos de sucesión contractual, siquiera éstos sean muy limitados en el Derecho común» (2013, p. 1250). Más sobre la cuestión terminológica, también en los derechos civiles forales o especiales, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006 a), pp. 460-462.

⁹ LACRUZ BERDEJO, 1953, p. 154. Entiende ÁLVAREZ OLAYA (2013, p. 6665) que «toda sucesión es legal si respeta los límites dentro de los que puede operar la voluntad del testador».

Para el Cc., parece conveniente proponer la supresión de los términos «sucesión legítima» y que se aluda exclusivamente a sucesión o delación «intestada» o «abintestato»¹⁰.

II. REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 912 CC. Y CONVENIENCIA DE CLARIFICAR ALGUNOS SUPUESTOS DE APERTURA DE LA SUCESIÓN INTESTADA

Desde la promulgación del Cc., algunos autores han considerado que el texto del artículo 912 Cc. es incompleto, innecesario o ambas cosas¹¹. Es evidente que muchos de los supuestos en que proceden tanto la apertura de la sucesión intestada como la delación abintestato no se recogen y ha de hacerse una interpretación sistemática del Código para determinarlos¹². También se ha dicho que sería suficiente la fórmula del artículo 913 Cc., «a falta de herederos testamentarios»¹³ sin necesidad de mencionar los supuestos concretos. Se ha señalado que la prolijidad y el detalle al que desciende el legislador se debe a que el Cc. «parte de la base de que la sucesión intestada no tiene lugar solo cuando no hay testamento, sino incluso en los supuestos en que existiendo disposiciones testamentarias del causante válidas y efectivas, la voluntad del testador no agota de forma íntegra y total el caudal hereditario»¹⁴.

En concordancia con el artículo 912 Cc., el artículo 658 Cc. declara expresamente la compatibilidad de las delaciones testada e intestada en una misma sucesión, fundamento del derecho sucesorio del Cc. en virtud del cual se aparta de la regla del Derecho romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Es norma imprescindible para completar el conocimiento de los supuestos en que se ha de abrir la intestada. El llamamiento legal a la sucesión intestada constituye un régimen supletorio para cuando el causante no ha dispuesto expresamente *mortis causa* o no es eficaz su disposición, so-

¹⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2006 a), pp. 460-462.

¹¹ MUCIUS SCAEVOLA, 1945, pp. 209-210; VALVERDE, 1916, pp. 401-402; SÁNCHEZ ROMÁN, 1910, pp. 1641-1647; PUIG BRUTAU, 1977, pp. 400 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, 1978, p. 540; MANRESA Y NAVARRO, 1987, pp. 69-87; ROCA SASTRE, 1976, pp. 23-29; CASTÁN, 1971, pp. 81-91; SANTOS BRIZ, 1979, pp. 701-704; VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1992, pp. 485-487; VATTIER FUENZALIDA, 1991, pp. 2209-2211; GUILARTE, 1989, pp. 25-48; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, 1996, pp. 231 y ss.

¹² Se trata de un elenco no exhaustivo: GETE-ALONSO, 2011, p. 1206.

¹³ LACRUZ BERDEJO, 1973, p. 238, y 1953, p. 157.

¹⁴ Siguiendo la propia tradición histórica del *ius commune* y con absoluto olvido de la regla romana que establecía la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la sucesión intestada (*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*): LASARTE, 2011, p. 284.

lución que viene a reforzar el fundamento constitucional del derecho a heredar¹⁵.

La compatibilidad de ambos tipos de delación así como el hecho notorio de que la existencia de testamento válido y eficaz no impide una posible delación abintestato atribuyen cierta complejidad al conocimiento de las causas de apertura de la sucesión intestada. Si bien existe bastante consenso en torno a los supuestos que la provocan, sea total o parcialmente, hay algunos dudosos que acaso convendría clarificar. Son especialmente controvertidos los de preterición de legitimarios, incluida la del cónyuge viudo, especialmente desde la reforma del artículo 814 Cc. por Ley 11/1981.

El efecto de la desheredación con justa causa es la pérdida del desheredado del derecho a recibir la legítima y cualquier atribución abintestato¹⁶ así que, de por sí, no es supuesto de apertura de la sucesión intestada al no haber objeción al cumplimiento de la disposición testamentaria del causante. Cosa distinta es que proceda la apertura de la sucesión intestada total o parcialmente por haberse limitado el causante a desheredar en su testamento al legitimario, pero en tal caso, la apertura de la sucesión intestada no será consecuencia directa de la desheredación, sino más bien de la falta de disposición expresa. En su caso, si existen descendientes del desheredado que no sean, a su vez, indignos ni hayan sido también desheredados justamente, tendrán derecho a recibir la legítima «estricta» o «larga» *ex* artículos 756, 766, 851 y 857 Cc., según concurra o no con otros legitimarios y se siga una u otra interpretación doctrinal (cuestiones a que se aludirá en los capítulos cuarto y quinto). Y en este caso y respecto del resto, si no se ha dispuesto expresamente otra cosa por el causante, también se abrirá la sucesión intestada, pero tampoco será por efecto directo de la justa desheredación.

El efecto es diferente cuando existe infracción de derechos de los legitimarios por haber sido desheredados sin justa causa y por haber sido preteridos, sea o no intencionalmente. La consecuencia no será necesariamente la apertura de la sucesión intestada en todos los casos, sino que habrá que diferenciar.

Se ha señalado que «la distinción entre preterición intencional y desheredación injusta parece inútil ante el nuevo sistema jurídico implantado tras la Ley 11/1981»¹⁷. En caso de desheredación «ilegal», injusta, sin causa o con causa falsa (art. 851 Cc.) se debe reducir en lo necesario la institución de heredero para garantizar al desheredado su cuota legitimaria pero no se anula total-

¹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1250, con cita del artículo 33 CE, STC de 8 de abril de 1981. VATTIER, 1991, p. 2216. *Vid. ib.*, LÓPEZ LÓPEZ, 1994 y 2000.

¹⁶ ALGABA ROS, 2011, p. 1000.

¹⁷ RIVERA FERNÁNDEZ, 2011, p. 840; BUSTO LAGO, 2013, p. 1180, y SSTS de 5 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6889); 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 1913) y 9 de julio de 2002.

mente¹⁸. La misma consecuencia tiene la preterición intencional (art. 814 Cc.), según la doctrina dominante¹⁹. No obstante, el profesor MIQUEL considera que del artículo 851 Cc. se puede deducir que la desheredación sin justa causa tiene como consecuencia la atribución al injustamente desheredado de la total cuota abintestato, y no solo de la porción legitimaria, pues realmente esa cuantía es la que representa el verdadero perjuicio del desheredado injustamente²⁰.

Si el desheredado con justa causa y el preterido intencionalmente tienen descendientes (no incapaces ni desheredados, a su vez, con justa causa) tendrán éstos derecho a la legítima; si concurren con otros descendientes, la jurisprudencia les reconoce exclusivamente la estricta²¹ y si concurren con extraños o todos los legitimarios han sido desheredados, la legítima «larga»²², lo que también se da cuando el preterido intencionalmente era el único heredero forzoso (art. 808 Cc.)²³.

Constituye supuesto diferente el de preterición no intencional o errónea. Si la preterición errónea presupone o se concibe como un grave defecto en la formación de la voluntad del testador pertenecería, como explica el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, a la categoría del error testamentario y, por su gravedad, tendría una sanción más radical, que es la nulidad y consiguiente apertura de

¹⁸ BUSTO LAGO, 2013, p. 1181.

¹⁹ El profesor VATTIER (2010, pp. 931-932) explica el sentido de la reforma de 1981: la preocupación del legislador por si aumentaban los casos de preterición en la línea recta como consecuencia de la equiparación de filiaciones, dado que la nulidad de la institución de heredero, establecida por la redacción anterior, era una reacción excesiva.

²⁰ MIQUEL, 2014, pp. 989-993, y 2003, pp. 2352 y 2361 y ss. (donde subraya también el paralelismo del artículo 851 con el 814 Cc. cuando éste último trata de la preterición no intencional de algunos hijos»). Esta interpretación tiene indudables fundamentos de equidad pues llevaría a reparar una clara injusticia como la que se deriva del amparo por parte del ordenamiento civil de una especie de «sanción» infligida a un legitimario de conducta intachable, según el ordenamiento civil, que puede acreditar que no es cierta la conducta que se le imputa. La desheredación no solo debe contemplarse desde el punto de vista del testador y de su libertad, sino también, en un sistema en que *de lege lata* hay derecho de legítima, desde el punto de vista del legitimario. No hay razón para que el Cc. ampare una conducta, sin duda reprochable, de un testador que contra derecho (pues falta a la verdad o no se atiene a las justas causas de desheredación) restringe los derechos de un legitimario que puede acreditar que no es verdad lo que se le imputa, y que ha podido tener durante toda su vida hacia el testador una conducta intachable. Sin embargo, la razonable tesis del profesor MIQUEL, se enfrenta a la última proposición *in fine* del artículo 851 Cc.: «pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima». Parece que el Cc. contra sus propios actos, pues es muy restrictivo al regular las causas de indignidad y de desheredación, decide que el desheredado ilícitamente solo tiene derecho a la legítima (y no a la total cuota abintestato).

²¹ Para la preterición no intencional, STS 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7449) y para la desheredación injusta, SSTS de 5 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6889); 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 1913) y 9 de julio de 2002.

²² BUSTO LAGO, 2013, p. 1180.

²³ MIQUEL GONZÁLEZ, 2003, pp. 5539 y ss.; STS de 7 de octubre de 2004; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2012 (reimpresión 2015), p. 184.

la sucesión intestada, y los preteridos podrían recibir la total cuota intestada y no solo la legitimaria²⁴.

Y este supuesto no cambió en la reforma de 1981. La STS de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7408) consideró que la preterición de ascendientes (en ese caso, la madre) en el testamento de una causante fallecida sin descendencia constituía un supuesto de nulidad con apertura de sucesión abintestato conforme a los artículos 814 Cc. (anterior a la reforma de 1981, aplicable al caso en razón de la fecha de fallecimiento de la causante) y 912 Cc., al entender que la preterición fue no intencional, pues la hija no pensaba que iba a premorir a su madre y por eso no la nombró en su testamento.

Esta problemática se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia en relación con los derechos de los hijos y descendientes extramatrimoniales reconocidos tras la entrada en vigor de la CE 1978.

En el caso de declaración de filiación de algún hijo extramatrimonial del causante una vez otorgado testamento (SSTS de 31 de mayo de 2010, RJ 2010, 2653), se deben anular todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial por preterición no intencional errónea²⁵.

La SAP Asturias, Sección 4.^a, núm. 5/2014, de 9 de enero de 2014 declaró la nulidad del testamento (otorgado en 1998) del causante fallecido en 2007, por preterición de la única hija extramatrimonial, cuya filiación fue establecida por sentencia judicial firme en 2011, con la consiguiente apertura de la sucesión abintestato de todo el caudal (JUR 2014, 28410).

En general, el supuesto de preterición no intencional coincide con el de desheredación injusta efectuada por error, a la que se aplicará por analogía la regla del artículo 767.1 Cc.²⁶ y también, con el de desheredación intencional de un legitimario y errónea de sus descendientes²⁷.

La relación de la preterición y la apertura de la sucesión intestada se da en muchos casos en relación con los derechos de los descendientes extramatrimoniales, reconocidos o no, y el principio de no discriminación por razón de filiación.

También constituye supuesto controvertido la preterición del cónyuge viudo que, desde la reforma de 1981, no está expresamente previsto en el artículo 814 Cc. Con anterioridad, el párrafo segundo del artículo 814 Cc. decía: «La preterición del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código». La norma era indudablemente más clara. Después, existen opi-

²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, 2003, pp. 5374, 5373.

²⁵ BUSTO LAGO, 2013, p. 1133.

²⁶ BUSTO LAGO, 2013, p. 1181.

²⁷ BOLÁS, AAMN, 1982; BUSTO LAGO, 2013, p. 1134.

niones discrepantes. Algunos autores consideran que se debe aplicar el artículo 814 Cc. «con la consiguiente reducción de la institución de heredero, sin apertura del abintestato»²⁸, pero otros entienden que si se acredita error del testador determinante, deben resultar «ineficaces» las disposiciones testamentarias y abrirse la sucesión intestada²⁹. Así, cabría distinguir entre los supuestos de preterición intencional y no intencional, considerando que en la primera se debe proceder a la aplicación del artículo 814 Cc. y reducir las disposiciones patrimoniales del causante (institución de heredero en primer lugar, legados, mejoras y donaciones inoficiosas por orden) protegiendo la legítima, pues el supuesto se asemeja al de desheredación injusta³⁰.

Posiblemente, sería oportuno aclarar cuándo se ha de abrir la sucesión intestada en los supuestos de desheredación (848 y ss. Cc.) y de preterición del artículo 814 Cc., más que reformar el artículo 912 Cc.

La nulidad del testamento también provoca la apertura de la sucesión intestada que deberá ser declarada en sentencia firme por un juez o tribunal en vía ordinaria³¹.

Debe seguir constando en norma escrita el principio de la compatibilidad de la delación testada y la intestada en una misma sucesión del artículo 658 Cc. y, acaso sería oportuno que constase expresamente la prevalencia jerárquica de la delación testada, lo que no admite duda³² pero no dice expresamente el Cc.³³.

III. LA UTILIDAD DEL ARTÍCULO 914 CC.: INCAPACIDAD PARA SUCEDER ABINTESTATO

1. El artículo 914 Cc.

Conforme al artículo 914 Cc., «Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada».

²⁸ CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 118-119 y nota 232.

²⁹ BOLÁS ALFONSO (1982, pp. 177-228) entiende que en este caso debe aplicarse el artículo 767 (y no el 814) y, averiguada la relevancia del error, si es determinante, declarar la ineficacia de la disposición testamentaria y la apertura de la intestada. Como indica MIQUEL, el supuesto se puede dar claramente cuando un testador, en estado de soltero, instituye heredero a un hermano y después contrae matrimonio, concluye que el artículo 767 no puede entenderse limitado por el artículo 814: 2003, p. 5346.

³⁰ CALVO VIDAL, 2014, pp. 237, con cita de las SSTs de 9 de octubre de 1977, 13 de julio de 1985 y 9 de julio de 2002.

³¹ LACRUZ BERDEJO, 1993, p. 457; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1251.

³² CAMACHO CLAVIJO y DE LAMA AYMÁ, 2011, pp. 89-90.

³³ Si bien el artículo 317 CDFA tampoco lo afirma expresamente, establece una prioridad entre delaciones: primero por pacto sucesorio, después por testamento y, por último, por disposición de la ley. En derechos que admiten pacto sucesorio es imprescindible conocer la prelación entre disposiciones voluntarias, además de con la legal.

Pese a numerosas afirmaciones contrarias de la doctrina que destacan que el régimen jurídico del precepto viene ya impuesto por otras normas³⁴, se trata de un artículo oportuno, tal como están hoy reguladas las causas de indignidad para suceder, la desheredación y la preterición. Y la ubicación entre las disposiciones generales de la sucesión intestada es también un acierto³⁵.

El precepto deja claro, por si existe alguna duda, que la incapacidad para suceder por testamento rige en los mismos términos en la sucesión intestada. Como indica el artículo 744 Cc., «podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley». Dicha incapacitación incluye la indignidad, con independencia del mayor o menor acierto en la utilización en el texto legal de la palabra «incapacidad»³⁶ y de su distinción con las denominadas «incapacidades relativas»³⁷. Podrá declararse la incapacidad para suceder en la intestada por causa de indignidad que será perdonable o redimible por el causante en documento público conforme al artículo 757 Cc.³⁸ Es una fórmula acertada y que se aviene con la libertad del fallecido para decidir que le herede quien cometió graves ofensas contra él o contra los suyos. La exigencia

³⁴ HIDALGO GARCÍA, 2010, pp. 1021-1022; GETE-ALONSO, 2011, pp. 1212-1213; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1256.

³⁵ Mejor sería, indudablemente, y si se decidiera reformular las reglas del derecho de sucesiones del Código civil, incluir unas disposiciones generales o comunes a la sucesión testada e intestada, como propone GETE-ALONSO, 2011, p. 1213. En mi opinión, en un sistema de legítima material individual imperativa sería mejor diferenciar las disposiciones generales de la sucesión testada, la legitimaria o forzosa y la intestada. La incapacidad para suceder y la indignidad tienen un sentido propio en la sucesión intestada que no coincide necesariamente con las justas causas de desheredación, más todavía después de la reforma del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015.

³⁶ El propio artículo 756 Cc. dice expresamente que los indignos «son incapaces de suceder», como subraya MARTÍN MELÉNDEZ (2014, pp. 810-811), con independencia de las discusiones en torno a si el declarado indigno tiene o no delación, debate doctrinal en torno al axioma *indignus potest capere, sed non potest retinere*, sin efecto práctico alguno, como indicó el profesor ALBALADEJO (1987, t. X, vol. 1.º, pp. 198-199).

³⁷ Que se regulan en el Cc. en los artículos 752 y siguientes del Cc.: LACRUZ BERDEJO *et alter*, revista RAMS, 2004, pp. 57-58; JORDANO FRAGA, 2004, pp. 1 y ss.; GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, pp. 251-252.

³⁸ Algunos autores entienden que hay que distinguir el mero perdón de la reconciliación, pues el primero «debe ser determinado y específico, orientado hacia el acto ofensivo concreto y con intención de rehabilitar al ofensor, por lo que no basta el simple perdón general del causante hacia todos aquellos que le ofendieron, sino que para revocar la desheredación el perdón deberá materializarse realizando un testamento posterior en el que se incluya al desheredado o se remita expresamente al desheredado a través de documento público»: MARTÍNEZ GALLEGO, 2006, p. 1615, y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2014, p. 99. Sin embargo, el artículo 757 Cc. solo exige remisión en documento público posterior, y siempre que antes se haya otorgado testamento, se entiende, desheredando al indigno, sin distinguir el «simple perdón general» al que aluden ambos autores. En suma, con DÍAZ ALABART, 1991, p. 1866, cabe entender que *ex* artículo 757 Cc. se debe admitir la «rehabilitación tácita» (supuesto en que el causante instituye heredero o legatario al indigno conociendo la existencia de causa de indignidad) y la «expresa»; asimismo, cabe hacerla en testamento ológrafo; y es posible distinguir el perdón de la ofensa recibida, manteniendo las consecuencias legales, como admitió la STS de 4 de noviembre de 1904, citada por la autora.

de constancia de la remisión en documento público es asimismo garantía pertinente.

Dado que la indignidad para heredar tiene claramente su ámbito de aplicación en la sucesión intestada, convendría modificar los términos del número 4.º del vigente artículo 756 Cc. que todavía alude a *testador* y no, como debería, a *causante*.

La referencia a «causante» en el tenor literal de los números 1.º, 2.º (a *la herencia de la persona agraviada* alude el párrafo segundo) y 3.º del nuevo artículo 756 Cc. tras la reforma por Ley 15/2015 (LJV) y no a «testador», como hacían los derogados números 2.º y 3.º del anterior artículo 756 Cc. ha sido un indudable acierto. La indignidad excluye de la sucesión al indigno tanto por testamento como abintestato, como se deduce del artículo 914 Cc.

En cuanto a la desheredación, aunque tiene su campo de actuación natural en la sucesión legitimaria y en la testada, también se refleja en el llamamiento abintestato de los descendientes, especialmente cuando se aplica el derecho de representación limitando la porción que pueden recibir los descendientes del indigno y desheredado con justa causa, como se verá en los capítulos cuarto y quinto (derecho de representación y sucesión de descendientes) a los que se remite para evitar repeticiones.

2. Propuesta de armonización del artículo 745.1.º Cc. con el artículo 30 Cc.

En mi opinión, sería oportuno modificar el inelegante tenor del número 1.º del artículo 745 cuando dice que son incapaces de suceder «las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30»³⁹.

Se hubiera podido armonizar al reformar el artículo 30 Cc. la disposición final tercera de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*. Bastaría decir que son incapaces de suceder «quienes no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30», sin más. El requisito de capacidad es hoy el entero desprendimiento, con vida, del seno materno⁴⁰. Como indicó el profesor SANCHO-

³⁹ Entiendo que a tenor de lo previsto en el artículo 30 Cc. y 745.1.º Cc. el nacido sin vida es considerado «criatura abortiva» lo que resulta impreciso. Aun admitiendo que no habrá tenido derecho a heredar, no parece terminología adecuada. La doctrina entiende que «las criaturas abortivas» son aquellas que no cumplen con la condición establecida en el artículo 30, es decir, nacer con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, sin necesidad de esperar las 24 horas a que aludía la redacción anterior y eliminándose la exigencia de figura humana: TRUJILLO DÍEZ, actualiza LÓPEZ MAZA, 2013, p. 1040.

⁴⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1253.

REBULLIDA, y vale hoy la afirmación, «los supuestos enumerados en el artículo 745, más que de falta de capacidad sucesoria son de falta de existencia jurídica; no es que los excluidos aquí sean incapaces, es que legalmente no son personas»⁴¹.

3. Las causas de indignidad para suceder: reforma de los tres primeros números del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Juicio crítico

Con anterioridad a la reforma de la indignidad para suceder por Ley 15/2015, existía amplio consenso en torno a la necesidad de reformular las causas de indignidad para suceder.

El artículo 66 de la Ley 15/2015 (LJV) ha reformado los tres primeros números del artículo 756 Cc., indudablemente, los más necesitados de actualización de los siete que integran el precepto. La causa 7.^a procede de la reforma por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad⁴² y aunque en su exposición de motivos se indica que es para su aplicación a la sucesión intestada, también se aplica en la sucesión testada⁴³.

La modificación de los tres primeros números del artículo 756 Cc. no estaba prevista en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria presentado al Congreso en 2014. Se introdujo a través de la Enmienda número 407 por el Grupo Parlamentario Popular durante la tramitación parlamentaria, con la siguiente justificación: «La necesaria inclusión, como causa no ya de desheredación sino de indignidad para suceder en derecho común de la lacra de la violencia doméstica»⁴⁴.

Cabe destacar el acierto de suprimir las anteriores referencias en los números 2.º y 3.º del anterior artículo 756 Cc. a «testador». En su lugar, se alude ahora con mayor corrección a «causante» en el tenor literal de los números 1.º, 2.º (a la herencia de la persona agraviada alude el párrafo segundo) y 3.º del

⁴¹ SANCHO-REBULLIDA, 1991, pp. 1848 y 1849.

⁴² Vid. tratamiento de la reforma e impacto años después en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, dir., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

⁴³ Por todos, MARTÍN MELÉNDEZ, 2014, pp. 815-818 (donde recoge el estado de opinión favorable a esta interpretación de la doctrina).

⁴⁴ Enmiendas en BOCA núm. 112-2, 22 abril 2015. Refiere GARCÍA RUBIO (2011, p. 635) que el Gobierno ya había anunciado anticipadamente esta reforma.

nuevo artículo 756 Cc. tras la reforma por Ley 15/2015 (LJV). La imprecisión anterior permanece en el número 4.^a del mismo artículo.

Para la reforma se ha seguido en cierta medida el modelo de los artículos 7 bis y 69 bis de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, introducidos por Ley 3/2009, de 27 de abril y en el artículo 412.3 del CCC.

3.1 AMPLIACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL ANTERIOR SUPUESTO DE ATENTADO EN EL NUEVO ARTÍCULO 756.1.º Cc.

Conforme al artículo 756.1.º Cc., es incapaz de suceder por causa de indignidad, «El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes».

Recoge, pues, tres conductas: atentado, lesiones con pena grave y ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar.

La primera causa de incapacidad por indignidad es la de atentado que antes recogía el número 2.º con menor precisión (permanece como causa de desheredación de ascendientes y cónyuge con la misma orientación anterior en los arts. 854.3.º y 855.4.º Cc.). En la Ley 15/2015 (LJV) se amplía tanto su ámbito objetivo como el subjetivo de aplicación y se reformulan sus términos precisando la necesidad de sentencia firme condenatoria. Se sustituye la terminología «testador» por «causante», más correcta y se ha suprimido el párrafo segundo.

Con anterioridad a la reforma por Ley 15/2015, el número 2.º decía en su párrafo primero que era indigno para suceder «El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Y en el párrafo segundo, que «Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima».

La doctrina no tenía opinión unánime en relación a si era imprescindible sentencia condenatoria firme de carácter penal [lo que exige expresamente el art. 412.3, letras a) a e) CCC]⁴⁵. El artículo 756.1.º Cc. no requiere expresamente pronunciamiento por juez o tribunal penal, pero la exigencia de «sen-

⁴⁵ DÍAZ ALABART (1991, p. 1864) recogía el estado de la cuestión: algunos autores opinaban que era necesaria condena en juicio penal y otros, como ALBALADEJO, LACRUZ, DÍAZ ALABAR, que no lo que permitía declarar la indignidad por el juez civil tanto en caso de reconocer los hechos voluntariamente el indigno como en el supuesto de estimarlo el juez civil.

tencia firme por haber atentado contra la vida», puede imposibilitar al juez civil que haya de declarar la indignidad de apreciarlo sin sentencia firme previa y no se entiende que pueda dictarla juez o tribunal que no sea de la jurisdicción penal. Lo mismo cabe decir de la exigencia de «pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar». La referencia en el texto del artículo a «condena en sentencia firme» y a «pena grave» llevan a que el juez civil no pueda apreciarlo sin previa condena penal.

Pero, además, queda fuera del ámbito del precepto la resolución judicial que adopte una «orden de protección» por violencia de género. Las competencias de los Juzgados de Violencia contra la mujer no van más allá de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, etc. (art. 44 de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, que adicionó un artículo 87 ter a la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*) y para dictar la orden de protección a una víctima de violencia de género prevista en el artículo 87 ter.3.d) LOPJ y en la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*. Es muy dudoso que pueda considerarse sentencia firme condenatoria a los efectos del artículo 756.1.º Cc.

Y ello con independencia de que la orden de protección pueda «suspender» (no privar de, como exige el art. 756.2.ºIII Cc.) la patria potestad (art. 65 LO 1/2004).

Después de la reforma de 2015 se pueden hacer críticas análogas a las que expuso la doctrina en relación con la exigencia de sentencia condenatoria penal cuando señalaba «la nula capacidad de apreciación sobre la conducta del presunto indigno del juez civil encargado de declarar la indignidad»⁴⁶. A pesar de la grandilocuente *Justificación* de la Enmienda 407, para desheredar con justa causa no es necesaria sentencia condenatoria penal firme (853.2.ª; 854.3.ª y 855.4.ª Cc.) y, en cambio, para que pueda ser declarada la indignidad para suceder abintestato, sí.

Con ocasión de la reforma por Ley 15/2015, y como también sucedió cuando se introdujo la causa 7.ª por Ley 41/2003, resulta una clara descoordinación con las causas de desheredación, en particular, con los artículos 853 y 855 Cc.

⁴⁶ GARCÍA RUBIO, 2011, pp. 632-633.

Al margen de lo dicho, la causa de indignidad para suceder por atentado contra el causante y de su cónyuge, descendientes o ascendientes permanece, ahora en el número 1.º del artículo 756 Cc. y se han incorporado otras modificaciones que analizaremos separadamente: supresión del párrafo segundo del anterior artículo 756.2.º Cc., modificaciones terminológicas (más precisas y adecuadas) y ampliación objetiva y subjetiva de los supuestos que constituyen causas de indignidad para suceder.

3.1.1 *Supresión del párrafo segundo del anterior artículo 756.2.º Cc.*

El anterior párrafo segundo decía que «Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima». El profesor MIQUEL dedujo que esta norma incluía un supuesto específico de desaparición completa de la legítima, por su gravedad y, en consecuencia, los descendientes del declarado indigno por esta causa en concreto no podían recibir ni siquiera la porción legitimaria⁴⁷. Esta conclusión no fue mayoritaria y se señaló la posible desarmonía que provocaba con la situación de quienes hubiesen sido desheredados en el mismo caso⁴⁸. Es posible que en apoyo de la tesis del profesor MIQUEL se pueda subrayar que en supuestos tan graves y que probablemente incidirán en la relación y convivencia futura de toda la familia, sea muy verosímil que el causante ya no tenga relación alguna con la descendencia del indigno.

La ausencia de trato familiar es causa de desheredación en derecho catalán y hay doctrina que propone *de lege ferenda* su introducción en el Cc.⁴⁹. No obstante, el artículo 451-17.2.e) CCC exige que la ausencia de relación familiar sea exclusivamente imputable al legitimario⁵⁰. No hay que olvidar que el propio Cc. admite la trascendencia y el derecho del menor a comunicarse con sus abuelos (arts. 94.II y 160 Cc.) objeto de la reforma del Cc. por *Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Cc. y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*. Y, a mayor abundamiento, la

⁴⁷ MIQUEL, 1994, pp. 1275-1276; basaba su argumentación en lo injusto de permitir a los descendientes de quien cometiese un acto tan grave, recibir los bienes del fallecido que finalmente incluso podrían ir a parar, por vía de donación o incluso herencia, al autor de la muerte del causante, cónyuge, descendientes o ascendientes.

⁴⁸ ALGABA ROS (2002, pp. 148-149) subrayó la paradoja que en tal caso se producía con el artículo 857 Cc. al no prever lo mismo para los descendientes del desheredado que hubiese incurrido en la misma causa (art. 854 Cc.).

⁴⁹ PÉREZ ESCOLAR, 2014, pp. 1140-1142; BARCELÓ DOMÉNECH, 2015, p. 10.

⁵⁰ FARNÓS AMORÓS, 2014, pp. 453 y ss.; BARCELÓ DOMÉNECH, 2015, pp. 8-10, con cita de SAP Barcelona de 30 de abril de 2014 (ROJ SAP B 3359/2014) que interpreta el alcance de la falta de relación familiar en el derecho catalán.

tendencia de la doctrina es precisamente contraria a que la estirpe del indigno y desheredado deban sufrir en la sucesión intestada las restricciones de los artículos 761 y 857 Cc., como se verá más adelante⁵¹.

En el nuevo artículo 756.1.º Cc. se ha suprimido el anterior párrafo segundo del artículo 756.2.º Cc., y acaso ahora no existen los obstáculos del texto derogado, por lo que parece defendible que los descendientes del indigno puedan recibir, al menos, la legítima, al no haber norma que lo impida, lo mismo que los descendientes del desheredado por incurrir en la misma causa (art. 857 en relación con los arts. 853.2.ª –pues parece más grave atentar contra la vida que maltratar de obra o injuriar gravemente de palabra–, 854.3.ª y 855.4.ª Cc.).

3.1.2 *Descoordinación con las causas de desheredación de los artículos 853 a 855 Cc. por motivos similares*

Las causas de indignidad para suceder constituyen causas de justa desheredación, como indica expresamente el artículo 852 Cc. Como consecuencia de la reforma de los tres primeros números del artículo 756 Cc. en la Ley 15/2015, existe descoordinación con las causas de desheredación. En particular, el artículo 853 Cc., al regular las justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, considera que lo son las de los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 756 Cc., además de haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente y también haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra, pero no alude expresamente al número 1.º Y, además, la remisión expresa a la causa 2.ª carece de sentido por su orientación actual.

Se da un *lapsus* similar al de la reforma por Ley 41/2003 (LPPD) cuando no se extendió el catálogo del artículo 853 Cc. al número 7.º del artículo 756 Cc. agravado por la exclusiva referencia en la exposición de motivos a la aplicación en la sucesión intestada, si bien, la doctrina considera que «la omisión debe ser integrada por vía analógica en el ámbito de aplicación de desheredación fundada en la negativa a la prestación de alimentos»⁵².

Todas las conductas tipificadas en el nuevo artículo 756.1.º Cc. han de considerarse justas causas de desheredación, haciendo una interpretación adecuada de lo que no es sino un *lapsus* del legislador. No hay datos que lleven a pensar que el legislador ha pretendido que no sea así. Y lo mismo cabe decir,

⁵¹ De cuya defensa es exponente considerando incluso que tiene argumentos a favor su aplicación *de lege lata*, CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 128 y ss.

⁵² BUSTO LAGO, 2013, p. 1183.

incluso más claramente, en relación al artículo 855 Cc. que alude a las justas causas para desheredar al cónyuge. Las conductas tipificadas en el nuevo artículo 756.1.º Cc. se aplican al cónyuge (más claramente incluso que para el resto de posibles damnificados), que es legitimario en el Cc. (a diferencia de la persona «unida con análoga relación de afectividad»).

Existen otras descoordinaciones entre las causas de indignidad y las de justa desheredación además de las imprecisas remisiones a numeración de otros preceptos. Con la regulación resultante de la reforma de la Ley 15/2015, para ser indigno para suceder al causante es necesario haber sido condenado en sentencia firme por las conductas que tipifica el artículo 756.1.º (atentar contra la vida, causar lesiones graves o haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar). En cambio, para desheredar a los hijos y descendientes basta con haber «maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra» al testador (art. 853.2.ª)⁵³. Incluso después de la consolidación del giro jurisprudencial iniciado en la STS de 3 de junio de 2014 (consolidado con la de 30 de enero de 2015) sobre el artículo 853.2.ª Cc., basta el maltrato psicológico para que concurra justa causa de desheredación⁵⁴, pero la misma conducta no impedirá heredar abintestato si el causante no lo prevé expresamente (otra cosa es que la desheredación por dicha causa pueda llegar a tener eficacia en la sucesión intestada, privando al desheredado de la total cuota abintestato).

Este giro jurisprudencial ha tenido impacto entre los Notarios (quienes tienen atribuida la competencia para la declaración como herederos abintestato de todos los descendientes, ascendientes, cónyuges, parejas de hecho y parientes colaterales: arts 55 y 56 de la Ley del Notariado tras la reforma por Ley 15/2015) y se ha llegado a recomendar que se solicite del Notario otorgamiento de acta de notoriedad, prevista en el artículo 209 del Reglamento Notarial, para acreditar que la relación con el desheredado es inexistente y que éste le ha abandonado y maltratado psicológicamente⁵⁵. La exigencia de sentencia condenatoria firme en el nuevo artículo 756 Cc. y la necesaria interpretación restrictiva de las causas de indignidad para suceder llevan a pensar que no tendrá repercusión si el presunto indigno para suceder se opone o niega que sean ciertos los hechos aducidos y la imputación de maltrato psicológico.

En consecuencia, cabe pensar si el derecho a suceder abintestato después de la reformulación de las causas de indignidad para suceder por Ley 15/2015

⁵³ Para desheredar en virtud de la causa del artículo 853.2.ª Cc. no es imprescindible condena en sentencia firme, ni tampoco había que entender que los malos tratos e injurias debían constituir conductas tipificadas penalmente (GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, pp. 1183-1184).

⁵⁴ BARCELÓ DOMÉNECH, 2015, *l.t.*,

⁵⁵ CARRAU CARBONELL, 2015, p. 7.

es mayor o está más protegido por la norma civil que el derecho a la legítima, pues es más fácil privar de la legítima que de la cuota abintestato. Pensando en el supuesto de haber otorgado el causante testamento en el que se limite a desheredar a uno de sus hijos por haber atentado contra él (incluso habiendo sido condenado el hijo en sentencia penal firme), si después, se averigua que pudo haber connivencia en el atentado de otro de los hijos que pudo acaso ser un cooperador necesario (o facilitar a su hermano el arma con la que se llevó a cabo el atentado fallido sabedor de la finalidad que se pretendía), pero no llegó a ser condenado en sentencia firme penal por tales hechos, no se dará la causa de indignidad para suceder del hijo cómplice, y si se abre la sucesión intestada, tendrá derecho a heredar la total cuota abintestato.

Dicho de otro modo, ¿constituye la reforma de la indignidad una manifestación del reconocimiento por parte del legislador a un mayor ámbito de la libertad del causante testador permitiéndole desheredar más fácilmente que cuando se trata de incapacitar por causa de indignidad, en que la norma exige mayores requisitos? Creo que la respuesta afirmativa es la correcta. En definitiva, el testador puede desheredar tanto por las causas de indignidad para suceder como por las que añade el artículo 853.2.^a Cc. (teniendo en cuenta la doctrina consolidada en las SSTs de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015 en relación al art. 853.2.^a Cc.) siendo de mejor condición el llamado abintestato cuando el causante no ha dispuesto *mortis causa* que el legitimario desheredado por incurrir exclusivamente en conducta subsumible en el artículo 853.2.^a Cc. Y la misma conclusión cabe sostener en relación con la causa 3.^a del artículo 854 Cc. para la desheredación de ascendientes y con las causas 1.^a y 4.^a del artículo 855 Cc. para el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.

Es deseable que en una eventual reforma se clarifiquen estas relevantes cuestiones y se corrijan las descoordinaciones que se dan incluso en las remisiones a números de artículos.

3.1.3 *Ampliación objetiva a otras conductas relacionadas*

En la reforma se ha seguido la tendencia de derechos como el catalán⁵⁶ y balear⁵⁷, al incluir expresamente como causa de indignidad para suceder, no solo haber sido condenado en sentencia firme por atentar contra la vida, sino

⁵⁶ Artículo 412.3 CCC.

⁵⁷ La Ley 3/2009, de 27 de abril, de modificación de la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento reformuló las causas de indignidad para suceder y desheredación introduciendo los nuevos artículos 7 bis y 69 bis en la Compilación para su apli-

también haber sido condenado a pena grave por haber provocado lesiones al cónyuge premuerto. En esos dos derechos también se priva de la herencia intestada a la pareja de hecho, llamada en el mismo lugar del cónyuge.

Se advirtió con anterioridad a la reforma de la Ley 15/2015 que la ampliación de la extensión de la indignidad a otros supuestos, no solo al de homicidio o asesinato del causante, sino también a otro tipo de lesiones especialmente graves, se reclamaba para el Código civil al haber sido saludada por la opinión pública, pues con ella la violencia doméstica y la violencia de género se explicitaban como causa de indignidad sucesoria, tal como se reconoce en el Preámbulo del Libro IV CCC; pero también se llamó la atención, con toda razón, sobre la remisión que en estos supuestos existe en sentido técnico al CP donde se contienen los tipos delictivos de las correspondientes rúbricas, lo que significa que las modificaciones en el CP pueden ocasionar modificaciones en los delitos mencionados y modificaciones impensadas en las causas de indignidad⁵⁸.

En la redacción actual del artículo 756.1.º Cc. están incluidos, además del atentado contra la vida, otras dos conductas: «haber sido condenado a pena grave por haber causado lesiones» y «haber sido condenado por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar» a las personas que refiere (círculo familiar del causante además de él).

Por lo que respecta a esta última, el texto del artículo 756.1.º Cc. parece tener presente el artículo 173.2 del CP, procedente de la Ley 11/2003, reformado por Ley 5/2010 y nuevamente reformado por LO 1/2015.

La exigencia de «condena a pena grave» en relación con la conducta tipificada en el CP (al que parece reenvía el artículo 756.1.º Cc.) y de sentencia

cación a la sucesión intestada y para cuyas reglas el derecho balear remite al Cc. (son también aplicables supletoriamente para los demás casos, según los números 4 de los dos nuevos artículos).

Desde entonces, en Derecho balear son indignos para suceder los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes; los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes; los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor o discapacitado causante de la sucesión; los condenados por sentencia firme a pena grave contra los deberes familiares en la sucesión de la persona agraviada; los que hayan acusado al causante de delito para el que la ley señale pena grave, si es condenado por denuncia falsa; los que hayan inducido u obligado al causante a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias, o le hayan impedido otorgarlas, modificarlas o revocarlas y los que destruyan, alteren u oculten cualquier disposición *mortis causa* otorgada por el causante.

El artículo 412-3 CCC regula las causas de indignidad de modo similar. Las dos primeras proceden de la Ley 25/2010, del Libro segundo del CCC, relativo a la persona y la familia y las demás, de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto, relativo a las sucesiones.

⁵⁸ GARCÍA RUBIO, 2011, p. 634.

firme, puede ser obstáculo para su aplicación en los supuestos en que se haya dictado orden de protección a una víctima de violencia de género de las previstas en la *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, LOPJ* y en la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*. Inequívocamente, el artículo 756.1.º Cc. exige sentencia firme condenatoria a pena grave.

De la lectura de la *Justificación* de la Enmienda cabía esperar mayor audacia del legislador. La referencia a la necesidad de «habitualidad» en el ejercicio de la violencia física en el ámbito familiar, así como lo que constituye indudablemente un reenvío en blanco a tipos penales no parece un acierto.

Como indica el artículo 173.3 CP, «para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Ejercer violencia física por una sola vez debería ser bastante para incapacitar por causa de indignidad al que la inflige respecto del causante, pues cabe el perdón del indigno. Y con mayor motivo que se haya dictado una orden de protección, aunque luego caduque. Hay que insistir en que el causante puede rehabilitar al indigno. Las de indignidad no constituyen sino causas relativas para suceder y no absolutas. El causante es libre de perdonar, pero la norma debería reflejar con mayor nitidez el reproche social que merece cualquier tipo de maltrato físico o psíquico sobre cualquiera de las personas a que alude el precepto, y plasmar la «tolerancia cero» a que se alude con tanta insistencia desde todas las instancias y que se debería reflejar rotundamente en toda acción legislativa y en cualquier ámbito, también al reformular el Código civil en materia de sucesiones, aunque se haya hecho en una Ley de Jurisdicción Voluntaria.

No se alcanza a entender por qué ha de recurrirse a los criterios y tipologías del CP para tipificar ciertas causas de indignidad para heredar. La ley civil debería regular estas cuestiones con independencia de la norma penal porque la *ratio* y finalidad no coinciden y la naturaleza de ambas sanciones tampoco tiene parangón.

Al margen de lo indicado, extramuros del Cc., se encuentran ciertas concordancias con las causas de indignidad para suceder. La Disposición final décima de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, ha introducido cuatro nuevos artículos, 179 ter,

quáter, quinquies y sexies, en el *Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio*, para excluir del derecho a prestación de muerte y supervivencia a los condenados por sentencia firme por la comisión de delito doloso de homicidio contra la víctima que fuese sujeto causante de la prestación, salvando el derecho de orfandad de los hijos, si procediere. Constituyen medidas complementarias a las previstas en la Disposición adicional primera de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

3.1.4. *Ampliación subjetiva: «persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad»*

El nuevo artículo 756.1.º Cc. prevé que las conductas tipificadas constituyan causas de indignidad para suceder cuando se lleven a cabo no solo respecto del causante, su cónyuge, descendientes y ascendientes, sino también respecto de la «persona a la que el causante esté unido por análoga relación de afectividad», con lo que se produce una ampliación subjetiva respecto de la regulación anterior.

La fórmula utilizada, criticada por imprecisa⁵⁹, coincide con la de los nuevos textos del artículo 177.2.1.º Cc., relativo a las personas que deben asentir a la adopción, y del 178.2.a) Cc., que alude a la subsistencia de vínculos jurídicos del adoptado con la familia del progenitor, ambos tras su reformulación por *Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. El 178.2.a) alude también a «pareja» (creo que es la primera vez que el término aparece en el tenor literal del Cc.) y el 177.2.1.º parece equiparar como causas que excluyen la necesidad del asentimiento a la adopción, la separación, el divorcio legal y la ruptura de la pareja que conste fehacientemente⁶⁰.

Es también la orientación del artículo 47.3 Cc. tras la reforma por *Ley 15/2015*, al disponer que no pueden contraer matrimonio entre sí «Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o *persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*» [subrayo].

⁵⁹ En referencia a la misma mención en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aunque aludiendo a la misma fórmula: ZARRALUQUI, 2015, p. 3.

⁶⁰ La norma dice: «2. Deberán asentir a la adopción. 1.º El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta».

Coincide asimismo con el artículo 173.2 CP que castiga al que «habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Aunque el artículo 173 fue modificado por LO 5/2010 y por LO 1/2015, la referencia a la persona unida por análoga relación de afectividad procede de la reforma del CP por LO 11/2003.

Hay que entender que la relación se dará por mera convivencia de hecho (con independencia de la orientación sexual) que podrá acreditarse también mediante la constitución de pareja conforme a las legislaciones autonómicas si no ha cesado la convivencia, pero que no es imprescindible (la constitución de pareja estable o como se denomine en cada caso por las legislaciones autonómicas, a efectos de la indignidad para suceder, es sencillamente un medio de prueba de la unión por análoga relación de afectividad a la conyugal). Todas las tipologías de convivencia están incluidas, con independencia de las dificultades de prueba.

Es discutible si el supuesto puede interpretarse con el artículo 173.2 CP y entender que también se da la causa de indignidad cuando se lleven a cabo tales conductas con el «ex cónyuge» o la «ex pareja de hecho», supuestos que el CP contempla (piénsese en la posibilidad de declarar indigno para suceder a un hijo que haya causado lesiones graves a la ex pareja sentimental del padre, causante de la sucesión). La *ratio* puede coincidir pero la interpretación restrictiva que se impone en las causas de indignidad para suceder, lo dificultan.

Se esté o no de acuerdo con la decisión de política legislativa y aun con las dificultades de prueba de la convivencia, la norma está correctamente formulada: hay indignidad para suceder al causante que sea conviviente extramatrimonial (necesariamente entonces en el Cc. en caso de sucesión testada) si se le causaron malos tratos o las demás conductas tipificadas en el artículo 756, 1.º y 2.º, y hay también indignidad para suceder al causante (aquí por testamento y abintestato) si se maltrató a su pareja de hecho, a su cónyuge, a sus descendientes y/o a sus ascendientes.

De admitirse el llamamiento abintestato del conviviente extramatrimonial («persona unida por análoga relación de afectividad») en el mismo lugar del cónyuge en el Cc., los números 1.º y 2.º del artículo 756 Cc. servirían claramente para regular la indignidad para suceder de tales personas.

3.1.5 Falta de referencia a «hermanos del causante» en el artículo 756 Cc.

Aunque los hermanos del causante convivan en el domicilio con él, la norma no prevé que las mismas conductas contra ellos constituyan causa de

indignidad. Sin embargo, son llamados a la sucesión intestada como parientes colaterales (hasta el cuarto grado hay llamamiento abintestato en línea colateral).

Existen argumentos para mantener que también debería ser indigno para suceder al causante el condenado en juicio por haber atentado contra sus parientes colaterales dentro del cuarto grado, como mínimo, el que haya atentado contra los hermanos del fallecido. La injusticia que supone que tenga derecho a suceder abintestato a su tío la sobrina que mató a su propio padre (hermano, a su vez, del causante) se muestra claramente en el caso resuelto por el Auto de la AP de Granada, Sección 3.ª, de 4 de marzo de 2011 (AC 2011, 1769) que subraya que la parricida era indigna para suceder a su padre, al que mató, pero no a su tío (hermano del asesinado) al que pudo heredar por derecho de representación y respecto del que no pudo ser declarada indigna para suceder. Nótese que no propongo aplicar la privación por indignidad del colateral a su correspondiente estirpe (cuestión a la que se hará referencia en los capítulos cuarto y octavo).

3.1.6 *Necesaria reforma del artículo 758. II Cc*

Tal como se ha explicado hasta ahora, para que se dé la causa de indignidad del artículo 756.1.º es necesaria sentencia firme condenatoria. Sin embargo, el artículo 758. II Cc., intacto en la reforma por Ley 15/2015 y que establece la fecha para calificar la capacidad del heredero o legatario (fecha de la muerte del causante de la sucesión) solo remite expresamente a los números 2.º y 3.º del artículo 756 cuando dice que «se esperará a que se dicte la sentencia firme». La falta de remisión al número 1.º vuelve a parecer un *lapsus* cuya corrección parece conveniente.

3.2 DELITOS SEXUALES, CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: LOS TRES PÁRRAFOS DEL NUEVO ARTÍCULO 756.2.º CC.

Antes de la modificación por Ley 15/2015 (LJV), el número 1.º del artículo declaraba incapaces de suceder por causa de indignidad a «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos». Aludía a dos tipos de conductas, si bien ambas reprochables, de naturaleza claramente diferente: una el abandono y otra, la corrupción y prostitución a los hijos. Hoy se han

reformulado en tres párrafos diferentes dentro del número 2.º, siguiendo claramente el modelo de los artículos 7 bis y 69 bis de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, introducidos por Ley 3/2009, de 27 de abril y en el artículo 412.3.e) del CCC.

3.2.1 *El artículo 756.2.º, párrafo primero, del Cc.: reformulación de los antiguos delitos sexuales*

Conforme al nuevo artículo 756.2.º I Cc., es incapaz de suceder por causa de indignidad, «El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes».

Se pueden hacer consideraciones análogas a las ya hechas en relación a la exigencia de condena en sentencia firme que pueden dejar fuera del ámbito de aplicación supuestos en los que haya existido, por ejemplo, prescripción del delito contra la libertad e indemnidad sexual, lo que resulta a todas luces injusto.

Ello al margen, se ha producido también ampliación del ámbito objetivo y subjetivo en relación con la figura derogada.

En cuanto a la corrupción, y aunque se dudaba de su significado exacto puesto que el mismo precepto recogía también la prostitución de los hijos, el texto derogado había recibido críticas de la doctrina por referirse solo a los «padres» cuando este tipo de conductas es igual de execrable para cualquier ascendiente respecto de descendientes de grados más alejados que los hijos y, en general, se podría añadir que respecto de cualquier pariente. Se dijo que el autor de este tipo de acciones debería ser indigno para suceder a cualquier miembro de la estirpe del agraviado⁶¹ y, acaso, a cualquier miembro de toda la familia con derecho a heredar abintestato (al menos, sobrinos y tíos). Sin embargo, al ser la indignidad materia sancionatoria y de aplicación restrictiva en el ámbito civil, esta interpretación era difícil *de lege lata*⁶². Por ello, y *de lege ferenda*, el profesor ALBALADEJO había propuesto que las conductas del número 1.º constituyesen causas de indignidad para suceder no solo a todos los parientes del causante, sino incluso a su cónyuge⁶³. La jurisprudencia no admitió

⁶¹ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, p. 416.

⁶² DÍAZ ALABART, 1991, p. 1864; GARCÍA RUBIO, 2011, p. 633.

⁶³ ALBALADEJO, Comentarios Edersa, X-1, p. 211.

la referida extensión: STS 26 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2394). Incluso se afirma que no cabe la ampliación de las causas de indignidad o su aplicación analógica a conductas que puedan ser más graves que las previstas en el artículo 756 Cc.⁶⁴

Los delitos contra la integridad moral a que alude el artículo 756.2.º I están tipificados en el artículo 173.1 CP y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los artículos 178 y siguientes CP.

Con anterioridad, el texto legal no requería condena penal. Ahora se exige expresamente sentencia firme condenatoria en todos los tipos, en todas las causas de indignidad tipificadas en el artículo 756.2.º I, lo que en algún caso, como se ha indicado, puede resultar particularmente injusto.

En cuanto a los sujetos, son indignos para suceder los agresores sexuales tanto a los directamente ofendidos (causante) como si han llevado a cabo tales conductas en relación con algún miembro del círculo familiar próximo del causante (en este caso, no ofendido en su persona directamente pero sí al haberlo sido algún miembro de su familia) y está incluida la persona unida por análoga relación de afectividad.

La reforma de esta causa tiene impactos en la desheredación al ponerla en relación con los artículos 853 a 855 Cc., dada la exigencia de sentencia condenatoria penal firme que ahora es deducible del artículo 756.2.º I Cc. En coherencia con la interpretación que mantenemos en el sentido de que se ha producido con la reforma de la indignidad por Ley 15/2015 una ampliación de la libertad del testador para desheredar deducible de la conexión entre el artículo 756.1.º y las causas de desheredación, el testador debería poder desheredar al legitimario que incurriese en tales conductas sin necesidad de sentencia condenatoria firme «por delito». La despenalización de las faltas operada en la reforma por LO 1/2015 del CP influye asimismo en la configuración de la causa de desheredación en conexión con la de indignidad para suceder. Tratándose de este tipo de conductas no debería existir obstáculo para desheredar con justa causa en el caso de haber prescrito el delito o la pena o no haber, por la causa que sea, condena en sentencia firme, si se puede acreditar de algún otro modo (informes periciales médicos, psicológicos, etc.) la concurrencia de tales comportamientos. Si para desheredar en virtud de la causa del artículo 853.2.ª Cc. es bastante el maltrato psicológico, con mayor motivo deberían ser justas causas para desheredar este tipo de conductas. La cuestión es compleja y el legislador ha optado por la seguridad jurídica, acaso evitando la posible indefensión del acusado falsamente, pero la experiencia demuestra que

⁶⁴ TRUJILLO DÍEZ, actualiza LÓPEZ MAZA, 2013, p. 1056.

este tipo de abusos en el ámbito familiar quedan muy habitualmente sin posibilidad de castigo penal, aunque dañan irreversiblemente a la víctima.

3.2.2 *Delito contra los derechos y deberes familiares y privación de la patria potestad: antiguo abandono de familia. Concordancia con el Código Penal*

Con anterioridad a la reforma por Ley 15/2015 (LJV), el artículo 756.1.º Cc. aludía al «abandono» y no había opinión unánime en relación a si se refería exclusivamente al de menores sometidos a patria potestad y a incapacitados o si era extensible a mayores de edad, al no distinguir expresamente la norma⁶⁵.

El nuevo artículo 756.2.ºII alude a «delito contra los derechos y deberes familiares». Es indigno para suceder por causa de indignidad, «el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada». Y la indignidad se produce en concreto respecto de la persona agraviada, pero no si la conducta se ha producido respecto de otras personas del círculo familiar próximo del causante.

Conforme al nuevo artículo 756.2.ºIII del Cc., es causa de indignidad «haber sido privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo». Aquí también la indignidad se declara exclusivamente en relación con el agraviado.

Parece que ha de incluirse en el párrafo II del artículo 756.2.º todo el conjunto «de los delitos contra los derechos y deberes familiares» del capítulo III, título XII, libro II del CP, artículos 223 a 233, que incluyen tanto el «quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio» (sección 1.ª), «la sustracción de menores» (Sección 2.ª, art. 225 bis) y «el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección» (Sección 3.ª), rúbrica modificada por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo* (BOE 31 de marzo), en vigor desde el 1 de julio de 2015. No solo pues se han de incluir, entiendo, las conductas tipificadas en el artículo 226 CP. Se exige sentencia firme condenatoria por tales delitos contra derechos y deberes familiares.

⁶⁵ GARCÍA RUBIO, 2011, p. 632.

El párrafo tercero del artículo 756.2.º Cc. también considera indigno al «privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo».

La privación de la patria potestad se regula en los artículos 170 y siguientes del Cc., modificada en algunos aspectos por la Ley 26/2015 (arts. 172 y 239 Cc.). Habrá que entender que es necesaria sentencia firme de privación, sin que baste la mera suspensión, lo que parece una decisión un tanto tibia del legislador, a la vista de los nuevos supuestos legalmente previstos en la LO 8/2015, en el ámbito de la violencia de género⁶⁶.

Y a las causas de privación de la patria potestad y de remoción del ejercicio de tutela y acogimiento familiar previstas en el Cc., habrá que añadir los supuestos de los artículos 153.1 y 2; 171.4, 5 y 6; 172.2 del CP (todos redactados según la *LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*), así como el supuesto del artículo 226.2 CP cuando prevé que «el juez o tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

3.3 CAUSA 7.ª DEL ARTÍCULO 756 Cc. Y DEBERES DE ALIMENTOS

Al margen de lo dicho, el resto de conductas tipificadas en el artículo 756 son graves y deben seguir constituyendo causas de indignidad para suceder, incluso ampliándolas a otras. En concreto, la del número 7.º introducida por *Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, debería generalizarse a todos los llamados abintestato obligados a prestar atenciones debidas, en particular, alimentos *ex* artículos 142 a 144 Cc. y no solo, como prevé el artículo, tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad.

No prestar alimentos, estando obligado, a cualquiera de los parientes, debería ser causa de exclusión de la sucesión intestada, salvo remisión o perdón por el propio causante que es libre de decidir.

⁶⁶ La Disposición Final 3.3 de la Ley Orgánica 8/2015 ha modificado el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* al prever que el juez pueda suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. La norma se dicta para suspender la patria potestad y tutela pero para los supuestos en que la violencia se haya infligido contra personas diferentes a los propios sometidos a la patria potestad y tutela. Por ello tiene sentido que la suspensión a que alude el precepto no constituya causa de indignidad para suceder a dichas personas. Cosa diferente es que se pueda aplicar el artículo 756.1.º Cc. y se declare indigno al condenado por violencia de género contra el ascendiente del sometido a patria potestad o tutela.

3.4 DENUNCIA FALSA: ARTÍCULO 756.3.º Cc.

Finalmente, el nuevo artículo 756.3.º Cc. actualiza la causa de indignidad por denuncia falsa adecuadamente pues la derogada, claramente obsoleta⁶⁷, todavía aludía a la «pena de presidio», inexistente desde hacía años en el CP: «3.º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa». Alude también correctamente a «causante» y no a «testador», si bien, ya había que entenderlo así con anterioridad⁶⁸.

Los requisitos para que se dé la causa de indignidad son: a) acusación de delito para el que la ley señala pena grave y b) condena del indigno por denuncia falsa.

Con anterioridad, se hacía referencia a «acusación calumniosa». Ahora no se exige, así que basta con haber acusado de cualquier delito con pena grave al causante y ser condenado por denuncia falsa para que se dé la indignidad.

El delito de «acusación y denuncia falsas» está regulado en el artículo 456 CP, según redacción por LO 1/2015. La condena por denuncia falsa requiere sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo del juez o tribunal que haya conocido de la infracción imputada. El hecho puede ser perseguido previa denuncia del ofendido pero también deben proceder de oficio contra el denunciante o acusador el juez o tribunal que haya conocido de la infracción imputada y aprecien indicios bastantes de la falsedad de la imputación.

3.5 RECAPITULACIÓN

Pese a ser indiscutibles algunos aciertos de la reforma del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015 (LJV) suscita algunas dudas interpretativas que deberían resolverse.

Hay que valorar en primer término si puede resultar más oportuna una regulación de las causas de indignidad para suceder exclusivamente referidas a la sucesión abintestato, con independencia de que pueda decidirse que constituyan también justas causas de desheredación (ello si se decide mantener la legítima). No parece adecuado incorporarlas a unas posibles disposiciones comunes a las sucesiones testadas, legitimarias o forzosas y abintestato. Los grupos de llamados no coinciden y la *ratio* de los llamamientos a la legítima y a

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, 2011, p. 635.

⁶⁸ TRUJILLO DíEZ, actualiza LÓPEZ MAZA, 2013, p. 1058.

la sucesión intestada, tampoco. Es asimismo posible que la ampliación de la libertad de disponer del causante en detrimento de las legítimas que se reclama desde tantos ámbitos jurídicos y que está inequívocamente presente en algunas acciones legislativas recientes (Ley 7/2003 y Ley 42/2003) y en doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, en relación al art. 853.2.^a Cc.) exijan un tratamiento específico de la regulación de la indignidad para suceder que se adecue mejor a la necesidad de reproche social que merecen algunas conductas cuando se llevan a cabo sobre descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja estable y parientes colaterales y para su aplicación en la sucesión intestada. La regulación del nuevo artículo 756 Cc. por Ley 15/2015, al exigir sentencia condenatoria firme y tipificar las conductas siguiendo criterios de remisión en blanco a normas penales (exige condena a penas graves en sentencia firme), se aparta de la nueva orientación jurisprudencial del TS cuando entiende relevante el maltrato psicológico para constituir justa causa desheredación.

Así mismo, puede ser conveniente regular causas específicas de indignidad para suceder para cada uno de los órdenes y clases de llamados abintestato, esto es, para los descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales (en su caso, si fuese llamado a la sucesión intestada, a la pareja de hecho). No tiene sentido, en mi opinión, para el Estado que difícilmente puede ser considerado indigno para suceder (no se me ocurre otra causa más allá de la evidencia de conductas de incumplimiento de deberes de alimentos o de condenas penales injustas que hayan privado de libertad al causante injustamente y que se puedan acreditar por sentencia firme posterior; pero en este último caso, si bien podrá existir responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas *ex* artículos 139 y siguientes de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, es difícil considerar que existe indignidad para suceder del Estado.

Al margen de lo indicado, en una hipotética supresión total de libertad de testar y las legítimas (lo que no parece verosímil pues incluso los autores partidarios de la máxima libertad de testar entienden que existen serias objeciones derivadas de la tradición y del sentir de buena parte de la doctrina influyente⁶⁹) seguiría siendo oportuna una regulación de las causas de indignidad para suceder exclusivamente previstas para los llamamientos abintestato pues, además de atender así a la tradición, se reflejaría claramente el reproche social que determinadas conductas deben tener privando al llamado del derecho a heredar a la víctima (con indepen-

⁶⁹ DELGADO, 2006.

dencia de la posibilidad de remisión o perdón del causante, que debe seguir contemplándose, como ahora, en aras a respetar al máximo la libertad de decisión).

En cuanto al contenido material de las causas de indignidad para suceder, y a la vista del nuevo artículo 756 Cc. tras la Ley 15/2015, no parece un acierto la exigencia de sentencia firme, especialmente en el supuesto de causar habitualmente violencia física y psíquica en el ámbito familiar (art. 756.1.º Cc.) y por cometer delito contra los derechos y deberes familiares (art. 756.2.º I Cc.) sino que deberían incluirse todo tipo de malos tratos, desconsideración, insultos o vejaciones, falta de socorro y abandono así como no prestar las atenciones debidas al causante y a su núcleo familiar más próximo, incluyendo a todos los llamados a la sucesión intestada: descendientes, ascendientes, cónyuge y, como mínimo, hermanos. Todos ellos obligados a prestar alimentos en los artículos 142 y ss. Cc. (más limitadamente los hermanos). El juez civil no debería estar sometido a la necesidad de previa condena (necesariamente penal aunque no lo exprese la norma civil por las razones expuestas *supra*) por pena grave para apreciar la concurrencia de causas de indignidad para suceder en conductas tan graves.

Y lo mismo cabe decir de la causa del artículo 756.2.º I Cc. pues son muchos los supuestos en que los delitos sexuales han prescrito cuando la víctima se atreve a denunciarlos o a manifestarlos públicamente.

Una orden de protección de las previstas en la Ley Orgánica 1/2004, LOPJ y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, debería ser suficiente para considerar al autor indigno para suceder a la víctima, si es que no deja de tener derecho a ello por alguna otra razón (como separación de hecho, por ejemplo) y tanto en relación al cónyuge como a los hijos y ascendientes que puedan convivir en el domicilio conyugal. Nuevamente habrá que recurrir a la prohibición del abuso de derecho y del ejercicio antisocial (art. 7 Cc.) para remediar este tipo de situaciones.

Hay que insistir nuevamente en que la víctima es libre de perdonar y remitir la causa de indignidad (art. 757 Cc.).

Finalmente, convendría que el artículo 762 Cc. que regula la acción de cinco años desde la posesión de la herencia o legado para declarar la indignidad, dijese expresamente que la acción es de caducidad y no de prescripción, opinión mayoritaria de la doctrina aunque no unánime⁷⁰. Es imprescindible, asimismo, retocar la remisión del artículo 758. II Cc. aclarando si es o no necesario esperar a que se dicte sentencia firme en los supuestos del artículo 756.1.º Cc. pues el anterior solo remite a los números 2 y 3.º de este último.

⁷⁰ En contra se pronunció el profesor REGLERO, 2000, p. 1415.

4. Sanciones civiles del artículo 111 Cc. Relación con la indignidad para suceder

Tal como ha quedado redactada la causa de indignidad del artículo 756.2.º I Cc. tras la reforma por Ley 15/2015 (LJV), incluye la gravísima y reprochable conducta prevista en el artículo 111.1.º Cc., es decir, la condena del ascendiente «a causa de las relaciones a que obedezca la generación por sentencia penal firme», eufemismo para aludir a la condena por violación de la que se derive el nacimiento del descendiente⁷¹. El artículo 111 no exige «delito» en el tenor literal.

Además, el artículo 111.1.º la considera causa de «exclusión» de la patria potestad y demás funciones tuitivas. Hay que entender que se trata de una causa de «privación» de la patria potestad y entonces también provocará a indignidad para suceder *ex* artículo 756.2.º III Cc.

En cuanto a la sanción civil prevista en el número 2.º del artículo 111 Cc., se hubiera podido incluir entre las causas de indignidad para suceder, pues la *ratio* y régimen jurídico coinciden⁷². Merece reproche análogo oponerse al reconocimiento del descendiente respecto del que, al final, queda determinada judicialmente la filiación. Es lo que se ha propuesto *de lege ferenda* para el Código civil francés⁷³. Algunas sentencias han considerado que no se aplica extensivamente al caso de impugnación de paternidad⁷⁴ y jurisprudencia antigua consideró que no se ha de aplicar si hubo «dudas razonables» de la paternidad finalmente declarada (*ad ex*. STS 9 de septiembre de 1893). Sin embargo, existen en la actualidad razones de peso para la conclusión contraria, dada la fiabilidad acreditada de las pruebas biológicas de paternidad. Es, no obstante, razonable que no se sancione a quien se opuso a la demanda pero no a que se practiquen pruebas biológicas (STS 16 de febrero de 2012, RJ 2012, 3923)⁷⁵.

Como indica la doctrina, si el descendiente quiere puede nombrar heredero o dejar a dicho ascendiente bienes en su testamento, lo mismo que se puede rehabilitar al indigno⁷⁶. Y son causas que se aplican tanto en las legítimas (sucesión forzosa) como en la sucesión intestada. Al igual que sucede

⁷¹ Así lo interpreta la doctrina: RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, p. 1098.

⁷² Entiende que no se está ante causas de indignidad para suceder BARBER CÁRCAMO, 2011, p. 597.

⁷³ Como curiosidad, aunque en Derecho Francés no constituye causa de indignidad en ninguna de las dos modalidades de los artículos 726 y 727 del *Code*, ni de pleno derecho ni facultativa, la doctrina ha propuesto *de lege ferenda* su reconocimiento como tal por lo reprochable de esta conducta y tanto en caso de reclamación de maternidad como de paternidad: GUÉVEL, 2014, p. 36.

⁷⁴ SAT Zaragoza de 31 de octubre de 1985, confirmada en este punto por la STS de 23 de julio de 1987. *Vid. tb.* RIVERO HERNÁNDEZ, 1991, p. 436.

⁷⁵ Estado de la cuestión en la jurisprudencia, en QUICIOS MOLINA, 2013, pp. 276-277.

⁷⁶ NÚÑEZ BOLUDA, 1986, p. 722; RIVERO HERNÁNDEZ, 1991, p. 436.

cuando concurren causas de indignidad, aun acreditado el parentesco, no hay derecho a suceder abintestato en una sola dirección y exclusivamente para el sujeto que ha de sufrir tal sanción civil, pero no al revés.

En razón de todo ello, no sería desacertado incluir una nueva causa de indignidad para suceder en el artículo 756 Cc. recogiendo la del artículo 111.2.º

5. Sobre la posibilidad de «desheredar» en la sucesión intestada

No existe unanimidad sobre si puede otorgarse un testamento puramente negativo en el que solo se excluya a los herederos legales o abintestato (no a los legitimarios), a todos o a algunos⁷⁷. Se entiende que siempre que no estén incurso en causa de indignidad para suceder, pues eso sería otra cosa. Quienes lo admiten suelen hablar de exclusión de herederos legales mejor que de desheredación, por ser este término aplicable únicamente a quienes son legitimarios en el Cc.: descendientes, ascendientes y cónyuge. No se encuentran razones para prohibir al causante hacer un testamento en tal sentido ni para considerarlo inválido por tal motivo pero hay autores que entienden que, por tener su origen en lo dispuesto en un testamento, la sucesión en tal caso sería testamentaria y no abintestato. Se aludirá más adelante a esta cuestión. Basta ahora con indicar que es un claro supuesto de apertura de la sucesión intestada.

IV. DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO NOTARIAL Y ADMINISTRATIVA

1. Reformas del año 2015 en la declaración de herederos abintestato. Supresión de la declaración de herederos por auto judicial. Juicios de testamentaría

La Ley 15/2015 (LJV) ha modificado completamente el sistema de declaración de herederos abintestato. Desde el 23 de julio de 2015, fecha de entrada en vigor general de la LJV, la declaración de herederos abintestato para declarar a descendientes, ascendientes, cónyuge, persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y parientes colaterales, debe ser notarial, por acta de notoriedad. Y la declaración como heredero abintestato del Estado, de

⁷⁷ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1973, p. 242; GARCÍA RUBIO, 1989, pp. 308 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 63 y ss.; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2009, pp. 104 y ss.

las Comunidades Autónomas, del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza y de las Diputaciones Forales del País Vasco (éstas hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco a la vista del artículo 117), se debe obtener mediante declaración administrativa de heredero abintestato.

En consecuencia, ya no cabe declaración de heredero abintestato mediante auto judicial en ningún caso.

Esta importante modificación se ha llevado a cabo mediante la reforma de varios textos legales:

a) Los artículos 55 y 56 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado (Disposición Final undécima de la Ley 15/2015, LJV) que regulan el acta de notoriedad para la declaración de herederos de los parientes (descendientes, ascendientes y colaterales), cónyuge y persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. Aunque el conviviente extramatrimonial no está llamado a suceder abintestato en el Cc., sí lo es en algunos derechos forales y habrá de tenerse en cuenta asimismo su posible llamamiento cuando resulte aplicable en España Derecho extranjero que así lo prevea que, en los supuestos en que la sucesión tenga elemento transfronterizo, como se deduce del Reglamento (UE) n.º 650/2012 y la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica internacional en materia civil.

b) Los artículos 956 a 958 del Cc., sobre la sucesión intestada del Estado.

c) El artículo 20.6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como los nuevos artículos 20 bis, 20 ter y 20 quáter y las Disposiciones adicionales 24.^a y 25.^a, para la sucesión del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza y de las Diputaciones Forales del País Vasco respectivamente. Estas reformas necesariamente provocarán otras en los derechos civiles forales y especiales, en particular, en el CDFa de 2011⁷⁸ y en las normas administrativas que hasta ahora prevenían los procedimientos de adquisición de bienes por los entes autonómicos en virtud de las correspondientes cláusulas de cierre de los sistemas autonómicos de sucesión intestada. Por lo que respecta a la necesaria reforma de los artículos 535 y 536

⁷⁸ El 29 de diciembre de 2015 el Consejo de Gobierno, aprobó el texto del Proyecto de Ley de modificación de los artículos 535 y 536 del Decreto Legislativo 1/2011 por el que se aprobó el Código del Derecho Foral que será remitido a las Cortes de Aragón para su tramitación parlamentaria. En él se propone la eliminación del término «judicial» cuando, en los artículos 535 y 536, relativos a la sucesión de la CA de Aragón y al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, se hace referencia a la expresión «previa declaración judicial de herederos». La redacción actual será «previa declaración de herederos» sin más. La invasión de competencias ajenas por el legislador aragonés en la Ley 1/1999, que se advirtió sin éxito en las Cortes de Aragón es lo que ha provocado la necesidad de esta reforma.

del CDFa, acaso el problema se da por haberse invadido competencias ajenas por el legislador autonómico cuando en la Ley de Sucesiones por causa de muerte 1/1999, se introdujeron los artículos 220.2 y 221.2 que aludían a «declaración judicial» de herederos legales cuando lo fuesen la CA de Aragón y el Hospital de Nuestra Señora de Gracia (textos que se retocaron en la Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad en razón de la pertenencia del Hospital a la Diputación General de Aragón y a su falta de personalidad jurídica)⁷⁹.

d) En concordancia, se han modificado los artículos 790 a 792 de la LEC (disposición final tercera de la Ley 15/2015) que regulan la intervención del caudal hereditario y establecen reglas de formación de inventario y administración de la herencia mientras se sustancian los procedimientos de declaración de herederos abintestato. Son medidas de aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto mediante intervención judicial cuando el tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de ascendientes, descendientes o cónyuge del finado o persona que se halle en una situación de hecho asimilable, ni de colaterales dentro del cuarto grado. La norma desconoce los diferentes sistemas de llamamiento a la intestada previstos en los derechos civiles que coexisten en territorio español puesto que el llamamiento a parientes colaterales puede llegar hasta el sexto grado en Navarra y Aragón.

Regulan cuestiones similares a las del antiguo procedimiento de *prevención del abintestato* de los artículos 959 a 976 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 que fueron derogados por la LEC en 2000.

El artículo 794.4 LEC, sobre controversia en la inclusión de bienes en el inventario, ha sido modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

e) En armonía con este nuevo sistema y a lo largo del año 2015 se han producido dos reformas en el párrafo primero del artículo 14 de la Ley Hipotecaria. La primera se introdujo en la Disposición final 12.^a de la Ley 15/2015 (LJV) y la segunda y última hasta ahora, en virtud de la Disposición final 1.^a de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en

⁷⁹ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Sucesiones por causa de muerte 1/1999, el grupo parlamentario de Izquierda Unida en las Cortes de Aragón advirtió claramente del problema mediante la siguiente enmienda al Proyecto: «Es preferible dejar la determinación del tipo de declaración de herederos correspondiente a las leyes procesales. Hoy se exige que sea judicial pero mañana puede ser notarial o incluso administrativa» (BOCA núm. 222, de 20 de noviembre de 1998, enmienda núm. 352, p. 9585). Pero hay que tener también en cuenta que en ese momento resultó clarificador pues se había cuestionado por algunos, si la declaración como heredera de la CA de Aragón podía ser notarial: *vid.* otros detalles sobre estas cuestiones en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 257-258, 271 y 296.

materia civil (LCJI). El precepto en vigor establece lo siguiente: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012».

Aunque el artículo 14. I LH solo alude a la declaración administrativa de heredero abintestato del Estado, es también el título que procede para la declaración de las correspondientes CCAA. Así lo indica el nuevo artículo 20.6 de la Ley 33/2003 (LPAP), en la redacción dada por la Disposición final octava de la LJV que ha introducido también los artículos 20 bis, 20 ter y 20 quáter para establecer el régimen jurídico del procedimiento y los efectos de la declaración de la Administración del Estado como heredera abintestato y la liquidación del caudal hereditario. Para el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, la nueva disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 33/2003, introducida por Ley 15/2015 (LJV) establece que su declaración como heredero abintestato «se realizará por la Diputación General de Aragón», que es el Gobierno de Aragón. Y para las Diputaciones forales de los territorios históricos del País Vasco, la disposición adicional vigésima quinta, también introducida por Ley 15/2015 (LJV), prevé que se realice por la Diputación Foral correspondiente. Como se verá en el capítulo noveno, hay que tener en cuenta el nuevo artículo 117 de la LDCV, vigente desde el 5 de octubre de 2015 y que llama a heredar a la Comunidad Autónoma Vasca.

A pesar de lo dicho, la condición de heredero también puede ser declarada en virtud de resolución o sentencia judicial firme tras la sustanciación de proceso hereditario cuando exista contienda y litigio en relación al derecho a heredar (oposición a declaración de indignidad, discusiones sobre derechos a heredar por proximidad de parentesco, dudas en torno a la aplicación del derecho de representación o del *ius transmissionis*, etc.). La resolución judicial que se dicte en tales supuestos servirá para inscribir bienes y adjudicaciones concretas (art. 14. II LH).

Como se indicará en el capítulo noveno, la reforma de los artículos 956 a 958 Cc. y de la Ley 33/2003 (LPAP) obliga necesariamente a la adaptación del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

2. El Certificado sucesorio europeo del Reglamento (UE) n.º 650/2012: disposición final 26.^a de la LEC introducida por Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil

Cuando en la sucesión intestada de causante fallecido con domicilio (residencia habitual) en territorio español exista algún elemento transfronterizo se aplicará 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 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*, en vigor desde el 17 de agosto de 2015.

Existe, por ejemplo, elemento transfronterizo cuando fallezca con residencia habitual en territorio español un extranjero. También es transfronteriza la sucesión de un español fallecido con residencia habitual fuera de España. Y lo mismo cabe decir cuando fallezcan nacionales de estados miembros de la UE con bienes que radiquen en diferentes estados.

El Reglamento (UE) n.º 650/2012 prevé el «certificado sucesorio europeo», que viene a consistir en el «pasaporte» de los herederos en Europa⁸⁰, acredita la cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administración de la herencia en los Estados miembros de la Unión Europea (art. 63 del Reglamento). Como indica el artículo 14. I LH es título de la sucesión hereditaria a efectos del Registro. Constituye, según la doctrina, una de las reformas más importantes y relevantes del *Reglamento*⁸¹.

La declaración de herederos abintestato servirá para la obtención del *certificado sucesorio europeo* a que alude el Reglamento (UE) n.º 659/2012 en los artículos 62 a 73. Hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2015 (LCJI) distintos cuerpos de profesionales fedatarios públicos, notarios y secretarios judiciales, reivindicaron para sí ser *autoridad competente para expedir el certificado* (a que alude el artículo 64 del Reglamento UE n.º 650/2012), dato que debió

⁸⁰ CALVO VIDAL, 2015, pp. 67-90.

⁸¹ MARTÍN ROMERO, «El certificado sucesorio europeo: propuesta reglamentaria», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 73, pp. 1125-1163; RODRÍGUEZ-URÍA, 2013, pp. 8 y 47; DÍAZ FRAILE, 2014, «El reglamento sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *le rei sitiae*. Especial referencia al certificado sucesorio», *RCDI*, n.º 741, pp. 67 y ss. (número monográfico sobre Derecho privado de la Unión Europea); GÓMEZ-RIESGO TABERNERO DE PAZ y WAUTELET (dir. BONOMI y WAUTELET), 2015, pp. 599-709; PALAO MORENO, en ESPLUGUES, IGLESIAS, PALAO, 2015, pp. 559-560.

comunicar a la Comisión el Reino de España antes del 16 de noviembre de 2014⁸².

La Ley 29/2015 (LCJI) añade una Disposición Final vigésima sexta en la LEC con *Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) n.º 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 europeo*.

Conforme al número 14.1.^a, compete al Notario que declare la sucesión, o alguno de sus elementos o a quien legalmente le sustituya o suceda en su protocolo, la expedición del certificado sucesorio europeo del artículo 62 del Reglamento (UE) n.º 650/2012. Y también puede ser expedido por el Juez (números 11 y siguientes).

Dicho certificado tendrá carácter de documento público conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. El propio notario que expida el certificado sucesorio conforme al procedimiento previsto en la LCJI es competente para rectificar, modificar o anularlo, a instancia de interesado o de oficio (número 15 de la DF 26.^a LCJI). Cabe asimismo el auxilio judicial puesto que puede interponerse recurso ante el correspondiente órgano judicial por toda persona que demuestre tener interés legítimo, según lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento (UE) n.º 650/2012. El recurso será en única instancia y será interpuesto directamente ante el juez de Primera Instancia del lugar de residencia oficial del notario, y se sustanciará por los trámites del juicio verbal (número 16 de la DF 26.^a LCJI).

Así, la Disposición Final 26.^a de la Ley 29/2015 (LCJI) ha dirimido las discusiones doctrinales y zanjado varias cuestiones en torno a la competencia de los notarios para la emisión del certificado sucesorio europeo, tras el procedimiento correspondiente, así como su sujeción a las reglas de competencia del Reglamento (UE) n.º 650/2012, al discutirse si se ejercita o no una «función jurisdiccional» y había de aplicarse el citado Reglamento o las reglas del artículo 22 LOPJ⁸³. La solución legal acaso contraviene el principio de liber-

⁸² Según CALVO VIDAL, deben ser competentes los notarios (www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-112076.pdf) y, por el contrario, con base en los artículos 5 y ss. del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, CASADO ROMÁN (2013, p. 201) entiende que los Secretarios Judiciales.

⁸³ A favor de la aplicación de la LOPJ, CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, p. 61; *contra*, ESPÍÑEIRA SOTO, I, *De la Declaración de herederos abintestato, comentario a los artículos 55 y 56 de la sección 1.ª del capítulo III del Título VII de la Ley del Notariado*, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/declaracion-de-herederos-abintestato (acceso, 7/12/2015).

dad de elección de notario que rige en Derecho español, en particular, para los consumidores.

Nada indica la Ley 29/2015 (LCJI) en relación con la competencia para la emisión del certificado sucesorio europeo cuando sean declarados heredero abintestato el Estado o las CCAA, pues la Disposición final 26.^a solo alude a la competencia de los juzgados y de los notarios para la emisión de dicho documento. Sin embargo, el artículo 64 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 prevé que la competencia para expedir el certificado será, tanto de un tribunal, como de la autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*. Si el notario que emitió la declaración de herederos abintestato es el competente para emitir el certificado sucesorio europeo, las propias administraciones que emitieron la declaración administrativa de herederos, deberían ser competentes para el certificado sucesorio europeo cuando resulten serlo el Estado o las CCAA. Pero la Ley 29/2015 (LCJI) no lo prevé expresamente.

3. Derecho transitorio

Desde que entró en vigor la LEC de 1881 y hasta la reforma por *Ley 10/1992, de Medidas urgentes de Reforma procesal*, solo era posible obtener la declaración de heredero abintestato judicialmente. Desde entonces, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente artículo 979 LEC/1881, era obligatoria declaración notarial cuando los únicos herederos abintestato eran los descendientes, ascendientes o el cónyuge del fallecido⁸⁴. Los demás herederos abintestato, parientes colaterales y Estado y conforme al artículo 980 LEC/1881, debían obtener resolución judicial firme, en concreto, Auto de declaración de herederos abintestato⁸⁵.

La Ley 15/2015 (LJV) ha suprimido la declaración de herederos por auto judicial. Evidentemente, se podrá seguir declarando heredero abintestato en sentencia judicial dictada en el correspondiente procedimiento declarativo si existe contienda en relación con la sucesión del causante. En cuanto al régimen transitorio, en su Disposición Transitoria 1.^a, la Ley 15/2015 alude exclusivamente a los expedientes en tramitación para decir que seguirán tramitándose

⁸⁴ La declaración notarial era obligatoria, siendo incompetente el Juzgado para tramitarlas: AAP Madrid, Sección 19.^a, núm. 176/2010, 10 de junio de 2010 (JUR 2010, 312940); y AAP Toledo, Sección 2.^a, núm. 211/2011, 29 de julio de 2011 (JUR 2011, 349943).

⁸⁵ También para estos supuestos se ha propuesto *de lege ferenda* admitir la declaración notarial: GÓMEZ CLAVERÍA, 2005, p. 239.

conforme a la legislación anterior. Para el resto, se aplica la nueva regulación: todas las declaraciones de herederos abintestato se tramitan notarialmente, salvo la del Estado, CCAA y el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, que se declararán administrativamente obligatoriamente. Para éstas, la DT 2.^a prevé que se sigan tramitando las que ya lo estén judicialmente, pero el reparto del caudal relicto se hará de acuerdo con la legislación anterior cuando a la entrada en vigor de la Ley 15/2015 (LJV) se hubiera publicado en el BOE la correspondiente convocatoria. Las demás, se tramitarán conforme a la nueva regulación de la Ley 33/2003 (LPAP) y en los nuevos artículos 956 a 958 Cc. tal como han quedado reformados por la Ley 15/2015 (LJV).

4. Procedimiento para la declaración de herederos por acta de notoriedad

El procedimiento para la declaración de herederos por acta de notoriedad sigue rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 209 bis del RN introducido por RD 1368/1992 y modificado por RD 45/2007.

Notario hábil es, como indica el artículo 55 de la LN, según la redacción dada por Ley 15/2015 (LJV) a elección del solicitante y siempre que estuviere en territorio español, el notario competente para actuar:

- a) En el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual.
- b) Donde estuviere la mayor parte del patrimonio del causante.
- c) En el lugar de fallecimiento del causante.
- d) Un notario de un distrito colindante a los anteriores.

Y, en defecto de todos ellos, será competente el notario del lugar del domicilio del requirente.

Según la RDGRN de 22 de febrero de 1993 (RJ 1993, 10188), la declaración de justicia gratuita que pudiera ser obtenida incidentalmente en el expediente notarial de declaración de herederos debía obtenerse en vía judicial, dado que, para el reconocimiento a justicia gratuita, era necesaria tramitación de un auténtico proceso contradictorio ante los tribunales. En este momento, el beneficio de justicia gratuita en los procesos judiciales se otorga tras expediente tramitado por los Colegios de Abogados y los Colegios de Notarios están negociando para que se tramiten también por el mismo procedimiento los expedientes de justicia gratuita para la obtención de la declaración de herederos abintestato y del certificado sucesorio europeo.

En cuanto al procedimiento, se establece en el nuevo artículo 56 LN redactado por Ley 15/2015 (LJV). Se inicia a solicitud de las personas interesadas y es imprescindible acreditar tanto el fallecimiento del causante, como que no existe título sucesorio mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad o, en su caso, mediante documento auténtico del que resulte a juicio del Notario, indubitadamente, que, a pesar de la existencia de testamento o contrato sucesorio, procede la sucesión abintestato, o bien mediante sentencia firme que declare la invalidez del título sucesorio o de la institución de heredero. Los documentos presentados o testimonio de los mismos quedarán incorporados al acta.

Si cualquiera de los interesados en la declaración fuere menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal, el Notario lo comunicará al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial.

En el acta debe constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que corroboren los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende. Los testigos podrán ser parientes o afines del fallecido siempre que no tengan interés directo en la sucesión.

En el acta se hará constar la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados, así como de quienes se consideren perjudicados en su derecho. Todos podrán acudir al proceso declarativo que corresponda en defensa de sus derechos.

La doctrina de la STS de 12 de diciembre de 1904 vale aun después de las reformas en la declaración de herederos abintestato cuando afirmó que la simple declaración de heredero obtenida sin contención *no es título infranqueable para quien ostente otro eficaz en derecho al efecto de justificar una acción derivada de éste, originado a su vez en un verdadero título legal independiente de aquél*⁸⁶. Esta conclusión cabía también durante todo el período anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2015 (LJV) antes y después de la Ley 10/1992. La declaración de herederos abintestato judicial nunca tuvo efecto de cosa juzgada formal ni material⁸⁷.

⁸⁶ Jurisprudencia civil, tomo 99, n.º 94, pp. 614 a 622.

⁸⁷ En este sentido se pronunciaron las Audiencias Provinciales: AAP Castellón, Sección 3.ª, núm. 172/2010, de 27 de septiembre de 2010 (AC 2011, 25010); AAP Madrid, Sección 14.ª, núm. 42/2011, de 22 de febrero de 2011 (AC 2011, 447); SAP Córdoba, Sección 2.ª, núm. 56/2010, de 15 de marzo de 2010 (AC 2010, 2247).

Si existe contienda judicial, la sentencia que ponga fin al juicio será el título hereditario, como sucedía antes de la reforma⁸⁸, y aunque, como se ha indicado más arriba, el artículo 14. I LH no lo mencione expresamente.

La competencia territorial en los juicios sobre cuestiones hereditarias es, conforme a lo dispuesto en el artículo 52.1.4.º de la LEC, la del lugar en que el finado había tenido su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante⁸⁹.

Realizada la declaración de heredero abintestato, se podrá, en su caso, recabar de la autoridad judicial la entrega de los bienes que se encuentren bajo su custodia conforme a los artículos 790 y ss. LEC, redactados conforme a la Ley 15/2015), a no ser que alguno de los herederos pida la división judicial de la herencia (que se sustanciará conforme a los artículos 782 y ss. LEC, también modificados por Ley 15/2015).

Como se deduce del número 4 del artículo 56 LN, si transcurrido el plazo de dos meses sin que se hubiese declarado heredero a los solicitantes y sin que a juicio del Notario exista persona con derecho a ser llamada a la herencia, se remitirá copia del acta de lo actuado a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración administrativa de heredero que, a su vez, dará traslado de dicha notificación a la Administración autonómica competente cuando deba heredar la CA correspondiente y no el Estado.

5. Aspectos de la declaración de herederos abintestato como título hereditario

El llamamiento a la sucesión intestada procede de la ley directamente y tiene efectos desde el momento de la delación, que coincide en el Cc. con el del fallecimiento del causante (art. 657 Cc.).

⁸⁸ En definitiva, sigue siendo posible apreciar la existencia de tres procedimientos «a través de los cuales se puede conseguir la declaración de herederos, dos en sede de jurisdicción voluntaria y una en sede de jurisdicción contenciosa»: ÁLVAREZ OLALLA, 2013, p. 6694. Como indicaba la STS de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 10130, 1992), la declaración como heredero abintestato puede tener lugar en virtud de juicio plenario. Tras las reformas de 2015, cabe la misma afirmación.

⁸⁹ El ATS, civil, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2009 (RJ 2009, 2398) consideró que la competencia para la tramitación del expediente de declaración de herederos abintestato correspondía al Juzgado del lugar de la residencia de ancianos en que el causante vivía cuando falleció, aunque su último domicilio estuvo fijado en otra ciudad.

Aunque el artículo 958 Cc. solo exige expresamente declaración de heredero abintestato para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios, dicha declaración es el título que justifica y acredita la cualidad de heredero de cualquier llamado y es necesario para ejercitar los derechos sucesorios como tal, lo mismo que el testamento es el título que legitima para el ejercicio de los derechos adquiridos por voluntad del causante⁹⁰. La declaración de herederos abintestato no es por sí sola apta para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia mientras no se haga la partición y ni siquiera es título suficiente para reivindicar fincas; tampoco lo es el mero parentesco con el titular anterior para entender adquirida la propiedad por sucesión testada o intestada (STS núm. 481/2000, de 16 de mayo, RJ 2000, 3110)⁹¹.

Según la STS de 11 de noviembre de 1964, la declaración judicial de heredero abintestato (entonces, la única posible) no es sino el título que reconoce la verdad del llamamiento hereditario que tiene lugar *ope legis*. En el mismo sentido, RDGRN 12 de junio de 2012 (BOE núm. 178, de 26 de julio) que cita la STS de 11 de noviembre de 1964. La RDGRN de 19 de junio de 2013 (BOE núm. 180, de 29 de julio) deduce de los artículos 658 y 913 Cc. la diferente significación de la declaración de herederos respecto del testamento como título sucesorio que es al amparo del artículo 14 LH. Según su doctrina, la declaración de herederos no constituye, a diferencia del testamento, título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la ley, y solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento (FD 4).

Todos los llamados a la sucesión necesitan dicha declaración para adquirir el caudal hereditario, aunque el Cc. solo lo exija expresamente en el artículo 958 para el Estado⁹².

⁹⁰ GUILARTE ZAPATERO, 1989, pp. 49-50.

⁹¹ En el mismo sentido, Auto AP de Álava, Sección 1.ª, núm. 63/2010, de 12 de mayo de 2010 (AC 2010, 1590).

⁹² IRURZUN GOICOA criticó la RDGRN de 19 de junio de 2013 (BOE núm. 180, de 29 de julio) que declaró que, tras la repudiación por la madre del causante declarada heredera abintestato en acta de notoriedad que reconocía el usufructo por legítima de la viuda, no era necesario instar una nueva declaración de herederos abintestato para que esta última sea considerada heredera: *Función del acta de notoriedad en el abintestato (Comentario a la inquietante Resolución de 19 de junio de 2013)*, en www.notariosyregis-tradores.com. La resolución considera que no es precisa nueva declaración dado que, desde la reforma del Cc. de 2005, los hechos que privan de la sucesión intestada coinciden plenamente con los que excluyen al viudo de su condición de legitimario (FD 6), y que desde el plano estrictamente registral, nuestro sistema es el propio de un Registro de derechos y no de documentos, ni siquiera de títulos materiales; en consecuencia procede la inscripción de la escritura pública de manifestación de herencia en la que se adju-

Según la STS de 14 de marzo de 1978 (RJ 1978, 957) la solicitud de declaración de heredero equivale a la aceptación tácita de la herencia del solicitante. Sin embargo no se encuentran razones para negar al que haya sido declarado heredero a instancias de su solicitud, sea en acta de notoriedad o en auto judicial, la facultad de repudiar la herencia, como sucedió en el supuesto que refiere la RDGRN de 19 de junio de 2013, BOE núm. 188, de 29 julio, o de aceptarla luego a beneficio de inventario y no pura y simplemente⁹³. Como indica la RDGRN de 28 de junio de 2006, «el acta de notoriedad para caso de abintestato no es suficiente para acreditar su condición de heredera, pues tal calidad nace por la aceptación de la herencia». Sí es válida en cambio (y ratifica lo dicho) la aceptación tácita de la herencia realizada con anterioridad a la declaración de herederos y sus efectos se retrotraerán a la fecha de fallecimiento del causante, como indica la STS de 16 de junio de 2011 (RJ 2011, 4637).

can los bienes hereditarios al cónyuge supérstite «por título de herencia intestada» conforme al artículo 51, regla 10.ª RH.

Repudiando la madre, es cierto que pueden tener derecho a heredar otros ascendientes más alejados con preferencia al cónyuge.

⁹³ Por ello se critica el apartado 6.º del artículo 209 bis RN, dado que no puede «declarar que una persona es *heredero*, pues para ello es necesaria la aceptación»: IRURZUN GOICOA, 2007, pp. 2553 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

SECCIÓN PRIMERA. SISTEMA DE ORDEN Y GRADO: ¿DEBE SER OBJETO DE REVISIÓN?

I. LAPSUS EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 913 CC.

La primera advertencia que ha de hacerse en vistas a una posible reforma del Cc. es que faltan en el artículo 913, desde la reforma por Ley 11/1981, dos palabras imprescindibles. El texto publicado en el BOE dice: «A falta de herederos testamentarios, la ley defiere a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado». Como ha indicado la doctrina¹, faltan los términos «la herencia» por simple error que sería conveniente y oportuno subsanar.

II. SISTEMA DE ORDEN Y GRADO

1. Un sistema distinto al de legislación extramuros que reconoce derechos *mortis causa*: ¿importa?

La segunda proposición del artículo 913 Cc. menciona los grupos que son llamados a la sucesión siguiendo el sistema de orden y grado, sin seguir exactamente el orden de preferencia y jerarquía. El grado, evidentemente, solo para los órdenes de parientes (carece de relevancia para el cónyuge y el Estado).

Las modificaciones en la preferencia y configuración de los órdenes de llamados han sido pocas desde la promulgación del Cc. en 1889. El Real De-

¹ Nota al artículo 913 Cc., edición Tecnos, al cuidado de ERDOZAIN y BERCOVITZ; LASARTE ÁLVAREZ, 2011, p. 285; ÁLVAREZ OLALLA, 2013, p. 6686 y nota 1.

creto-ley de 13 de enero de 1928 limitó el llamamiento a parientes colaterales al cuarto grado (antes llegaba hasta el sexto de lo que queda una reminiscencia en el tenor del artículo 1653 sobre enfiteusis) y por Ley 11/1981 se dio preferencia al cónyuge respecto de los colaterales privilegiados (hermanos e hijos de hermanos).

El sistema vigente en el Cc. desde entonces, además de no tener parangón con otros derechos europeos como se verá en el capítulo séptimo sobre sucesión del cónyuge viudo, no coincide con modelos de legislación española que prevén derechos a favor de perjudicados por el fallecimiento de una persona. Esto último es más una constatación que una crítica pues cada sistema puede obedecer a finalidades distintas.

Como indica la STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970), el fundamento para la percepción de indemnización en ciertos supuestos como consecuencia del fallecimiento de una persona, puede ser *iure proprio*, como perjudicado y no por sucesión hereditaria². Estas consideraciones pueden llevar a declarar plenamente constitucional la discriminación entre hermanos mayores y menores de la víctima en el conocido «Baremo» que figuraba como Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (hoy derogado por Ley 35/2015, de 22 de septiembre) pues, como dijo la STC 190/2005, de 7 de julio «a la finalidad de la misma de reparar predominantemente un daño afectivo se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a percibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE)».

Paralelamente, las normas que reconocen derechos *mortis causa* a favor de determinados parientes y allegados tampoco siguen fidedignamente los criterios del Cc., por razonables que resulten, ni tienen por qué. En este sentido, la SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, núm. 230/2011, de 23 de septiembre de 2011 (JUR 2011, 364310) considera *obiter dicta* que aunque el padre pudiera estar incurso en causa de indignidad para suceder, tiene derecho a recibir la indemnización por muerte de su hijo conforme al citado «Baremo» en ese momento, el Texto Refundido 8/2004, pues lo relevante en el caso es que se esté ante un «perjudicado» (no necesariamente heredero) que pueda acreditar daño moral y ese daño moral existe con independencia del deterioro de las relaciones familiares consecuencia de la separación legal de los progenitores.

² Los límites y fronteras entre «perjudicado», «heredero» y «víctima de daño moral» son, en ocasiones, difíciles de delimitar. Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., 1997, pp. 9-39.

La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración e los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que habilitaba al Gobierno para modificar las cuantías de las tablas del Anexo (en adelante, «Baremo») ha reformulado los grupos de perjudicados con derechos *mortis causa*. Merece atención por cuanto constituye un pronunciamiento reciente del legislador, vistos modelos familiares socialmente imperantes, si bien, atendiendo a las necesidades de protección por el hecho de la muerte súbitamente acaecida y a consecuencia de accidente de circulación. Conforme al artículo 60 de la Ley 35/2015, la unidad familiar (a efectos de la ley) en caso de matrimonio o pareja de hecho estable, es la integrada por los cónyuges o miembros de la pareja y, en su caso, por los hijos, ascendientes y demás familiares y allegados que convivan con ellos. También lo es la que conlleve la convivencia de un ascendiente con un descendiente o entre hermanos. El artículo 65.2 prevé la consideración de perjudicados de los nietos en caso de premoriencia del progenitor que fuera hijo del abuelo fallecido y con derecho a percibir una cantidad fija con independencia de su edad (a diferencia de los hijos, para los que la edad es relevante, párrafo 1). El artículo 62 establece cinco categorías autónomas de perjudicados: cónyuge viudo, ascendientes, descendientes, hermanos y allegados. Tanto padres como resto de ascendientes tienen derecho a recibir indemnización (art. 64). Y en cuanto a los hermanos, merece subrayarse que el artículo 66.2 de la Ley 35/2015 equipara al de vínculo sencillo con el de doble vínculo. Tiene singular relevancia la convivencia durante cinco años (los anteriores a la muerte) por perjudicados convivientes con la víctima con relación especialmente cercana a ella en parentesco o afectividad. El miembro supérstite de una pareja de hecho estable constituida mediante inscripción en un registro o documento público o que haya convivido un mínimo de un año inmediatamente anterior a la muerte o, con período inferior, si tiene un hijo en común se equipara al cónyuge viudo en el artículo 36.2.

Sin embargo, y aun compartiendo plenamente que la sucesión en los patrimonios familiares no necesariamente debe coincidir con decisiones de política legislativa sobre protección a sobrevivientes y derechos por causa de muerte de otra naturaleza, tampoco debe renunciarse al valor del Cc. como guía y marco común de referencia para otras normas, especialmente, las de contenidos civiles.

Si bien las diferencias entre conjuntos normativos se han considerado plenamente constitucionales, jueces y tribunales, con toda razón, cuando deben interpretar las tablas del referido «Baremo», miran al Cc. buscando referencias de provecho y así, por ejemplo, el TS ha considerado que es correcto

que se asigne al viudo su cuota usufructuaria cuando el Auto de fijación de cantidad máxima subsiguiente a Sentencia absolutoria en juicio de faltas reconozca indemnización a «herederos legales del fallecido» (STS 15 junio 2006; RJ 2006, 3372). Asimismo hay abundante jurisprudencia de AAPP que, durante la vigencia del Texto Refundido 8/2004 (derogado por Ley 35/2015), utilizó el modelo del acrecimiento entre ascendientes cuando solo concurrían a recibir la indemnización el padre o la madre, aunque otras sentencias no lo aplicaron por entender que ambos derechos, sucesión intestada del Cc. y derecho a percibir una indemnización en caso de accidente de circulación, tienen finalidades distintas³.

Los principios que guían las medidas legales de protección a las familias y de asignación y atribución de derechos patrimoniales *mortis causa* atendiendo a criterios sociales en un determinado país deberían estar reflejados en el Código civil, si lo hay (esta afirmación debe matizarse por la coexistencia de derechos civiles forales y especiales que inequívocamente siguen modelos familiares diferentes en los llamamientos a la sucesión intestada, unos más tradicionales, como el Navarro y Aragonés, y otros más vanguardistas, como el Catalán). No tiene mucho sentido que no sea así y merece reflexión si los criterios más actuales de normativa redactada con mayor proximidad al momento actual deben ser incorporados al Cc.⁴.

2. Sistema de llamamiento: clase, orden y grado

El sistema de llamamiento a la sucesión intestada del Cc. permite distinguir tres categorías de herederos abintestato, cuyo título se basa respectivamente en el parentesco, el matrimonio o la nacionalidad: parientes, cónyuge y Estado⁵. Y vecindad civil, cabría añadir, para llamar a las CCAA y al Hospital

³ La SAP Tarragona, Sección 3.ª, rollo 92/2000, derivada de juicio de faltas n.º 262/98, de 1 de diciembre de 2000 cita jurisprudencia contradictoria de AAPP al interpretar el «Baremo» en cuanto al apartado «padres» del grupo IV, tabla I en los supuestos de premoriencia de uno de ellos, de modo que unas algunas sentencias estiman que el supérstite debe percibir la cantidad global establecida en dicho apartado (SSAAPP Valencia de 19 de junio de 1998; Cáceres de 2 de julio de 1998; Badajoz de 15 de julio de 1998; Zaragoza de 11 de octubre de 1999 y Asturias de 17 de abril de 2000) y otras que optan por reducir la cifra a la mitad (Córdoba de 23 de diciembre de 1996; Burgos de 26 de febrero de 1997; Cuenca de 30 de marzo de 1998; Asturias de 27 de julio de 1999 y Huesca de 17 de marzo de 1998 y 18 de enero de 2000), como finalmente falla la SAP Tarragona.

⁴ En este sentido y en relación a incluir estos criterios de legislaciones actuales extramuros en el Cc., *vid.* DELGADO, 2006, p. 118 cuando decía: «esta creencia de la sociedad debe ser atendida por el legislador».

⁵ LASARTE, 2011, p. 285.

de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza (sin desconocer las singularidades en la Comunidad Valenciana a que se aludirá en el capítulo noveno) y limitado a los conflictos interterritoriales después de la plena aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, al que denominamos *Reglamento Europeo de Sucesiones*, como se verá en los capítulos séptimo y noveno (arts. 9.º8, 14 y 16 Cc.).

Dentro de la clase de los parientes, hay tres órdenes: descendientes, ascendientes y colaterales, estos últimos, llamados después del cónyuge tras la reforma del Cc. por Ley 11/1981. Dentro de cada orden, se tiene en cuenta la proximidad de grado de parentesco, siguiendo el sistema de cómputo civil.

En los capítulos correspondientes se hará referencia a este sistema y al derecho de representación así como a la regla del duplo, que lo matizan. Dentro de cada orden rige el principio de proximidad de grado de parentesco con el causante, atenuado por el derecho de representación cuando deba tener lugar en la sucesión de los descendientes y de los parientes colaterales privilegiados (art. 921 Cc.) y siguiendo sucesión lineal o «por líneas» en la sucesión de los ascendientes. Asimismo, hay que tener en cuenta los efectos de la repudiación de la herencia diferenciando entre la repudiación de uno solo de los llamados dentro del orden correspondiente y dentro del mismo grado, que tiene como efecto la aplicación de acrecimiento entre los del mismo orden y grado (arts. 922 y 981 Cc.). También, la repudiación del único llamado de orden y grado preferente, que provoca el llamamiento al orden siguiente sin aplicación del derecho de representación (923 Cc.). Son las normas generales de ordenación de la sucesión intestada matizadas por el derecho de representación (arts. 924 a 929 Cc.) y por la aplicación, cuando tiene lugar, del derecho a doble porción por doble vínculo de parentesco (arts. 921 y 949 Cc.).

Como se verá, la indignidad de los llamados puede reflejarse en los derechos de los llamados de grado ulterior, especialmente en el llamamiento a los descendientes que son también legitimarios en el Cc., al menos es la opinión casi unánime de la doctrina fundamentado en los artículos 761 y 857 Cc.⁶

Es un sistema, en suma, que tiene en cuenta la pertenencia a la clase, y que sigue el sistema de orden y la proximidad de grado de parentesco de manera combinada (arts. 913 y 921 Cc.), sin establecer preferencias en razón de la pertenencia a parentelas más próximas al causante, como se deduce de la organización del llamamiento a los parientes colaterales, donde el sobrino nieto (cuarto grado con el causante) hereda después del tío del causante (tercer

⁶ Por todos, VATTIER FUENZALIDA, 2010, pp. 872 y 969; de opinión contraria, CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 128 y ss.

grado) aunque pertenece a una parentela más próxima (pues es nieto del hermano del causante).

Merece subrayarse, como se indicará al tratar la cuestión del parentesco y su cómputo, que cuando el Cc. alude a descendientes, ascendientes y colaterales han de incluirse no solo los consanguíneos, los biológicos, sino también los adoptivos puesto que estos últimos adquieren por completo, en virtud de la filiación adoptiva, el pleno «status familiae» que les corresponda. Lo mismo cabe decir de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, si bien, como se verá en el capítulo quinto, hasta que la filiación queda definitivamente establecida pueden surgir dudas interpretativas y desprotección en sus legítimos derechos a la sucesión.

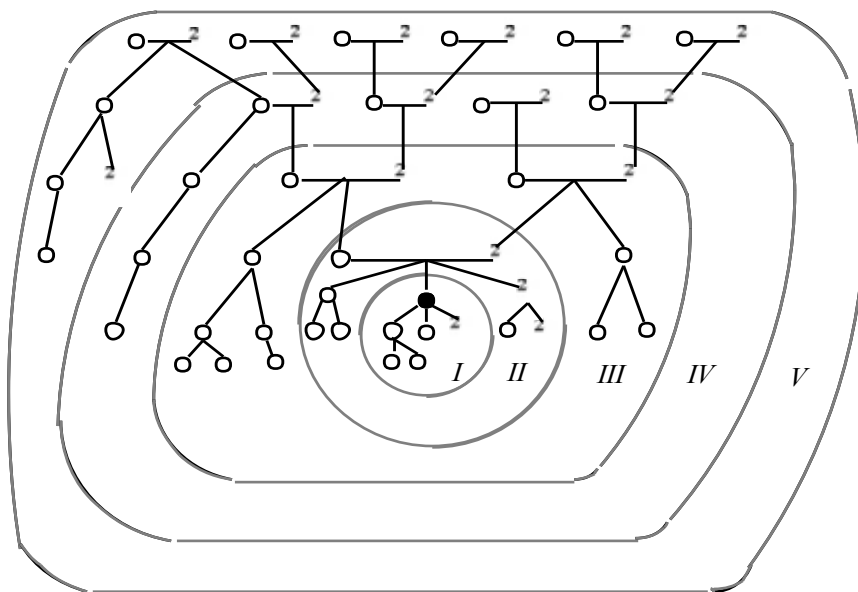
3. Sistema de sucesión inspirado en las Novelas de Justiniano. **¿Convendría otro diferente como el de llamamiento a parentelas con o sin cabeza?**

No tiene sentido plantear siquiera la conveniencia de modificar el sistema de llamamiento de orden y grado para acoger cualquier otro, por ejemplo, el de parentelas del derecho alemán. Una modificación de este tipo en el Cc. carecería seguramente de acogida, aunque el modelo germánico resulte bastante razonable y coherente en la práctica. El sistema de orden y grado, siguiendo el modelo de las Novelas 118 y 127 de Justiniano, lleva más de un siglo aplicándose, está completamente asentado y no se cuestiona. Tampoco provoca especiales problemas interpretativos.

Las modificaciones que razonablemente habría que plantear son más bien de detalle y para la adaptación a nuevas realidades sociales, especialmente las que tienen que ver con el derecho de representación, en especial, con su ámbito de aplicación; en particular, si se ha de aplicar en caso de repudiación del llamado y si se debe revisar la restricción por indignidad y desheredación en la cuota intestada que, según la mayoría de la doctrina y como se verá en el capítulo cuarto, se aplica a la estirpe en virtud de los artículos 761, 766 y 857 Cc. El sistema en vigor, como se verá en los capítulos cuarto, quinto y octavo, resulta algo incongruente y paradójico al tratar peor a descendientes del indigno descendiente que a descendientes del indigno colateral. También se propondrá que los nietos de hermanos del causante (cuarto grado colateral) que hoy heredan en el mismo lugar que los primos y tíos abuelos del fallecido (también de cuarto grado) y son postergados por los tíos del causante (tercer grado), hereden con preferencia pasando al grupo de colaterales privilegiados pues perte-

necen a una estirpe y parentela más próxima del causante que los otros. Es sencillamente una opción de política legislativa que parece más racional⁷. Y es una propuesta a mantener siempre que no se decida limitar al tercer grado de parentesco el llamamiento en la línea colateral, lo que tiene argumentos a favor⁸.

El Derecho español no es como el de parentelas de los sistemas germánicos, cuya representación gráfica, si bien existen modalidades, muestra siempre al cabeza de parentela con su respectiva descendencia. A medida que se asciende en la búsqueda de los cabezas de parentelas, va ramificándose cada grupo familiar más intensamente accediendo a parentelas más alejadas del causante.



El gráfico es de la obra de BINDER⁹, modificando una errata de la obra original. En la segunda parentela, los dos ascendientes están representados con circunferencia; deben ser una circunferencia y un número 2 (varón y mujer). En los sistemas sucesorios en los que prevalece la consideración de la parente-

⁷ Es la opción del CDFA a que se aludirá en el capítulo octavo.

⁸ Y es opinión de doctrina autorizada: Díez-PICAZO y GULLÓN, 2012 (reimpresión 2015), p. 208.

⁹ BINDER trad. LACRUZ, 1953, p. 160, figura 1.

la como eje del grupo familiar, el grado de parentesco no es relevante sino dentro de la parentela. Ello porque la pertenencia a una parentela más próxima, determina también mejores derechos sucesorios, exista o no grado más próximo del sujeto que vence en el llamamiento.

En la sucesión intestada del Cc. el concepto de parentela no es relevante. Para esta conclusión basta constatar las preferencias en el orden de los colaterales: siendo el sobrino nieto de cuarto grado, aunque pertenezca a una parentela más próxima del causante (la parentela del padre del causante, el padre del causante es el cabeza de parentela) hereda lo mismo que el primo (que pertenece a la parentela del abuelo del causante) o que el tío abuelo (que pertenece a la parentela del bisabuelo del causante).

4. Sistema personal y no real o troncal

El Cc. sigue un sistema preferentemente *personal* de llamamiento a la sucesión intestada, es decir, no atiende al posible origen familiar del patrimonio que integra el caudal relicto ni da preferencia a parientes de la línea de procedencia de los mismos en función de su proximidad con el origen de los bienes. Es una notable diferencia con otros derechos territoriales como el navarro, aragonés y vasco con sucesión *troncal*, si bien, los tres presentan tipologías y rasgos muy distintos¹⁰.

No obstante, el Cc. no desconoce completamente la troncalidad como se deduce del artículo 811, reserva troncal o lineal, y 812, reversión legal de donaciones a ascendientes, así como de las reservas de los artículos 968 y ss. Cc. Dichas normas introducen matices relevantes en el sistema sucesorio del Cc. al tener en consideración el origen familiar de los bienes para establecer llamamientos diferenciados y específicos. Incluso, en el artículo 812 Cc., con previsión expresa de subrogación real para el caso de enajenación de los bienes a terceros.

Ambos preceptos se aplican tanto a la sucesión intestada como a la testamentaria, como indica expresamente el artículo 942 Cc. No obstante, el estudio de sus antecedentes muestra que su inclusión en el Cc. obedeció a razones más bien casuísticas y no sistemáticas y terminan por incorporar una suerte de «sucesión forzosa» en ciertos bienes en relación a su origen familiar o, mejor, una sucesión completamente excepcional en un sistema, como el del Cc., que

¹⁰ Consideraciones sobre racionalidad de la troncalidad tal como está en vigor en el Derecho aragonés, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2000 a), pp. 156-200; 2002, pp. 19-64 y 2012, *i. t.*

claramente evita las vinculaciones de bienes¹¹. Los tratados suelen citar la explicación de Alonso Martínez y la justificación para incluir a última hora la reserva troncal del artículo 811 en el Código civil en 1889¹².

En general, el sistema de sucesión abintestato no considera el origen familiar de los bienes en la sucesión intestada (al margen de las excepciones indicadas); incluso en la sucesión intestada de los parientes colaterales, el artículo 950 Cc. que prevé el caso de concurrencia de medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, los llama a suceder por partes iguales, *sin ninguna distinción de bienes*, lo que conjura cualquier tipo de aplicación de troncalidad ni siquiera en presencia de hermanos de líneas diferentes, paterna y materna (lo mismo, el artículo 955 Cc. cuando para los colaterales ordinarios o no privilegiados, afirma que no se ha de distinguir entre líneas).

La sucesión troncal no es bien vista en la actualidad y suele cuestionarse incluso en territorios forales en los que ha existido una profunda tradición histórica¹³. Sin embargo, en este momento está planteada claramente en la doctrina la mejora del cónyuge viudo en los llamamientos abintestato y su anteposición a los ascendientes (sobre todo postergando a los más alejados del padre y madre del causante) y entonces se propone excluir dicha preferencia en los bienes troncales de la familia¹⁴.

Por lo que respecta a la ampliación subjetiva de las reservas hereditarias de los artículos 968 y ss. Cc., tiene renovada actualidad en atención al creciente fenómeno de las familias recompuestas o reconstituidas¹⁵ pues el Cc. impone la reserva al bínubo (al que contrae ulterior matrimonio) que recibió bienes por testamento o abintestato pero no al viudo que constituye una nueva pareja de hecho ni tampoco al miembro de la pareja de hecho que recibió bienes por sucesión *mortis causa* de su conviviente (entonces, por testamento en el Cc.) y que vuelve a casarse o a tener otra pareja. La jurisprudencia en Navarra ha ampliado la aplicación tanto del derecho de igualación de hijos de primer matrimonio como de la reserva por binupcialidad de las Leyes 272 y 274 FNN aplicando la analogía¹⁶. También el artículo 120 de la Ley 5/2015 de Derecho

¹¹ GUTIÉRREZ JEREZ, 2010, p. 928; Díez SOTO, 2011, pp. 801-802.

¹² Con detalle, LASARTE ÁLVAREZ, 2011, pp. 271-272.

¹³ MOREU BALLONGA, 2014, pp. 2160 y 2172.

¹⁴ Díez-PICAZO Y GULLÓN, 2012 (reimpresión 2015), p. 208 propugnan en caso de anteposición del cónyuge a los ascendientes en la sucesión intestada, lo que consideran procedente, que no sea así en los bienes troncales de la familia.

¹⁵ HUALDE MANSO, 2007, pp. 43-52; EGUSQUIZA BALMASEDA, 2006, pp. 9 y ss. y 28 y ss.; y 2015, pp. 39 y ss.

¹⁶ Datos y evolución jurisprudencial, en EGUSQUIZA BALMASEDA, 2006, pp. 28 y ss. y 2015, pp. 117-130.

Civil Vasco ha llevado a cabo esta ampliación subjetiva acompañando a la anteposición del cónyuge viudo (también de la pareja estable) en el llamamiento a la sucesión legal o intestada (arts. 111 y 112 LDCV).

Es razonable plantear si conviene la conservación de las reservas hereditarias en caso de anteposición del viudo en los llamamientos a la sucesión intestada. Conviene tener muy presentes las posibles ventajas y también inconvenientes, tanto de la reserva troncal del artículo 811 Cc., como de la reversión legal de donaciones de ascendientes del artículo 812 Cc., así como las reservas a favor de descendientes de familias anteriores, de los artículos 968 y ss. del Cc., por si merecen mantenerse o no. Y no parece que el reconocimiento a un mayor ámbito en la libertad de testar sea obstáculo para que se mantengan. Reservas a favor de descendientes no comunes y troncalidad rigen sin serias objeciones sistemáticas en el Derecho Navarro que reconoce amplia libertad de testar al causante¹⁷, si bien es cierto, que la doctrina refiere en ese Derecho una conflictividad creciente en relación a la reserva por binupcialidad y la necesidad de adaptación a la actual fisonomía de la familia navarra que, como también se indica, no ofrece diferencias relevantes con la vivida en el resto de España y Unión Europea¹⁸.

En los capítulos sexto y séptimo se volverá sobre esta cuestión y se harán otras consideraciones al respecto.

III. CONVIENE UNA NORMA, COMO EL ARTÍCULO 913 CC., QUE RECOJA FIELMENTE EL ORDEN JERÁRQUICO DE LLAMADOS

Al margen de lo indicado, es oportuna una norma con el sentido del vigente artículo 913 Cc. y que recoja fielmente el orden jerárquico de llamamientos, incluso con la distinción dentro de la clase de los colaterales, entre los privilegiados (hermanos e hijos de hermanos) y los ordinarios (resto de colaterales hasta el cuarto grado).

Convendría pues que dijera: «A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia, y por este orden, a los descendientes, ascendientes, viudo o viuda (en su caso, equiparando al conviviente extramatrimonial), a los colaterales, primero hermanos e hijos de hermanos y después, al resto de colaterales hasta el cuarto grado y al Estado».

¹⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2006, pp. 9 y ss.

¹⁸ EGUSQUIZA, 2015, p. 129.

**SECCIÓN SEGUNDA. PARENTESCO. CONSANGUINIDAD Y ADOPCIÓN.
RELEVANCIA DE LA AFINIDAD**

**I. EL PARENTESCO Y SU SISTEMA DE CÁLCULO DEBEN
REGULARSE, COMO HOY, EN EL CC.**

Por elementales razones de seguridad jurídica debe estar legalmente previsto el régimen completo del parentesco: tipos, nacimiento, cómputo, líneas, grados, vínculos, incluso las causas de extinción, en su caso, y efectos. También, el de las relaciones de afinidad que el matrimonio, y hoy acaso también la relación en pareja estable, pueden generar con entornos familiares.

El Cc. es el texto idóneo para establecer el régimen jurídico de las relaciones de las personas físicas con familiares y allegados, puesto que configura el *status familiae* del individuo, se considere o no estado civil. Y debería indicar expresamente que el parentesco por adopción y el consanguíneo están completamente equiparados, una conclusión deducible del artículo 108 Cc., incluso más si cabe desde la reforma del Cc. por Ley 26/2015, cuestión a la que se hará referencia en el capítulo quinto¹⁹.

No se pueden compartir las injustas críticas que recibió el Cc. recién promulgado cuando se le acusó de ser «manualito patrio para uso de adolescentes» por recoger explicación de líneas y grados, generaciones y sistema de cómputo²⁰. Fueron particularmente injustificadas pues hacía muy pocos años que el sistema de cómputo civil, hoy en vigor, había desplazado al sistema de cómputo canónico y era muy oportuno que el Cc. lo aclarase²¹. En 1889 tuvo el mérito de recoger en sus artículos 915 a 919 el sistema de cómputo que todavía hoy se aplica en las demás materias (art. 4 y 919 Cc.).

¹⁹ Vid. *tb.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2014, pp. 1-9.

²⁰ Refiere la célebre frase CASTÁN, t. I, vol. II, p. 249, nota 1. Vid. *tb.* *El Código Civil. Debates parlamentarios*, 1885-1889, ed. por HERRERO GUTIÉRREZ y VALLEJO ÚBEDA, *Estudio Preliminar* por DE LOS MOZOS, 1989, p. 1040.

²¹ El momento en que se produjo en Derecho castellano la obligatoriedad del cómputo civil y el desplazamiento del canónico no es cuestión clara. Aunque se ha afirmado que fue en virtud del artículo 2 de la Ley de 16 de mayo de 1835, de adquisiciones a nombre del Estado, conocida como Ley de Mostrencos (GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, 1852, p. 568), o desde la STS de 29 de noviembre de 1861 (SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, 1873, p. 175, nota a) publicada en *Jurisprudencia civil*, t. VI, 1861, n.º 284, pp. 702-704, parece que tuvo lugar con ocasión de dictarse dos Instrucciones para recaudar impuestos (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1875, pp. 655-657). En concreto, el RD 31.12.1829 y la Instrucción 7.3.1831 (ambas están publicadas en DE NIEVA, t. XIV, 1830, pp. 356-359 y t. XVII, 1833, Apéndice, pp. 317-334). Vid. *tb.* más extensamente, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2000 a), pp. 251-263.

Muchos y variados son los ejemplos en diferentes ámbitos jurídicos en que tienen eficacia el parentesco por consanguinidad y por adopción, así como la afinidad, y la litigiosidad que se produce en diversos ámbitos, especialmente en el derecho tributario, lleva a concluir que sigue siendo muy oportuno que el Cc. recoja expresamente el parentesco, su contenido y sistema de cómputo, indicando, como hoy, que rige en todas las materias²².

II. UBICACIÓN DEL PARENTESCO EN LA SUCESIÓN INTESTADA. MATERIA PERTENECIENTE AL *STATUS FAMILIAE* DE LA PERSONA FÍSICA Y NO SOLO A LA SUCESIÓN *MORTIS* *CAUSA*

La eficacia del parentesco no solo se da en la sucesión intestada, si bien, parentesco y sucesión abintestato están tan íntimamente relacionados que el Cc. regula aquél dentro de la Sección segunda del capítulo III, título III, libro III (*De la sucesión intestada*). Dicha ubicación se explica por la influencia del Cc. francés de 1804²³. Es imposible interpretar cabalmente los artículos 920 y ss. Cc. sin conocer el sistema de cómputo de grados de parentesco.

En realidad, los artículos 915 y ss. Cc., más que regularlo, muestran cómo se determina «la proximidad del parentesco», por eso se incluyen en la misma sección los artículos 921 a 923 Cc., principios generales que desarrollan el fundamento de la preferencia sucesoria por proximidad de grado de parentesco y el acrecimiento en la sucesión intestada en los casos de repudiación del llamado.

Lo que sucede es que, para tal fin, se acaba por regular el parentesco y su sistema de cómputo (art. 918 Cc.), que sirve para interpretar otras normas del propio Cc. (como se deduce de los artículos 4.º y 919 Cc.²⁴) y de legislación civil extramuros, y de ámbitos jurídicos diversos, como se ha indicado ya²⁵.

Son muchos los artículos del Cc. que aluden expresa o implícitamente al parentesco y en todo tipo de materias: como el 47, números 1.º y 2.º sobre impedimentos para contraer matrimonio; 109.2 en filiación; 143 y siguientes sobre alimentos entre parientes; 181. II (modificado por Ley 15/2015) y 182, entre otros, en la regulación de la ausencia; 234, sobre nombramiento de tu-

²² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2014, pp. 1-9.

²³ GUILARTE ZAPATERO, 1989, p. 81.

²⁴ Conforme al artículo 919 Cc., el cómputo civil explicado en el artículo 918 Cc., «rige en todas las materias». Es norma concordante con el carácter supletorio del Cc. previsto en el artículo 4.º.

²⁵ Administrativo, laboral o social y penal, financiero y tributario, etc.

tor; 646 en la regulación de donaciones; y a lo largo de casi todos los artículos sobre sucesiones, no solamente en la sucesión intestada (912 a 955), sino también en la testada (art. 770, entre otros). También la enfiteusis (art. 1653).

Y no solo existen normas que aluden al parentesco y su cómputo en el Cc. Sin ser exhaustivos, cabría citar el artículo 16.1.f) LAU; los artículos 23, 180.1.4.^a y 314 del Código Penal; normativa laboral como el Estatuto de los Trabajadores, el artículo 5.1 de la Ley de 19 de mayo de 1994 de *Medidas urgentes de fomento de la ocupación*, el artículo 3 de la Ley de 23 de marzo de 1995, sobre permiso parental y por maternidad; el artículo 4 de la Ley de 5 de noviembre de 1999, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE n.º 266, de 6 de noviembre), que reformó el artículo 46.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Hay también ejemplos en normas que regulan los permisos de funcionarios por maternidad, como el artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

Constituyen también ejemplos paradigmáticos las normas sobre causas de abstención, recusación o incompatibilidad de quienes ostenten cargos públicos, funcionarios o que pretenden ejercer servicios públicos, tanto de ámbito estatal (art. 219 LOPJ; 102 del Reglamento Hipotecario; 28.2.b) de la Ley 30/1992, *de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*) como autonómico (art. 6 Ley de 1 de agosto de 1994 de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que regula el Estatuto Regional de la Actividad Política; BOE núm. 252, de 21 de octubre). Y las hay tanto de rango legal como reglamentario (art. 80 del Real Decreto de 16 de febrero de 1996 del Ministerio de Justicia e Interior [BOE n.º 53, de 1 de marzo de 1996] que establece el Reglamento Orgánico de los oficiales, auxiliares y agentes de la administración de justicia, regula la incompatibilidad por parentesco o matrimonio de tales funcionarios, concordante con el artículo 391.1 LOPJ para jueces y magistrados), o el artículo 5.1.d). II del Código de conducta y buenas prácticas del ICO (Instituto de Crédito Oficial) aprobado el 24 de febrero de 2012 y el artículo 23 de la Ley 40/2015, *de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*.

Es en derecho fiscal y tributario, que prevé exenciones por parentesco en distintos impuestos, donde la falta de concreción de estas materias provoca abundante litigiosidad y resoluciones de signo contrario, amén de que hoy no coinciden las legislaciones autonómicas en aspectos fundamentales del régi-

men jurídico de la afinidad, como por ejemplo, si se extingue o no por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo o por divorcio²⁶.

La relación de parentesco configura el *status familiae* del individuo y se origina con ocasión del nacimiento y filiación de la persona física, sea consanguíneo o por adopción. Y parece oportuno que se regule en el Código civil, como se ha entendido en otros derechos extranjeros²⁷.

III. ES CUESTIÓN RELATIVA A LA APLICACIÓN Y EFICACIA DE OTRAS NORMAS A EFECTOS DEL ARTÍCULO 149.1.8.^a DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Con argumentos atendibles, se ha defendido que la regulación de los vínculos de parentesco es competencia exclusiva del Estado central por incardinarse en las materias «relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», reservadas, con celo, al legislador estatal. Y que también debe tenerse en cuenta el artículo 149.1.1.º CE que garantiza las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales²⁸.

La íntima relación entre parentesco y sucesión intestada permite apreciar conexión suficiente entre instituciones para desarrollar derechos civiles forales y especiales, ello al margen de la nueva orientación de la doctrina constitucional sobre el artículo 149.1.8.^a CE plasmada en las SSTC 81/2013 y 93/2013 sobre parejas de hecho que parece ampliar competencia a cualesquiera materias exceptuando estrictamente las reservadas en exclusiva al poder central. No obstante, la acción legislativa de las CCAA con derecho civil propio debería guiarse por otros criterios, además de la competencia y conexión suficiente en aras a una mejor y más sostenible coexistencia de ordenamientos civiles²⁹.

²⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2014, pp. 1-9.

²⁷ En MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006, p. 458 se hizo referencia a la Ponencia de la Directora Ejecutiva de la Comisión para la reforma del Cc. de Puerto Rico (ponencia de 25 de octubre de 2005) que proponía trasladar los preceptos sobre parentesco (arts. 878 a 883) al Borrador del Libro Segundo *por tratarse de normas que regulan, en general, las relaciones jurídicas familiares y no solo los derechos a la sucesión* (<http://www.cocigocivilpr.net>). En Cataluña, se regula el parentesco (idénticamente al Cc.) en la sección correspondiente a la sucesión intestada. El vigente CCC, como hicieran los artículos 324 y 325 del derogado Código de Sucesiones y con anterioridad los artículos 4 y 5 de la Ley de Sucesión Intestada de 1987, contiene normas sobre el parentesco en los artículos 441-3 y 441-4 con redacción no exactamente coincidente con el Cc. aunque el régimen jurídico es igual.

²⁸ IMAZ ZUBIAUR, 2011, p. 1258.

²⁹ *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2014, pp. 1-9.

La falta de armonía entre sistemas no solo procede de acciones legislativas en el ámbito civil. El artículo 12.7 de la *Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas* que ha modificado el artículo 133-4 del TR 1/2005 del Gobierno de Aragón en materia de tributos cedidos, establece que: «A los efectos de aplicación de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre sucesiones y Donaciones, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexa, salvo que hubiere segundas nupcias». Forzosamente, el nuevo matrimonio del viudo generará nuevas afinidades. Cuando se preparaba la *Ley 1/999 Lsuc.*, hoy en el CDFA, se planteó en el seno de la Comisión asesora que redactó el anteproyecto la posibilidad de regular el parentesco copiando literalmente los artículos del Cc., pero finalmente no se hizo. La regulación distinta viene en este caso desde otro ámbito del poder legislativo autonómico y se atiene tanto al sistema de fuentes como al principio de competencia constitucional y estatutaria. Pero no se puede negar el sinsentido de que dependa de cada legislación autonómica si se extingue o no la afinidad en caso de fallecimiento o divorcio del cónyuge que sirve de nexa, aunque sea a efectos tributarios o de pago de impuestos.

El sistema de cómputo del Cc., por lo demás, sirve sin problemas para su aplicación en sistemas forales de troncalidad. La STSJ País Vasco, sala de lo civil y penal de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/7074) cita y aplica expresamente los artículos 915 a 918 Cc. para computar el parentesco troncal, por entender que a ellos remitía la Disposición Final 2.^a de la Compilación, aplicable al supuesto en razón del derecho intertemporal o transitorio.

IV. SOBRE EL PARENTESCO

1. Sistema civil de cómputo de grados de parentesco: artículo 918 Cc.

Aunque el Cc. no lo indica expresamente, sigue el sistema de cómputo denominado civil, históricamente contrapuesto al canónico. Hoy se utiliza en todos los ámbitos³⁰.

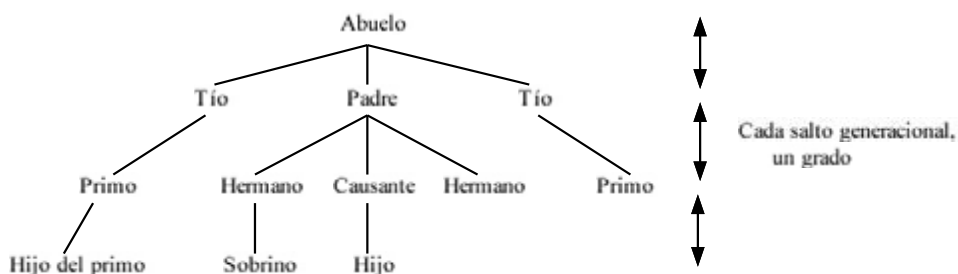
Los dos sistemas más tradicionales para computar el grado de parentesco, aunque no los únicos, fueron el canónico o germánico y el civil o romano. Ambos llevan a idéntica solución para el cómputo en la línea rec-

³⁰ Como en la sucesión en títulos nobiliarios: artículo 5.º del RD de 11 de marzo de 1988, número 222/1998 del Ministerio de Justicia, de Títulos Nobiliarios y grandezas (BOE de 18 de marzo).

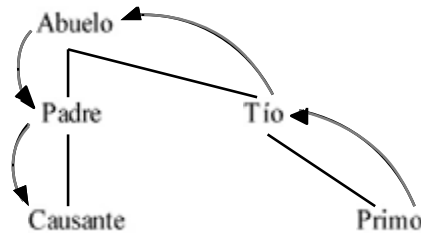
■ LA SUCESIÓN INTESTADA: REVISIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y PROPUESTA DE REFORMA

ta descendente y ascendente, pero son muy diferentes para el cómputo en la línea colateral, transversal u oblicua, que de las tres maneras se puede denominar.

En el cómputo canónico o germánico se cuenta en la línea colateral solamente el número de generaciones de la rama más larga o de una cualquiera de las ramas si son iguales, o sea, que para conocer la distancia entre dos parientes colaterales se cuenta el número de generaciones que alejan a ambas de su ascendiente común más próximo. Así el hermano dista de su hermano un grado (sólo hay una generación con el ascendiente común más próximo que será el padre o la madre o ambos); el tío (del causante) con su sobrino (hermano del causante o el causante mismo) dista dos grados o está en segundo grado de parentesco; el tío con el hijo de su sobrino dista tres grados y así sucesivamente. Un primo del causante está en segundo grado de parentesco con él, puesto que dista del ascendiente común más próximo (que es el abuelo), dos generaciones.



En el cómputo civil o romano, explicado en los artículos 918 Cc. y 441-4 CCC, hay que *subir* desde uno de los dos parientes colaterales, entre los dos cuyo grado de parentesco se trata de averiguar, hasta que se encuentre el primer ascendiente común de ambos y después bajar hasta el segundo pariente colateral. Cada salto generacional es también un grado, pero, puesto que hay que contar los saltos *de subida* y los *de bajada*, el número de grados de parentesco se duplica en relación al cómputo canónico. Así, los hermanos distan entre sí dos grados; el tío con su sobrino dista tres; los primos tienen entre sí cuarto grado de parentesco (su más próximo ascendiente común será su abuelo) y así sucesivamente. Un primo del causante está en cuarto grado de parentesco con él, según el cómputo civil.



Existen otros sistemas de cómputo de grado de parentesco³¹.

El cómputo de parentesco es cuestión bastante clara en la jurisprudencia aunque existen pronunciamientos judiciales por cálculos hechos incorrectamente por los litigantes. La STS, Sala c-a, sección 7.^a, de 8 de marzo de 1990 (RJ 1990/2008) explica cómo entre tío y sobrino hay más de dos grados de parentesco y la de la Sección 4.^a de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992/2491) corrige las manifestaciones de las partes por decir que entre sobrino y tío hay cuatro grados, cuando son tres.

2. Líneas y grados de parentesco

Conforme a lo dispuesto en el artículo 915 Cc., cada generación forma un grado y, según los artículos 916 y 917 Cc., la línea de parentesco está formada por la serie de grados; esto es, el conjunto de los grados compone la línea, o sea, el conjunto de generaciones sucesivas dentro de una familia, de una parentela o de una estirpe determinada.

En el artículo 916 Cc. se distingue entre línea directa y línea colateral. Los artículos 917 y 918 Cc. denominan línea recta a la directa y el 917 Cc. diferencia dentro de ella la descendente y la ascendente. La línea directa está constituida

³¹ ROGUIN (1908, pp. 240-241) alude a un curioso sistema de cálculos expuesto en el siglo XIII por BEAUMANOIR, que recuerda al que FICKER encontró en *l'ancien droit germanique*, que consideraba de primer grado con el causante al hijo, al padre, al hermano y al tío; en el segundo, al nieto, al abuelo, al sobrino y al primo hermano; en el tercero, al bisnieto, al bisabuelo, al hijo del sobrino y al hijo del primo hermano, siguiendo un sistema de círculos concéntricos en que a igual grado, el ascendente excluía al colateral —el padre eliminaba al hermano, siendo los dos de primer grado; el abuelo excluía al tío y así sucesivamente—. PLANITZ aludió a un sistema similar de círculos concéntricos aplicado en derecho germánico antiguo y en la Edad Media en los Derechos Sajón y Frisio (1957, pp. 281-283, 345-350 y *Apéndice*, p. 384). GOODY recogió otros (1986, pp. 187-201) con explicaciones sobre los grados prohibidos por la Iglesia para contraer matrimonio entre parientes. Existen derecho que siguieron un sistema de cómputo de parentesco para los impedimentos matrimoniales y otro distinto para la sucesión o las causas de recusación de jueces y funcionarios. Sobre sistema de cómputo civil y canónico de grados de parentesco, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 251-280; IMAZ ZUBIAUR, 2011, pp. 1252-1257.

por la serie de grados entre personas que descienden unas de otras (art. 916 Cc.). Dentro de ella, la descendente une al cabeza de familia con los que descienden de él y la ascendente liga a una persona con aquellos de quienes desciende (art. 917 Cc.). La línea recta ascendente puede ser materna o paterna³².

En cuanto a la línea colateral, también denominada oblicua o transversal, está constituida por el conjunto de personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común (art. 916 Cc.) o, lo que es igual, que tienen entre sí algún ascendiente común (sea dicho ascendiente más o menos alejado). El tipo de parentesco en línea colateral no tiene distinciones (a diferencia de lo que sucede con la línea recta que puede ser ascendente o descendente; y aunque se hable de los denominados «colaterales-ascendientes» –tíos y tíos abuelos– por contraposición a «colaterales-descendientes» –sobrinos, sobrino nietos, etc.–). La referencia al «tronco común» es pertinente; la representación del parentesco colateral evoca un árbol genealógico. De cada ascendiente surgen ramas distintas encabezadas por cada uno de sus descendientes. La ubicación del individuo dentro de cada rama configura su posición en la familia de referencia.

La utilización de un determinado sistema de cómputo de parentesco no es casual sino que refleja el arquetipo de familia en la mente del legislador, especialmente para los llamamientos abintestato, y en general, el protagonismo en cada sociedad de un modelo familiar determinado.

3. El cómputo civil rige en todas las materias: artículos 919 y 4.3 Cc.

Existe abundante jurisprudencia de distintas jurisdicciones (penal, social, de lo contencioso-administrativo) que *ratio decidendi* aluden a cuestiones sobre el parentesco por consanguinidad (también a la afinidad) y que han elaborado un tejido doctrinal con expresa referencia a los preceptos del Cc. Es lógico pues, conforme al artículo 919 Cc., el sistema de cómputo del artículo 918 Cc. rige en todas las materias, consecuencia asimismo del carácter supletorio del Cc. en el derecho común *ex* artículo 4.3 Cc.³³.

En este sentido, se afirma que el vínculo de parentesco únicamente se da entre personas físicas y no entre personas jurídicas: en este sentido, SSTS, Sala

³² La sentencia de la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1992/10280) aplicó el artículo 917 Cc. para mantener que la línea descendente une al cabeza de familia con los que descienden de él, sin restricción alguna, no solo con los hijos, sino también con los demás descendientes.

³³ GULLÓN BALLESTEROS, 1991, t. I, p. 31.

de lo Social de 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997/952, de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998/3724) y 10 de abril de 2000 (RJ 2000/2764)). También, que el parentesco es una relación bilateral, simétrica o recíproca: SSTS, Social, de 18 de febrero de 1998 (RJ 1998/2209) y de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998/4932). Otras consideraciones se encuentran al final del capítulo en el apartado de referencia jurisprudencial.

Entre los cónyuges (salvo que exista antes de casarse) no hay parentesco, ni de consanguinidad ni de afinidad, como se indicaba en Las Partidas. No obstante, VATTIER FUENZALIDA, ante la falta de regulación expresa entiende que es aconsejable considerarlos parientes, según las convicciones imperantes en la sociedad³⁴ y también se afirma en alguna STS como la de la sala de lo contencioso-administrativo de 6 de mayo de 1999 (RJ 1999/3410) que dice que los cónyuges son afines en primer grado. Por su parte, la STS de 25 de junio de 1999 (RJ 1999/5510) daba a entender que los cónyuges tienen parentesco dentro del tercer grado, a los efectos del artículo 5.2.º del Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 (FD 1.º). La STS, Sala de lo criminal de 15 de septiembre de 1986 (Ar. 4674/1986) también mantuvo que los cónyuges son afines entre sí, con cita de las dos SSTS de 21 de enero de 1924³⁵ y de 6 de junio de 1928³⁶, pero ninguna de las dos lo dice, como tampoco lo decía el derogado artículo 84 Cc. en su texto anterior a la reforma de 1981.

Una cosa es que se deban aplicar por analogía e identidad de razón normas sobre incompatibilidades o circunstancias agravantes por parentesco y otra distinta, que los cónyuges sean parientes o afines entre sí en virtud de la celebración del matrimonio.

4. El parentesco a que aluden los artículos 915 a 920 Cc. es por consanguinidad pero ha de entenderse que se aplica igual en caso de adopción. Sirve para contar el grado de afinidad

El matrimonio determina que los parientes consanguíneos de cada uno de los cónyuges sean parientes por afinidad con el otro. Aunque el Cc. no lo afirme expresamente, los artículos 915 a 920 Cc. parten de la premisa del parentesco por consanguinidad, como acepta la jurisprudencia pacíficamente: SSTS 24 de

³⁴ VATTIER, 1991, p. 2217.

³⁵ Jurisprudencia criminal, tomo 111, Madrid, 1928, pp. 48-51.

³⁶ Jurisprudencia criminal, tomo 117, Madrid, 1932, pp. 590-591.

junio de 1905³⁷ (en relación a los entonces vigentes artículos 294 y 310 sobre el Consejo de Familia, derogados por Ley 13/1983) y de 18 de marzo de 1961 (Ar. n.º 964, 1961)³⁸. En el mismo sentido, STSJ País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/7074) dictada en recurso de casación foral (FD 3.º). Pero ello es consecuencia del momento en que se promulgaron.

4.1 AFINIDAD

Es dudoso si la relación en pareja estable o de hecho, especialmente si la pareja tiene descendencia común o cuando está registrada, provoca vínculos de afinidad con los parientes del conviviente, lo mismo que el matrimonio. Se ha dicho que *en los casos de convivencia marital debía hablar, con límites poco claros, de afinidad natural*³⁹. El derogado artículo 84 Cc. anterior a la reforma de 1981 reconocía el parentesco por afinidad natural y lo distinguía de la afinidad legítima.

Todas las leyes autonómicas prevén impedimentos para la constitución de nueva pareja fundamentados en el parentesco por consanguinidad y adopción, en términos prácticamente idénticos a los del los números 1 y 2 del artículo 47 Cc. para el matrimonio. El artículo 306 CDFA (trasunto del derogado artículo 4 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas) impide la constitución de pareja a los parientes consanguíneos y adoptivos en línea recta sin límite y en la línea colateral dentro del segundo grado (es análogo al 47 Cc. puesto que, si bien éste limita hasta el tercer grado en la línea colateral, es dispensable por justa causa conforme al artículo 48 Cc.). No obstante, el artículo 314 CDFA, bajo el titulillo *Inexistencia de parentesco*, dice que «La pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro», norma análoga al artículo 3 de la Ley 18/2001 de Parejas Estables de las Islas Baleares.

Sin embargo, paralelamente, las legislaciones autonómicas de parejas estables equiparan mayoritariamente en su correspondiente ámbito fiscal autonómico al conviviente con el cónyuge⁴⁰, y algunas, como la Ley 2/2014, de 27 de

³⁷ Colección legislativa, tomo 101, repertorio número 118, páginas 757 y siguientes.

³⁸ No se encuentra esta doctrina en ninguna de las SSTs de 18 de marzo de 1931 (Colección legislativa, t. 199, pp. 212-237) citadas como argumento en el mismo sentido por GUILARTE ZAPATERO, 1989, p. 82; VATTIER FUENZALIDA, 1991, p. 2217; y VILLAGÓMEZ RODIL, 2000, p. 198). Seguramente, la de 18 de marzo de 1961 citada en el texto.

³⁹ SALVADOR CODERCH, 1984, p. 173.

⁴⁰ Artículo 7 Ley 4/2002 de Asturias; 10 a 13 Ley 5/2003 Extremadura; 8 y 9 Ley 11/2001 Madrid; 11 y 12 Ley 5/2003 Canarias; artículos 14 a 21 Ley 1/2005 Cantabria; 10 a 17 Ley 2/2003 País Vasco; 15

enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, de acompañamiento a los presupuestos de Cataluña, equipara a los hijastros, sean hijos del cónyuge o de la pareja estable, con los descendientes en las reducciones por parentesco del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (arts. 59 y 60).

4.2 ADOPCIÓN Y PARENTESCO

En el capítulo correspondiente a la sucesión de los descendientes se aludirá a la equiparación de la filiación adoptiva en los llamamientos abintestato, deducible del artículo 108. II Cc. La adopción conlleva la adquisición completa del *status familiae* del adoptado en la nueva familia y causa la «extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen» como dispone el artículo 178.1 Cc., en el texto dado por la reforma introducida en la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*; con anterioridad, el precepto aludía a «familia anterior». Se prevén excepciones y persisten los vínculos jurídicos cuando el adoptado es hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiere fallecido (letra a) del artículo 178.1 Cc.), y cuando uno solo de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir (letra b) del artículo 178.2 Cc.). Todo ello, sin perjuicio de los impedimentos matrimoniales, que se darán también con la familia de origen (178.3 Cc.).

Las sucesivas reformas del Cc. han reforzado el carácter de filiación de la adopción (incluida la introducida por *Ley 26/2015*) y lo razonable es entender que el adoptado forma parte de la familia del adoptante, como si fuera hijo biológico⁴¹. A ello no obsta que el Cc. en algunos supuestos prevea efectos distintos entre ambos tipos de filiación como, por ejemplo, los muy razonables del artículo 47 Cc. a cuyo tenor el parentesco por adopción solo es impedimento matrimonial en línea recta pero no en la colateral. Ni tampoco contradice lo dicho la orientación del nuevo artículo 178.4 Cc. en la redacción dada por *Ley 26/2015*, que tiene muy en cuenta y regula con cierto detalle la persistencia de las relaciones del adoptado con la familia de origen, previendo incluso en el último párrafo del artículo 178.4 que «en la declaración de idoneidad

Ley 5/2012 Valencia.

⁴¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario artículo 176*, Edersa.

deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen».

Se trata de decisiones acordes a la nueva orientación del interés superior del menor en el artículo 2 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* reformado por la *Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, pero que no interfieren en la consideración del adoptado como un miembro más de la familia de adopción en la que se integra plenamente y a todos los efectos. Está sometido a patria potestad si es menor y le obligan los mismos deberes previstos en los nuevos artículos 9 bis y 9 ter de la LO 1/1996, introducidos por LO 8/2015.

Es muy difícil compartir la argumentación de la STS de 12 de enero de 2015 (con dos votos particulares disidentes), cuando para vetar la sucesión en títulos nobiliarios al hijo adoptivo afirma que «no pertenece al linaje» del adoptante; cosa diferentes es que se hubiera dicho que no procedía la sucesión en el título por otros motivos pero no se puede afirmar que un hijo adoptivo no pertenezca al linaje o a la estirpe de su adoptante. Se aludirá a esta sentencia y al voto particular de dos magistrados disidentes en el capítulo quinto, al que remitimos para no reiterar.

5. Parentesco y reconocimiento de filiación *post mortem*: artículo 126 Cc.

El artículo 126 Cc. permite el reconocimiento del hijo ya fallecido pero exige el consentimiento de sus respectivos descendientes. La doctrina ha mantenido posiciones encontradas sobre la exigibilidad de que dicho reconocimiento deba ser prestado por todos los descendientes, pronunciándose algunos autores a favor⁴² y otros en contra⁴³.

RIVERO entiende que, de admitirse, sólo al que consienta alcanzará la eficacia del reconocimiento consentido. En tal caso no coincidirán los apellidos de los hermanos (cosa que también puede ocurrir en otros supuestos) lo que podrá dificultar la prueba del parentesco entre los miembros de la familia.

Este régimen jurídico no ha sido modificado en 2015, si bien, conforme al texto del nuevo artículo 133.2 Cc. introducido por Ley 26/2015 (adaptando

⁴² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1984, p. 933.

⁴³ RIVERO, 2000, p. 1236; DE LA CÁMARA, *Comentarios Edersa*, III-1, p. 435; Díez-PICAZO y GULLÓN, p. 263.

el precepto a la doctrina de las SSTC 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero, que declararon inconstitucional el párrafo primero del artículo 133, en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado), declara que la reclamación de filiación extramatrimonial sin posesión de estado, puede ejercitarse por los progenitores en el plazo de un año desde que tuvieran conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación, acción que no será transmisible a los herederos, si bien éstos podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida.

6. Filiación incestuosa y parentesco: artículo 125 Cc.

El artículo 125 Cc. prevé que en caso de generación incestuosa no se haga constar la filiación de los dos progenitores si no lo autoriza el Ministerio Fiscal y cuando convenga al menor o incapaz⁴⁴. Alcanzada la mayor edad por el hijo, puede éste mediante declaración auténtica invalidar dicha determinación si no la hubiere consentido. La norma ha sido criticada por la doctrina por anacrónica y por su defectuosa técnica. Establecida la filiación en este caso ha de entenderse la adquisición del total *status familiae* del hijo en el seno familiar. Como ha señalado la doctrina, el supuesto también puede tener lugar al haberse determinado la filiación en el seno de matrimonio declarado después nulo por parentesco y que merezca la calificación de putativo, lo que llevaría a impossibilitar la invalidación de dicha filiación, aunque la doctrina no es unánime en este punto⁴⁵. En cualquier caso, aun no constando la verdadera filiación, el hijo debe tener derecho a heredar en la sucesión intestada de toda la familia de sus progenitores y al revés, también, salvo si existe causa de indignidad para suceder o eventual sanción del art. 111 Cc: *vid.* caso resuelto por la STS, Sala 2.^a, de 6 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1700).

7. Vínculos doble y simple de parentesco: el artículo 920 Cc.

Como se ha indicado, la línea recta puede ser materna o paterna y hoy también paterna y paterna o materna y materna. Evidentemente, sin filiación determinada no hay vínculo de parentesco doble ni sencillo con otras personas.

⁴⁴ Únicos protegidos por la norma: QUICIOS MOLINA, 2013, p. 303.

⁴⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, 1991, p. 476.

Y quien la tenga de un solo progenitor, carecerá de doble vínculo de parentesco con sus parientes.

Para aludir al doble vínculo de parentesco y distinguirlo del vínculo sencillo nos referiremos a filiación paterna y materna, sentado que cabe la filiación adoptiva de dos progenitores del mismo sexo (disposición adicional 3.^a Ley 21/1987), sea o no a consecuencia de la utilización de TRA pues, como admite el artículo 44.5 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, cabe la inscripción de la filiación de la madre y de la mujer con la que ésta esté casada y basta con la manifestación de ésta última consintiendo que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge (precepto nuevamente modificado por *Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*).

El artículo 920 Cc. dice que se llama doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente. Y conforme a los artículos 921, párrafo segundo y 949, el doble vínculo de parentesco da derecho a «doble porción» en la sucesión en el llamamiento a la línea colateral. Esta regla también se aplica para la interpretación de la voluntad testamentaria del causante según dispone el artículo 770 Cc.⁴⁶

Los hermanos de doble vínculo se denominan también «hermanos germanos»⁴⁷. En cuanto a los de vínculo sencillo, los hermanos solo de padre se llaman «hermanos consanguíneos» y los hermanos solo de madre se llaman «hermanos uterinos».

El doble vínculo entre colaterales ha tenido tradicionalmente reflejo en los derechos a la sucesión pues se ha considerado que existe una mayor proximidad y más fuerte relación entre hermanos de doble vínculo respecto de los de vínculo sencillo y que ello debía reflejarse en el derecho a heredar abintestato.

En las Novelas de Justiniano, los hermanos de doble vínculo excluían de la sucesión a los hermanos de vínculo sencillo (Novela 118). Y en los sistemas troncales, en los que se toma en consideración el origen familiar de los bienes del fallecido, los parientes que no pertenecen a la línea de procedencia, son excluidos por los que sí acreditan parentesco con el familiar que transmitió los bienes al causante, pero no es por efecto del doble vínculo. En el Cc. existe un cierto resto de este efecto en la reserva troncal del artículo 811 puesto que, si los bienes reservados proceden de la línea paterna, todos los hermanos por parte de padre tienen derecho a heredarlos, tanto los hermanos de doble vínculo

⁴⁶ REGLERO, actualiza DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1075.

⁴⁷ Aunque el artículo 770 alude a «carnales», la palabra debe considerarse derogada por la CE y deben incluirse los adoptivos: REGLERO, 2013, *idem*.

lo como los de vínculo sencillo. Es suficiente con que sean hermanos de padre. Así lo indica la STS de 5 de diciembre de 1958 (RJ 1958/4038).

La distinción entre parentesco de doble vínculo o de vínculo sencillo solo tiene sentido en la línea colateral pero no entre los parientes en línea recta, sea ascendente o descendente⁴⁸.

En la línea recta descendente, no cabe distinguir doble vínculo o sencillo. Respecto del progenitor, todos los hijos sean matrimoniales, extramatrimoniales, adulterinos o adoptados, tienen idéntico vínculo con él, que no es ni doble ni sencillo, sino lineal. Es una tesis deducible de la STS de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988/705), cuando dice que «no es posible la aplicación concatenada del artículo 934 con el 949». En el mismo sentido, según la STS de 28 de abril de 1989 (RJ 1989/9886), la distinción por vínculo doble o sencillo de parentesco carece de interés cuando se trata de dirimir derechos de preferencia genealógica en la línea recta descendente.

Es discutible, como opina el profesor VATTIER, si solo cabe esta diferenciación tratándose de hermanos o si se puede reflejar, al menos, en los derechos a la sucesión intestada y por aplicación del derecho de representación en los sobrinos. Como se indicará en el capítulo octavo, esta última nos parece la interpretación más respetuosa con el artículo 920 Cc. y ha sido corroborada por alguna STS, como la de 5 de mayo de 1998 (RJ 1998/3231).

En cualquier caso, nada tiene que ver hoy (aunque históricamente sí) el doble vínculo de parentesco con la filiación matrimonial o extramatrimonial del individuo. Para apreciar doble vínculo, los hermanos no necesariamente han de ser hijos matrimoniales de los dos progenitores que comparten. Y es irrelevante que hayan existido entre los progenitores ulteriores nupcias. Pueden ser hermanos de doble vínculo dos hijos extramatrimoniales y tener un hermano de vínculo sencillo nacido de un matrimonio de su padre con otra mujer. El hermano nacido de relación extramatrimonial tendrá derecho a doble cuota en la herencia de su hermano, y el hermano que nació de relación matrimonial pero es de vínculo sencillo tendrá derecho a la mitad.

Por ello entendemos que la regla del duplo no necesariamente entraña discriminación, si bien hay que reconocer que no es bien vista. Como se ve en el ejemplo que mostramos, dado el trato idéntico sin discriminación por razón de filiación vigente después de la entrada en vigor de la CE, resulta que la regla del duplo beneficia a quien fue hijo extramatrimonial en la herencia de su hermano de doble vínculo. Se podrá estar a favor o en contra en razón de criterios

⁴⁸ Este es el sentido de las afirmaciones de VATTIER, 1991, p. 2219.

de política legislativa pero la regla no entraña, por sí misma, discriminación por razón de filiación matrimonial o no.

Por otro lado es muy verosímil que los hermanos de doble vínculo hayan tenido entre sí relación más próxima y cercana que con los de vínculo sencillo, lo que sería argumento para justificar el derecho a doble cuota, si bien es cierto que esta conclusión posiblemente no se ajusta ya a la realidad social que viven las familias, especialmente dado el aumento progresivo de las denominadas «reconstituidas» o «recompuestas». La regla del duplo ya no rige en el derecho Francés y hay datos que evidencian su rechazo social en la actualidad, como referiremos en el capítulo octavo⁴⁹.

8. La prueba del parentesco y su acreditación frente a terceros

A pesar de la referencia expresa de los artículos 916 y 918 Cc. al tronco y al tronco común, terminología que evoca referencias a árboles genealógicos, en el Cc. no se alude a ellos, ni a la manera en que se han de confeccionar.

Sin embargo, para acreditar el parentesco entre dos personas, aparte de las correspondientes certificaciones de filiación e inscripción en registros oficiales, nada hay mejor que un árbol genealógico donde se muestre su posición del individuo dentro del grupo familiar.

El artículo 261 del Reglamento del Registro Civil aprobado por RD de 14 de noviembre de 1958, todavía vigente, fue modificado por RD 1917/1986, de 29 de agosto (BOE 19 septiembre) y desde entonces, en su párrafo exige que en la solicitud de dispensa de impedimento matrimonial de grado tercero de parentesco entre colaterales se exprese con claridad «el árbol genealógico de los esposos».

No obstante, la RDGRN de 18 de octubre de 1995 (RJ 1995/9565) admitió que dicho parentesco, y a efectos de la dispensa, pueda ser acreditado con otros medios:... *no ha de importar que, en contra de lo previsto en el mismo artículo 261, no se haya expresado con claridad en la solicitud el árbol genealógico de los interesados, puesto que de la documentación presentada se deduce, sin duda alguna, que éstos son tío y sobrina carnales, por ser el primero hermano de doble vínculo de la madre de la segunda* (FD 3.º).

⁴⁹ En este sentido, ya se indicó más arriba que el artículo 66.2 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración e los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, equipara al hermanos de vínculo sencillo con el de doble.

El Real Decreto 222/1988 (BOE 18 de marzo de 1988) de títulos nobiliarios y grandezas establece en su artículo 6.º qué documentos deben acompañarse a la instancia en la que se solicite la rehabilitación del título nobiliario ante la Administración: *a) Un árbol genealógico fechado y firmado por el solicitante y en el que se mostrará el parentesco de consanguinidad matrimonial que enlace al interesado con el último poseedor de la dignidad cuya rehabilitación se pretende.* El documento que contenga la representación gráfica del árbol genealógico tendrá naturaleza de documento privado en el proceso (arts. 324 y ss. LEC).

La STS, Sala penal, de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990/1369) admitió como prueba del parentesco un informe del Ayuntamiento a pesar de reconocer *que dicho medio no constituye el medio más idóneo para acreditar el grado de parentesco que unía, a las dos abuelas, con sus nietos, pero a efectos penales, puede bastar el medio elegido, máxime habida cuenta de que, en la causa examinada en su integridad, no hay siquiera un principio probatorio que contradiga o desmienta lo informado por el Ayuntamiento de Mora de Toledo (FD 6.º).*

La prueba del parentesco es indispensable para acreditar el mismo, ya sea por consanguinidad o por afinidad. Tal se deduce de todas las normas citadas. Se exige también la prueba en el artículo 226 del Reglamento Notarial, cuando atribuye derecho a copia del testamento a los parientes que, de no existir el testamento o ser nulo o en que no haya instituido herederos forzosos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante. Se trata de una prueba imprescindible como indicó la RDGRN de 24 de febrero de 1984 (1984/1669).

La prueba de un determinado parentesco puede ser difícil como muestra la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala civil y penal de 25 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4249). En el caso, y a pesar de recurrir a los libros parroquiales para establecer el parentesco de un nacido en el año 1838, no pudo acreditarse la relación de parentesco con los interesados, aunque se intentó la reconstrucción genealógica (FD 9.º).

Según la RDGRN de 24 de febrero de 1950, el parentesco se puede probar por diferentes medios admitidos en derecho: *la prueba de que una persona es el pariente más cercano y más joven de las ramas de los difuntos padres del testador, se puede practicar indistintamente y con iguales efectos registrales mediante la actuación de la fe pública judicial o de la extrajudicial, sin que sea pertinente entablar procedimientos ante los Tribunales de justicia declarativos del derecho a la herencia.*

Como en cualquier otro ámbito, para la acreditación del parentesco en juicio, el juez puede hacer una valoración de las pruebas en su conjunto:

■ LA SUCESIÓN INTESTADA: REVISIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y PROPUESTA DE REFORMA

la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988/2510) admitió la relación de parentesco entre empleador y empleado al haberse acreditado coincidencia de apellidos e iguales nombres de los padres unidos a otras pruebas practicadas en el proceso, sin que fuese obstáculo la falta de certificado oficial que lo acreditase.

La prueba del parentesco en virtud de certificaciones del Registro que acrediten la filiación de las personas interesadas y otras de su familia, es más compleja después de la reforma del Cc. y de la Ley del Registro Civil por Ley 40/1999, de 5 de noviembre, que admitió la alteración del orden de los apellidos de común acuerdo por el padre y la madre (ver también Decreto 193/2000, de 11 de febrero, que modifica preceptos del Reglamento del Registro civil).

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTOS DE LA VOCACIÓN ABINTESTATO. PROXIMIDAD DE GRADO. ACRECIMIENTO. REPUDIACIÓN

I. PREFERENCIA POR PROXIMIDAD DE GRADO CON EL CAUSANTE

1. **El principio de proximidad de grado, principio básico del llamamiento a la sucesión intestada en el Cc.**

El párrafo primero del artículo 921 dice que «En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar»; y según el párrafo segundo, «Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el artículo 949 sobre el doble vínculo».

Su lectura lleva a dos reflexiones. Por un lado, sorprende su ubicación en la sección segunda pese a no atender al régimen jurídico del parentesco. Y por otro, que se destaca poco en el conjunto, a pesar de que establece la regla interna por excelencia del sistema de sucesión abintestato del Cc. Sería más adecuado que estuviese en el frontispicio de la normativa atinente a la sucesión intestada; debería ser la primera de las disposiciones generales de la sucesión intestada.

El artículo 921 Cc. indica cómo concibe el legislador los derechos de preferencia entre los llamados a la sucesión de quien fallece sin ordenar voluntariamente su sucesión total o parcialmente. La proximidad de grado es el criterio que concede la correspondiente preferencia para el llamamiento en la sucesión intestada: el pariente más próximo en grado excluye al más remoto (STS de 16 de mayo de 2000; RJ 2000/3110).

La referencia en dicho precepto a la *proximidad de grado*, no ha de entenderse hecha a la proximidad de grado de parentesco del llamado con el causante, sino que el Cc. se está refiriendo aquí a grado sucesorio, a *clase de herederos*, o sea, al orden sucesorio¹. Y dentro de cada clase de llamados (descendientes, ascendientes y colaterales), rige la preferencia por proximidad de grado de parentesco, salvo el derecho de representación cuando se deba aplicar.

Varias razones corroboran esta interpretación. La primera, que el artículo 922 Cc. ordena la aplicación del derecho de acrecer si no llega a ser eficaz alguno de los llamamientos entre los de idéntico grado (por no poder o querer suceder), salvo la aplicación del derecho de representación. Y también, porque los artículos 930, 935, 943, 944, 945, 946 y 954 Cc. ordenan y aclaran más detalladamente el principio general del artículo 913 Cc.

No establecen reglas de distribución de los bienes, sino que indican la estructura, el sistema en conjunto de los órdenes de llamamiento abintestato del Cc. Según el artículo 930 Cc., la sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente; dice el 935 Cc. que a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes; según el 943 Cc., a falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes; conforme al 944 Cc., en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente; según el artículo 946 Cc., los hermanos e hijos de hermanos suceden con preferencia a los demás colaterales; finalmente, dice el 954 Cc. que no habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato.

Las clases y órdenes de llamados actúan como compartimentos estancos. Hasta que no se acredita que no existe algún miembro de la clase y orden preferente, no hay vocación ni delación para el orden siguiente. En consecuencia, no es procedente la declaración de heredero del Estado si no se acredita que no quedan hijos de hermanos del causante (Auto AP Madrid núm. 91/2004, de 1 de abril de 2004; JUR 2004, 248256)². No obstante, pueden concurrir perso-

¹ CASTÁN, *Derecho civil*, VI-3, página 77; LACRUZ, 1988, p. 580; GUILARTE, 1989, pp. 95 y 99; VATTIER, 1991, pp. 2220-2221; ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pp. 6722- 6724. Se trata de una «confusión polisémica»: IMAZ ZUBIAUR, 2011, p. 1279.

² En el caso constaba el nacimiento de un hermano de la causante en 1869, presumiblemente fallecido cuando se dictó el Auto en 2004 pero, como correctamente indicó la resolución judicial, «aún dando por cierto este hecho (fallecimiento del hermano de la causante) susceptible de demostración, lo que no acredita el abogado del Estado es que dicho hermano no tuviera a su vez descendientes, que tendrían de-

nas correspondientes a órdenes diferentes en los supuestos de sucesión mixta, es decir cuando exista delación testada e intestada en una misma sucesión, dada la compatibilidad en el Cc. a tenor de los artículos 658 y 912 Cc.³.

Este principio se ha tenido muy en cuenta en la reformulación del artículo 55.4 de la Ley del Notariado por la Ley 15/2015 (LJV) al regular el expediente de declaración de herederos abintestato notarial, única posible para los descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente extramatrimonial y parientes colaterales. Transcurridos dos meses desde que se citó a los interesados sin que ninguno se presente o si fuesen declarados sin derecho los que hubieren acudido reclamando la herencia, y si a juicio del Notario no hay persona con derecho a ser llamada, se remitirá copia de lo actuado a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si procediese la declaración administrativa de heredero. En concordancia, y como dispone el artículo 20.6. II de la Ley 33/2003 (LPAP) en la redacción dada por Ley 15/2015 (LJV), para que se efectúe la declaración de herederos abintestato del Estado (y en su caso, de las CCAA) en vía administrativa, deberán quedar debidamente acreditados y constatados en el expediente administrativo tres extremos:

- a) El fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate (fallecimiento del causante).
- b) La procedencia de la apertura de la sucesión intestada (total o parcial hay que entender).
- c) La constatación de la ausencia de otros herederos legítimos.

El informe sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración General del Estado como heredero abintestato, previsto en el artículo 20 bis.5 de la Ley 33/2003 deberá acreditar todos estos extremos.

Dentro de cada clase de llamados que sean parientes rige el principio de proximidad de grado de parentesco con el causante como criterio de preferencia, matizado o limitado en cada caso por el derecho de representación, y también como se indicará en el capítulo correspondiente, por la posible incidencia de las legítimas, incluidas las consecuencias de la preterición. Evidentemente, no tiene sentido la atención al grado de parentesco para el cónyuge viudo ni para el Estado.

recho a la herencia» con preferencia. Se puede también añadir que hubieran tenido preferencia frente al Estado posibles tíos del causante e incluso, sobrino nietos, primos y tíos abuelos (todos de cuarto grado de parentesco), conforme a los artículos 943 a 956 Cc.

³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1996, *passim*.

A pesar de lo dicho, no es del todo cierto que la proximidad de grado de parentesco sea el criterio de preferencia absoluto pues un bisnieto del causante (tercer grado de parentesco con él en línea recta descendente) tiene preferencia respecto del padre del causante (primer grado) o de un hermano (segundo grado) o de un tío (tercer grado); lo mismo que el bisabuelo (tercer grado de parentesco con el causante en línea recta ascendente) es preferente respecto de un hermano del causante (segundo grado) o de un tío (tercer grado) y, en cambio, no lo es, aunque sea más próximo en grado de parentesco, respecto de un tataranieto del causante (cuarto grado en línea recta descendente).

Lo mismo sucede en la línea colateral, donde el sobrino (hijo del hermano del causante) hereda con preferencia al tío (hermano del padre del causante) aunque ambos son parientes de tercer grado de parentesco con el fallecido⁴.

2. Distribución igualitaria a igualdad de grado de parentesco: artículo 921. II Cc.

Como se ha dicho, la preferencia en el llamamiento a la sucesión intestada se determina, en primer término, según la pertenencia a un orden determinado, es decir, al de los descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales y Estado. Es un orden jerárquico que ha de seguirse imperativamente, y no cabe otra interpretación: hasta agotar el llamamiento al último representante de cada uno de los órdenes preferentes no cabe llamar al orden siguiente. Mientras quede un solo ascendiente del causante, por alejado que sea en grado de parentesco (bisabuelo, tatarabuelo, etc. y aunque represente a una sola línea, paterna o materna), no podrá llamarse al cónyuge a la sucesión (cosa distinta es que tenga derecho al usufructo por legítima en concurrencia con descendientes y ascendientes: art. 834 Cc.).

Dentro de cada uno de los tres órdenes o clases de herederos integrados por parientes del causante, es decir, descendientes, ascendientes y colaterales, rige el principio de preferencia por proximidad de grado de parentesco, matizado por la aplicación del derecho de representación, que en el Cc. se aplica en la línea recta descendente ilimitadamente y en la colateral en el primer subgrupo, el de los colaterales privilegiados, es decir, solo a favor de los hijos de hermanos del causante. Los nietos de hermanos del causante son llamados

⁴ En tal sentido hay que interpretar las afirmaciones de algún autor, al mantener que *la literalidad del artículo no es férrea ni por ello plenamente imperativa, pues en algunos casos el pariente más remoto sucede con preferencia al más próximo*: VILLAGÓMEZ RODIL, 2000, p. 206.

pero en el subgrupo de los colaterales no privilegiados, pues están en cuarto grado con él y no pueden heredar por derecho de representación. Heredan después de los tíos del causante (tercer grado) y junto a primos y tíos abuelos (cuarto grado)⁵.

Dentro de cada clase de llamados que sean parientes del causante, se aplica la distribución igualitaria del caudal entre los del mismo grado de parentesco. Es decir, los parientes del mismo grado distribuyen los bienes por cabezas o en partes iguales. Así que todos los hijos del causante heredan en partes iguales, lo mismo que padre y madre en la clase de los ascendientes y los cuatro abuelos, si concurren todos, y los ocho bisabuelos, si concurren todos. También distribuyen igualitariamente los hermanos, si tienen todos el mismo vínculo de parentesco (es decir, si no hay que aplicar las reglas por vínculo doble y sencillo), y todos los tíos del causante (tercer grado), así como todos los primos (cuarto grado) y los tíos abuelos (también cuarto grado) y los sobrino-nietos (también cuarto grado) que heredan en partes iguales por tener idéntico grado de parentesco con el fallecido y «sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón de doble vínculo» (art. 955 Cc.).

Las reglas del artículo 921 Cc. también se aplican como criterio integrador de la voluntad del testador, como disponen los artículos 751 y 770 Cc.⁶. No obstante, hay que entender que al aplicar el artículo 751 Cc. el llamamiento no debe limitarse al cuarto grado colateral (art. 954 Cc.) «porque, en todo caso, ha quedado clara la voluntad del testador de instituir a sus parientes y no al Estado»⁷. En cambio, no será así cuando la designación por el testador sea en favor de parientes de un determinado grado y línea, o cuando sean llamados en consideración a una determinada circunstancia independiente del grado⁸. Sí que sirven como criterio supletorio para la distribución de los bienes en las reservas hereditarias⁹, tanto en la reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. como en las reservas del bínubo (arts. 968 y ss. Cc.).

⁵ Contrariamente, el CDFA da preferencia a los nietos de hermanos del causante al llamarlos en el grupo de colaterales privilegiados y admitir la sustitución legal (que en la intestada cumple la misma finalidad que el derecho de representación) hasta el cuarto grado. Se beneficia así a «colaterales-descendientes» frente a tíos, tíos-abuelos y primos del fallecido (todos dentro del cuarto grado) presumiblemente más jóvenes e indudablemente pertenecientes a una parentela más próxima del causante.

⁶ VATTIER, 1991, p. 2220; SANCHO REBULLIDA, 1991, p. 1855;

⁷ TRUJILLO DÍEZ, actualiza LÓPEZ MAZA, 2013, p. 1050.

⁸ REGLERO CAMPOS, 1998, pp. 116-117.

⁹ STS de 17 de junio de 1967 (RJ 1967/3025): *esta predeterminación sucesoria supone una distribución por igual entre los reservatarios cuando son varios los titulares, que se habrá de regir por las reglas de la comunidad de coherederos creada, según el artículo 921 del CC, invocada como supletoria en el artículo 973, que determina que los parientes que estén en el mismo grado hereden por partes iguales, siendo esta igualdad preocupación del legislador hasta el punto que en el párrafo 2.º del artículo última-*

Según la mejor doctrina, en el artículo 770 Cc., la palabra «carnales» debe considerarse derogada por la CE; en la regla del precepto se incluyen también los hermanos adoptivos (arts. 178 y 108. II Cc.)¹⁰.

3. Excepciones al principio de distribución igualitaria a igualdad de grado de parentesco

La regla de distribución igualitaria tiene más excepciones que las expresamente recogidas en el propio párrafo segundo del artículo 921 Cc., pues en la sucesión intestada pueden concurrir parientes de igual orden y grado con derecho a diferentes cuotas por distintos motivos que dejaremos aquí solo apuntados y se desarrollarán al explicar cada uno de los llamamientos a descendientes, ascendientes y parientes colaterales. Los casos son los siguientes:

a) Distribución por estirpes que, en la línea recta descendente se da siempre que hereden los del grado ulterior por representación, aunque todos tengan el mismo grado, incluso por premoriencia (arts. 924, 925. I, 926, 933 y 934 Cc.). Cuando exista indignidad, desheredación y preterición, si procede la aplicación del derecho de representación, la estirpe del indigno, desheredado (incluso injustamente, según la mayoría de la doctrina) tendrá derecho a exclusivamente a la legítima, corta o larga, según distintas opiniones de la doctrina (arts. 761, 766, 814, 851 y 857 en relación con el 929 Cc.).

b) Concurriendo solamente ascendientes, la distribución lineal (arts. 940 y 941 Cc.) entre los de grado más alejado que el padre y madre del causante, también lleva a distribución desigual entre los del mismo grado, y lo mismo si concurre algún ascendiente con derecho a la reversión legal del bien que en su día donase al causante (art. 812 y 942 Cc.) sobre el que tiene derecho preferente y exclusivo.

c) En el orden de los colaterales privilegiados, la relevancia del doble vínculo de parentesco concede derecho a doble cuota a los hermanos de doble vínculo que concurren con los de vínculo sencillo (arts. 920 y 949 Cc.) y, aunque no es opinión unánime, la denominada regla del duplo puede reflejarse en las cuotas de los sobrinos aunque concurren solos. Y finalmente, si existen en el caudal hereditario bienes objeto de reserva troncal o lineal del artículo 811 Cc.

mente citado, se dispone que en la reserva hereden por igual los reservatarios aunque en el testamento del padre o madre premuerto hubieran heredado desigualmente... (considerando tercero).

¹⁰ REGLERO CAMPOS, actualiza DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1075.

(942 también) también podrán provocar la distribución desigual entre parientes del mismo grado que concurran a la sucesión.

4. **Momento para la determinación de la proximidad de grado**

El momento de la determinación de la proximidad tanto de orden sucesorio como del grado de parentesco, coincide en la sucesión abintestato con el de apertura de la sucesión, es decir, con la fecha del fallecimiento del causante. A tal momento ha de referirse la capacidad del llamado a la sucesión conforme a los artículos 657 y 758 Cc. que concuerdan con los artículos 661 y 799 Cc.: SSTS 13 de abril de 1984 (RJ 1984/1964), 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7019) y 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7532).

II. ACRECIMIENTO EN LA SUCESIÓN INTESTADA

1. **El derecho de acrecer en la sucesión intestada: los artículos 922 y 981 Cc.**

El derecho de acrecer se aplica en la sucesión testada y evita, siendo esta su principal finalidad, la apertura de la intestada: artículos 912, 3.º y 986 Cc.

Sin embargo, también se aplica en la sucesión intestada, donde es mejor hablar de «acrecimiento». El artículo 922 Cc. establece expresamente que la parte del que no pueda o quiera suceder, acrecerá a los del mismo grado, salvo el derecho de representación. Y el artículo 981, entre las disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, dice que, «en las sucesiones legítimas (=abintestato) la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos».

El término «grado» del artículo 922 Cc. se debe interpretar en el mismo sentido que el artículo 921 Cc., es decir, como orden y grado, y no necesariamente como grado de parentesco con el causante.

Es clásica la discusión sobre si en la sucesión intestada existe o no acrecimiento¹¹. Dos son las posturas más relevantes en la doctrina. Según LACRUZ, el artículo 981 es superfluo porque en la sucesión intestada, existe el *acrecimiento*, pero por obra de la propia estructura del instituto¹². Son prácticamente

¹¹ ZUMAQUERO GIL, 2011, pp. 187-200.

¹² LACRUZ, 1961, pp. 227-229.

de la misma opinión CASTÁN y DE LOS MOZOS que consideran que es una expansión automática de las cuotas correspondientes a los llamados del mismo grado por consecuencia de la regla general de proximidad del artículo 921¹³. ALBALADEJO, por el contrario, opina que el derecho de acrecer se aplica en la sucesión intestada *literalmente* (porque así lo establecen los artículos 981 y 922) y *verdaderamente*, porque lo que hay es una delación solidaria¹⁴.

También se ha dicho que se trata de una cuestión que carece de relevancia práctica pues el incremento es forzoso sin que se discuta el régimen jurídico del acrecimiento¹⁵, y que estamos ante una discusión bizantina¹⁶.

Cuando un llamado no puede heredar o no quiere, todo se retrotrae al momento del fallecimiento del causante, momento de la apertura de la sucesión que en el Cc. y salvo puntuales excepciones (*ad ex.*), coincide con la delación y a tal momento ha de referirse la capacidad sucesoria. Por tanto, el derecho a la sucesión de cada uno de los llamados será el que hubiesen tenido si las personas que repudian no hubiesen existido. El derecho de los coherederos en caso de repudiación o de imposibilidad de heredar de alguno de los llamados se produce, más que por derecho de acrecer y como explicaba el profesor LACRUZ, por la normal aplicación de las reglas de la sucesión intestada.

Esto se apreciaba claramente cuando estudiábamos el artículo 921 relativo a la distribución de los bienes al aplicar el derecho de representación en la línea recta descendente en caso de indignidad de un hijo del causante, concurriendo descendientes de dicho hijo. En tal caso, la repudiación o la imposibilidad de heredar de uno de los llamados no provoca la aplicación del derecho de acrecer, por mucho que lo indiquen las reglas generales de los artículos 922 y 981, pues hay reglas especiales que lo impiden (las de los artículos 761 y 857). Y esta conclusión se puede ilustrar con ejemplos.

1.1 ACRECIMIENTO, REPRESENTACIÓN Y REPUDIACIÓN EN EL ORDEN DE LOS DESCENDIENTES

Si sobreviven al causante un nieto, hijo a su vez de un hijo indigno del causante, y un hijo que repudia la herencia, el nieto del causante que sea hijo del indigno no puede recibir más que el derecho a la legítima (arts. 761, 766, 914 y 929). Si el único descendiente que queda, un hijo del causante, repudia la herencia, su

¹³ CASTÁN/DE LOS MOZOS, *Derecho Civil*, VI-3.º, pp. 80 y 81 y 117 y 118.

¹⁴ ALBALADEJO, 1981, en especial, pp. 303-304; en el mismo sentido, GUILARTE, 1989, p. 119.

¹⁵ VATTIER, 1991, p. 2222.

¹⁶ ÁLVAREZ OLALLA, 2013, p. 6731 y nota 15.

parte no puede acrecer al nieto, que no podrá percibir sino la porción legitimaria que hubiese correspondido a su padre indigno en la herencia de su abuelo. En tal caso, se llamará al orden siguiente, el de los ascendientes, y si no queda ninguno, al cónyuge, y si no lo hay, a los colaterales; y si tampoco, al Estado. Lo mismo sucederá en caso de desheredación con justa causa *ex* artículo 857. En ambos casos, las conclusiones expuestas las refrenda el artículo 766 Cc.

1.2 ACRECIMIENTO Y REPUDIACIÓN EN EL ORDEN DE LOS ASCENDIENTES

Los ascendientes distribuyen los bienes por líneas (arts. 939 a 941) y la repudiación de uno de los llamados no provoca el acrecimiento igualitario de los del mismo grado, de los coherederos. Lo que más bien sucede es la reintegración de la porción repudiada en la masa hereditaria con la consiguiente aplicación de las reglas de la intestada; en este caso, la distribución lineal. Así sucede si concurren, por ejemplo los dos abuelos paternos del causante y la abuela materna. Si repudia el abuelo paterno, no hay acrecimiento para los otros dos coherederos, sino sólo para la abuela paterna.

1.3 ACRECIMIENTO Y REPUDIACIÓN EN EL ORDEN DE LOS COLATERALES

Cuando concurren a la sucesión, por ejemplo, tres hermanos del causante, dos de doble vínculo y uno de vínculo sencillo, la repudiación del de doble vínculo, provoca que todo se retrotraiga al momento del fallecimiento del causante y se deba aplicar la regla del duplo del artículo 949. No hay acrecimiento de la porción repudiada solo para el hermano de doble vínculo. El acrecimiento a que tienen derecho los dos hermanos que quieren heredar ha de seguir las reglas normas de la distribución de la herencia entre hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo. Más que acrecimiento, debe aplicarse la regla del duplo, como si el hermano que repudia no hubiese existido nunca.

2. Presupuestos de aplicación del acrecimiento en la sucesión intestada

Los parientes dentro del mismo grado a que alude el artículo 922 son los *parientes que integren la estirpe o la línea, que son para estos efectos un solo*

*grado*¹⁷. En definitiva, de la interpretación conjunta entre los artículos 922, 923 y 981 Cc. se deduce que, repudiando la herencia cualquiera de los coherederos (dado que no se aplica el derecho de representación en caso de repudiación), primero hay que aplicar el acrecimiento dentro del orden de llamados, siguiendo el mismo esquema distributivo que corresponda en el resto de la herencia que puede estar ya aceptada por los coherederos. Y si dentro del orden no se puede aplicar el acrecimiento, habrá que pasar al orden siguiente.

Un ejemplo lo aclara. Pensemos que el causante deja dos hijos y un nieto, a su vez hijo de una hija premuerta. Abierta la sucesión se producirá la delación de 1/3 a favor de cada uno de los dos hijos y del nieto por representación de su madre premuerta. Si uno de los hijos repudia la herencia, bloquea la entrada de su estirpe, pues no se aplica el derecho de representación en caso de repudiación y, en tal caso, corresponderá la mitad de la herencia al hijo y la otra mitad al nieto (que heredaba por representación de su madre premuerta). Es decir, el tercio repudiado por el hijo del causante no solo acrecerá al otro hijo (que es del mismo grado que el repudiante), sino que acrecerá a todos los llamados en el mismo orden de los descendientes según proceda la distribución intestada en ese caso.

Tampoco tienen siempre derecho de acrecer los parientes del mismo grado en caso de llamamiento a colaterales. Si concurren a la sucesión tres sobrinos y uno de ellos repudia la herencia, su parte acrecerá a los otros dos sobrinos, aunque pueda existir un tío del causante (como los sobrinos, de tercer grado de parentesco), y ello porque pertenece a un suborden jerárquicamente postergado por los sobrinos y no puede ser llamado sino en defecto de todos los colaterales privilegiados (954 y 955 Cc.).

2.1 PREFERENCIA DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El propio artículo 922 salva expresamente y en todo caso, la aplicación del derecho de representación que se aplica con preferencia al acrecimiento: artículos 914 y 924 y siguientes.

El ámbito del derecho de representación es la premoriencia, declaración de ausencia, indignidad y desheredación del llamado de grado preferente. Si concurren dos hijos del causante y uno ha fallecido ya dejando a su vez un hijo, se aplica el derecho de representación y la parte del que ha premuerto al causante no acrece al otro hijo que puede heredar, sino que es para el nieto del

¹⁷ VATTIER, 1991, p. 2222.

causante (hijo del premuerto). En la sucesión intestada la representación sucesoria tiene siempre preferencia respecto del derecho de acrecer.

En cambio, si hay repudiación de alguno de los llamados, dado que el derecho de representación no se admite en el supuesto de renuncia del llamado a favor de su stirpe, la parte del repudiante acrecerá a los demás coherederos¹⁸. Si concurren dos hijos del causante y uno repudia, su parte será para el otro hijo del causante que pueda y quiera heredar, aunque viva algún nieto del causante que sea hijo del repudiante. Es una conclusión pacíficamente admitida por la jurisprudencia: SSTS de 18 de mayo de 1962 (RJ 1962/2753) y de 24 de enero de 1963 (RJ 1963/518).

Finalmente, si repudian todos los llamados de grado preferente no tiene lugar el derecho de acrecer y heredará el orden siguiente «por derecho propio» (art. 923 Cc.).

2.2 PREFERENCIA DEL *IUS TRANSMISIONIS* O *IUS DELATIONIS*

Aunque el artículo 922 Cc. no recoge expresamente el supuesto, puede ocurrir que el llamado no llegue a heredar porque, sobreviviendo al causante, fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia. En este supuesto tendrá lugar *el ius transmissionis* previsto en el artículo 1006 Cc. que, evidentemente, también es preferente al acrecimiento de coherederos¹⁹. Si los herederos del fallecido sin aceptar ni repudiar, repudian a su vez la delación, se producirá el acrecimiento.

3. La inadecuación en la sucesión intestada de la comunicación de obligaciones y cargas del repudiante prevista en el artículo 984 Cc.

Como se indicó, según algunos autores se debe aplicar el régimen jurídico completo del derecho de acrecer de los artículos 982 a 987 Cc. a la sucesión intestada (*ex* artículo 981). En consecuencia, entienden que también se aplican los artículos 984 y 986, esto es, que cuando se adquiere una parte por acrecimiento, pesan sobre el heredero «que acrece» las mismas obligaciones y cargas que tenía el que repudió y también, los mismos derechos, es decir, que las obligaciones o cargas de la cuota acrecida se deben comunicar a la inicial y

¹⁸ En este sentido, STS de 27 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9597).

¹⁹ VATTIER, 1991, p. 2222.

viceversa²⁰. Es una postura coherente con lo dispuesto en el artículo 780 para la sustitución en la sucesión testada²¹.

El artículo 984 Cc. está claramente pensado para el acrecimiento en la sucesión testada, su sede natural. No cabe pensar en cargas ni obligaciones adicionales que pueda llevar aparejada la repudiación de cuota abintestato. El causante es libre de aponer (término preciso) una carga, obligación, gravamen o condición al llamado en su testamento y también genéricamente, si quiere, a quienes resulten a su fallecimiento sus herederos abintestato, pero dicho llamamiento será testamentario y, caso de repudiar alguno de los llamados, tendrá lugar el derecho de acrecer pero derivado de la sucesión testada y no de la intestada.

Lo que sí es oportuno y procedente, como hace el artículo 986 Cc., es advertir que los herederos legítimos (abintestato) necesariamente deben soportar las cargas y obligaciones cuando heredan por repudiación del instituido en testamento. Pero este es otro caso que no sirve de argumento para mantener que el artículo 984 se aplica en la intestada. Hay que insistir en que, si hay repudiación de alguno de los llamados, su parte no es que acrezca a los coherederos abintestato como si fuera una porción independiente, sino que se reintegra en la masa hereditaria y se deben aplicar las reglas de los llamamientos abintestato por su orden.

4. Aceptación y repudiación en caso de acrecimiento

Los autores que entienden aplicable el acrecimiento en la sucesión intestada, entienden también que dado el carácter forzoso o automático, *ipso iure*, del derecho de acrecer, la cuota inicial y la acrecida se consideran como una unidad inescindible, así que han de ser aceptadas o repudiadas mediante una sola declaración de voluntad y quedar sujetas al mismo régimen de responsabilidad. La misma conclusión se deriva de considerar que el llamamiento es único o efecto de la vocación solidaria y no por derecho de acrecer. O se acepta todo o se repudia todo de conformidad con el artículo 990 Cc.²² Una postura que hay que compartir.

²⁰ CASTÁN/DE LOS MOZOS, 1977, p. 81, n. 1; GUILARTE, 1989, p. 120; VATTIER, 1991, p. 2222.

²¹ ALBALADEJO, 1981, p. 350; VATTIER, 1991, p. 2222.

²² CLEMENTE DE DIEGO, 1932, p. 415; VILLAGÓMEZ RODIL, 2000, p. 363, GUILARTE, 1989, pp. 119 y 120, ZUMAQUERO, 2011, pp. 199-200.

Finalmente, como indica la RDGRN de 29 de octubre de 1910²³, para poder aplicar los artículos 922 y 981 y que tenga lugar la adquisición por derecho de acrecer en la intestada, es necesario que haya existido declaración de heredero abintestato previamente.

III. LA REPUDIACIÓN EN LA SUCESIÓN INTESTADA

1. El supuesto de hecho del artículo 923 Cc.

Según el artículo 923, «Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante».

Es uno de los fundamentos del sistema de la sucesión intestada del Cc. relativa a los efectos de la repudiación que se aplica únicamente dentro de los órdenes de llamados que sean parientes del fallecido, es decir, en la clase de los parientes: descendientes, ascendientes y colaterales. Ha de entenderse como una regla de aplicación interna dentro de cada orden de llamados que sean parientes²⁴.

En concreto, se ocupa del supuesto de repudiación del único llamado de orden y grado preferente (caso de estirpe única) o de repudiación de todos los llamados de orden y grado preferente, si son varios. Vimos que la repudiación de uno solo de los llamados de grado preferente, si son varios, provoca la reversión de los bienes a la masa hereditaria y, en consecuencia, el acrecimiento conforme al artículo 922, pues en caso de repudiación no hay derecho de representación a favor de la estirpe del repudiante. Es una regla distinta a la del derecho italiano y la del derecho francés desde la reforma de 2006.

Evidentemente, el artículo 923 Cc. solo se aplica en la sucesión intestada de los parientes²⁵. Si repudia el cónyuge del causante, se producirá el llama-

²³ ROCA SASTRE y MOLINA PUYOL, *Jurisprudencia registral*, tomo IV, Bosch, pp. 608-611.

²⁴ Como bien refiere la doctrina desde hace décadas, cuando el precepto se refiere a los parientes del grado siguiente, hay que entender que se refiere a los que pertenecen a la misma clase, pues, si en ese orden no existen tales parientes, serán llamados los del orden siguiente: MANRESA, 1987, p. 105.

²⁵ La STS, Civil, Sección única, núm. 715/2003, de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628) que se cita en el capítulo cuarto por argumentar correctamente sobre la inaplicabilidad del derecho de representación en caso de repudiación, yerra, en nuestra opinión, al considerar aplicable el artículo 923 y 981 Cc. al supuesto que resuelve. En el caso, se produjo la renuncia a la legítima por parte de una hija designada en testamento por el causante, su padre. En consecuencia, sus respectivos descendientes (legitimarios de grado ulterior) no pudieron heredar pero ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 982.2.º Cc. y 766 Cc. (y no por los 923 y 981 que se aplican en la intestada). En el caso litigioso, bien resuelto en la solución final, se dio el

miento al orden siguiente, es decir, a los colaterales y, si no, al Estado. Y, caso de admitirse la posibilidad de repudiación por el Estado, como admite buena parte de la doctrina, los bienes quedarán vacantes y el Estado los adquirirá, en su caso, como tales.

2. Efectos de la aplicación del artículo 923 Cc.

Una vez que ha repudiado el único llamado de grado preferente, o todos los llamados de grado preferente si son varios, el artículo 923 ordena llamar a los parientes del causante del grado siguiente «por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante». Del tenor del precepto se deduce que la repudiación de todos los llamados de grado preferente produce efectos singulares en dos ámbitos: en el llamamiento a otros parientes y en la distribución de los bienes.

2.1 LLAMAMIENTO EN CASO DE REPUDIACIÓN DE TODOS LOS LLAMADOS DE GRADO PREFERENTE

Dado el supuesto de hecho del artículo 923, en la práctica no necesariamente heredan los parientes del grado siguiente del repudiante, sino que es posible que hereden otros que puedan y quieran heredar de grado más alejado. Dependerá de lo que dicte la naturaleza.

Pensemos en el hipotético supuesto de dejar el causante un solo hijo y haberles premuerto a ambos un nieto quedando bisnietos del causante. Si repudia el hijo, y solo viven sus nietos (bisnietos del causante) dicha repudiación provocará que hereden los descendientes del grado tercero y no del segundo (nietos del repudiante y bisnietos del causante). En el orden de los ascendientes sucederá lo mismo; si repudian el padre y la madre del causante y han fallecido los cuatro abuelos, heredarán los bisabuelos que sobrevivan al causante.

En el orden de los colaterales, si repudian los hijos de los hermanos del causante (sobrinos del causante que tienen tercer grado), son llamados los colaterales ordinarios, es decir, los tíos del causante, que tienen el mismo grado que los hijos de los hermanos del causante (tercero) o, sino, los parientes cola-

acrecimiento de los coherederos testamentarios por repudiación de la legitimaria que repudió tras el fallecimiento del causante pero las normas aplicables, insistimos, no son los artículos 923 y 981, sino los 766 y 982.2.º

terales de cuarto grado (tíos-abuelos, primos y sobrino-nietos del causante, sin distinción de líneas, ni preferencia por pertenencia a parentela más cercana). Por tanto, los términos del artículo 923 Cc. no han de interpretarse literalmente pues si repudian todos los hijos de los hermanos del causante, heredan preferentemente los demás colaterales no privilegiados que tienen también tercer grado con el causante (no, pues, *los del grado siguiente*, como dice el precepto).

Para esta conclusión resulta muy gráfica la STS de 12 de julio de 1910²⁶, que hay que leer teniendo en cuenta que en ese momento el derecho vigente en materia de sucesión intestada era el anterior a la reforma del Cc. de 1981, es decir y para lo que nos interesa, que los hermanos e hijos de hermanos eran llamados antes que el cónyuge y después de éste se llamaba al resto de colaterales hasta el cuarto grado. El causante había fallecido abintestato dejando una única hermana (sin sobrinos) y cónyuge. La única hermana repudió la herencia, e insistimos, no había sobrinos del fallecido. En consecuencia, en tal caso y por aplicación del entonces vigente artículo 952 Cc., se debía llamar al cónyuge viudo a heredar en plena propiedad la totalidad del caudal (con preferencia al resto de parientes colaterales). Sin embargo, una pariente del causante de cuarto grado pretendía ser llamada antes que el cónyuge, por aplicación del artículo 923 Cc., y como pariente «del grado siguiente a la hermana del causante». Como correctamente mantuvo el TS, el llamamiento del artículo 923 Cc. al grado siguiente ha de entenderse referido al orden sucesorio siguiente y dentro de cada orden sucesorio, al grado siguiente.

2.2 DISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES

Según el artículo 923 Cc., los parientes que heredan al repudiar el único pariente de grado preferente o de todos, si fuesen varios, lo hacen *por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*.

La norma no hace sino ratificar y advertir que no se puede aplicar el derecho de representación a favor de la estirpe del llamado que repudia. Es una consecuencia del principio *viventis non datur representatio*, también deducible *sensu contrario* del artículo 929. Su vigencia en el Cc. es pacíficamente admitida por doctrina y jurisprudencia: ad ex. STS de 27 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9597), salvo alguna aislada opinión en contra²⁷.

²⁶ Jurisprudencia civil, tomo 118, 2.º de 1910, Madrid, 1912, sentencia n.º 100, pp. 621-630.

²⁷ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, ADC, 2012, pp. 257-266.

Se puede criticar la terminología del artículo 923, como hace VATTIER, puesto que también hereda «por derecho propio» quien hereda por derecho de representación; no obstante, es una fórmula bastante gráfica que pretende subrayar que el modo de distribución de los bienes es igualitario, y coincide con la regla del artículo 921, es decir, el que hereda por repudiación del único llamado de grado preferente o de todos, si son varios, lo hace sin representar al pariente de grado anterior. No obstante, el artículo 923 Cc. tiene efectos diferentes en cada orden y clase de llamados.

2.2.1 *Orden de los descendientes*

En el supuesto de concurrir solo nietos del causante porque todos los hijos del mismo repudian la herencia, heredan en partes iguales, es decir, por cabezas, sin representar a sus ascendientes repudiantes²⁸. De modo que, si sólo concurren bisnietos por haber repudiado todos los hijos y todos los nietos del causante, la distribución de los bienes entendemos que ha de hacerse en partes iguales, por lo dispuesto en el 923, regla general que no contradice el 933, sino que la confirma.

Si el causante tiene tres hijos que repudian y que a su vez tienen, el primero un hijo, el segundo dos y el tercero tres, y los tres hijos repudian la herencia, los seis nietos heredarán en partes iguales, o sea, una sexta parte cada uno de ellos.

Es completamente distinta la distribución por estirpes pues el primer nieto hubiese recibido un tercio, el segundo y tercer nieto, un sexto cada uno y los tres nietos, hijos del tercer hijo, una novena parte cada uno.

Pueden tomarse en consideración otros supuestos. Pensemos que solo concurren siete bisnietos por haber repudiado los tres hijos y los seis nietos del causante. En tal caso, la distribución de los bienes se deberá hacer en partes iguales (923 y 933).

Sin embargo, la distribución sería diferente si, en el ejemplo planteado, repudiasen los tres hijos del causante y todos los nietos le hubiesen premuerto. En este supuesto, los siete bisnietos del causante heredarían por representación de sus progenitores, es decir, de los nietos del causante. La porción que tendrían que recibir, sería la que hubiese correspondido recibir a los nietos del

²⁸ LACRUZ BERDEJO, 1988, p. 584. En contra, entiende VATTIER que en este supuesto los nietos distribuyen el caudal por estirpes pues debe prevalecer lo dispuesto en el artículo 933, por ser especial, frente a la regla general del 923 (1991, p. 2223).

causante si hubiesen podido heredar (arts. 924 y 926). Por tanto, hay que entender que la cuota ideal que hubiese correspondido recibir a los nietos premuertos, sería de una sexta parte cada uno de ellos, puesto que los tres hijos del causante han repudiado (923). Y los bisnietos del causante en este supuesto representan a los nietos premuertos y reciben su correspondiente porción por derecho de representación. En consecuencia, todos los bisnietos del causante recibirían una sexta parte cada uno (por representar a los nietos) salvo los dos bisnietos hijos del nieto sexto del causante (tercer hijo del hijo tercero del causante) que recibirían cada uno de ellos una doceava parte, por tener que repartir lo que hubiese recibido su progenitor (la mitad de un sexto cada uno).

Finalmente, repudiando todos los descendientes, procede llamar a la sucesión al orden siguiente, el de los ascendientes; después al cónyuge, luego a los colaterales y en último lugar al Estado.

2.2.2 *Los ascendientes*

Cuando repudia el único ascendiente capaz de heredar de grado preferente, se llama también a los del grado siguiente. El derecho de representación no se aplica en la línea recta ascendente. Así que sucederán los del grado siguiente por su propio derecho.

En caso de repudiación de todos los ascendientes de grado más próximo, la distribución de la herencia no necesariamente será en partes iguales entre los del grado siguiente, dado que los artículos 939 a 941 establecen la distribución lineal o en líneas paterna y materna. Por tanto, si repudian el padre y la madre del causante, y solo pueden y quieren heredar los dos abuelos paternos del causante y la abuela materna, los bienes no se distribuyen entre los tres en partes iguales, sino que la mitad del caudal a repartir será para la abuela materna y los abuelos paternos recibirán cada uno de ellos una cuarta parte. Y así sucesivamente. Si repudian todos los ascendientes, será llamado el cónyuge del causante.

2.2.3 *Parientes colaterales*

Para la distribución de los bienes en el orden de los colaterales hay que tener en cuenta la subdivisión en dos subórdenes: el primero lo integran los hermanos (segundo grado) y los hijos de hermanos (tercer grado) del causante y el segundo, los demás colaterales dentro del cuarto grado de parentesco (o

sea, tíos –tercer grado– y tíos-abuelos, primos y sobrino-nietos –todos ellos en cuarto grado–). Así se deduce de los artículos 946 y 954 Cc.

Dicha división en dos subórdenes tiene su explicación en que, con anterioridad a la reforma del Cc. de 1981, el cónyuge era llamado en medio de ambos, es decir, después de los hermanos e hijos de hermanos y con preferencia al resto de colaterales. Después de la reforma, el cónyuge pasó a ser llamado con preferencia a todos los colaterales pero, dentro de este orden, ha quedado la diferenciación entre ambos subórdenes o subclases, como se prefiera.

Si repudian todos los hermanos del causante, suceden los hijos de los hermanos, los sobrinos del causante, en partes iguales. En este orden, tanto da que la sucesión de los hijos de hermanos se produzca por repudiación de todos los hermanos o por darse los supuestos de aplicación del derecho de representación, dado lo dispuesto en el artículo 927, última proposición. Si concurren solo sobrinos, heredan todos por cabezas o en partes iguales.

Si repudian todos los hijos de hermanos del causante, todos los sobrinos, serán llamados los parientes del suborden de los colaterales ordinarios, entonces con aplicación rigurosa del principio de proximidad de grado. En dicha clase de parientes no se aplica el derecho de representación, ni tiene relevancia ni da preferencia la pertenencia a una parentela más próxima al causante (pues el tío hereda con preferencia al nieto del hermano del causante y el tío-abuelo hereda lo mismo que el sobrino-nieto y ambos lo mismo que el primo). Tampoco se aplica la distribución lineal pues tanto da que los colaterales lo sean por línea paterna que materna: no hay derecho a la mitad para cada línea de parientes, como sucede en el orden de los ascendientes. Si concurren dos hermanos del padre del causante y un hermano de la madre reciben un tercio cada uno, sin distinción (arts. 921, 954 y 955 Cc.).

Repudiando todos los parientes del grado tercero en este suborden (todos los tíos del causante) serán llamados los parientes de cuarto grado y si todos ellos repudian, se llamará al Estado. Sobre esta cuestión, cabe citar nuevamente la STS de 12 de julio de 1910²⁹.

3. Reversión de los bienes a la masa hereditaria

Lo hasta ahora expuesto es también reflejo de lo dispuesto en el artículo 989 Cc. que dispone que los efectos de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda. En este sentido se pronun-

²⁹ Jurisprudencia civil, tomo 118, 2.º de 1910, Madrid, 1912, sentencia n.º 100, pp. 621-630.

ciaron las SSTS, Sala de lo civil, de 24 de enero de 1963 (RJ 1963/518); 11 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8468); y la de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección segunda, de 6 de febrero de 1999 (RJ 1999/1207).

Producida la reversión de los bienes a la masa hereditaria, se aplican las reglas ordinarias de la sucesión intestada.

4. **El grado de parentesco relevante en la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en caso de repudiación**

Como admite pacíficamente el TS, el grado de parentesco a tener en cuenta a efectos del abono del Impuesto de Sucesiones previsto en el artículo 28 de la Ley de 1987 es el del repudiante y no el de quien finalmente hereda. En este sentido, cabe citar las SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 31 de octubre de 1997 (RJ 1997/7703) y de 25 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7839).

IV. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

1. **Descripción y elementos. El requisito del parentesco**

Los artículos 924 a 929 Cc., inalterados desde la promulgación del Cc. en 1889, regulan el derecho de representación, en la sección tercera, dentro del capítulo III, *De la sucesión intestada*, en el Título III, Libro III Cc. Según el artículo 924 Cc., «Llamase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar».

Son conocidas las críticas de la doctrina a la regulación escrita de este mecanismo en el Cc., empezando por la propia terminología. Como señalaba LACRUZ BERDEJO, cuando actúa el derecho de representación en la sucesión *mortis causa* no se producen los efectos del concepto de representación descritos en la teoría general de la capacidad y del negocio jurídico, donde se requiere que una persona (representante) actúe jurídicamente en nombre de otro (representado) y con efectos respecto del patrimonio del representado³⁰.

³⁰ LACRUZ, 1988, p. 59. En el mismo sentido, GUILARTE, 1989, pp. 133-134; MADRIÑÁN, 2009, pp. 71, 78 y 79; LASARTE, 2011, pp. 26-27; ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pp. 6738-6739.

Seguendo a VATTIER, se pueden hacer tres críticas al artículo 924 Cc.: es una norma errónea, pues el representante no sucede al representado sino al causante (art. 928 Cc.); es también excesiva, pues menciona a los parientes del representado indiscriminadamente, cuando solo los descendientes y los hijos de hermanos del causante pueden heredar por representación (art. 925 Cc.) y, finalmente, es incompleta, puesto que solo recoge los derechos y no las obligaciones de quienes heredan por representación, especialmente el deber de colacionar tratándose de descendientes que son legitimarios en el Cc., tanto lo que hubiera adquirido del causante el representado (art. 1038.1 Cc.)³¹, como lo que hubiera adquirido, en su caso, el propio representante (art. 1038. II)³². En este sentido, es correcto considerar que el artículo 1038 Cc. lo que pretende no es igualar a los nietos sino a las estirpes³³.

Al margen de las críticas, cuando tiene lugar el derecho de representación son llamados a suceder a un causante ciertos parientes suyos que serían en otro caso excluidos o postergados al aplicarse el principio de preferencia por proximidad de grado previsto en el artículo 921 Cc., y en su virtud los parientes beneficiados pueden heredar, incluso con parientes de grado más próximo al causante y recibir la porción que hubiese correspondido a la persona a la que sustituyen (representan) de haber podido heredar.

De esta descripción pueden deducirse los elementos más característicos del derecho de representación:

a) Constituye un llamamiento a la sucesión legal para el representante directamente desde el causante, es decir, hay delación legal a favor del representante en la herencia del causante. Los impropriamente llamados representantes han de reunir los requisitos de capacidad para suceder respecto del causante de la sucesión, con independencia de que puedan o no suceder en relación con el representado. El representante no puede ser indigno para suceder al causante en la sucesión por representación, pero es completamente irrelevante si lo es para suceder al representado. Cuando se sucede por representación no estamos ante la apertura de la sucesión del representado, cuya sucesión probablemente se habrá consumado hace tiempo, claramente en caso de premorienza. En este sentido, y como indica el artículo 928 Cc., «no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia». A pesar de los términos literales del artículo 923 Cc., quienes heredan por representación también heredan «por derecho propio». El artículo 928 es norma oportuna y

³¹ VATTIER, 1991, p. 2224 y 2010, pp. 1028-1029.

³² Añade GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1265.

³³ DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1666.

aclara los términos un tanto confusos del artículo 924 Cc. que da a entender que quienes heredan por representación suceden al representado; sin embargo no es así³⁴. Para establecer la capacidad para suceder por representación se han de tomar en consideración al representante y al causante de la sucesión (SSTS de 25 de junio de 1905 y 18 de diciembre de 1908). Y esta conclusión no la contraría que se prevean ciertos deberes de colación en razón de legítimas en el artículo 1038 Cc.

b) Es necesario que todas las personas implicadas en el fenómeno de la representación sucesoria sean parientes entre sí. El «representado» y el llamado por representación han de ser parientes consanguíneos o adoptivos entre sí y además ambos han de ser parientes consanguíneos o adoptivos del causante de la sucesión. El parentesco entre los intervinientes es requisito o presupuesto subjetivo claramente deducible del artículo 925 Cc. y, además, ineludible³⁵. El representado será necesariamente descendiente o pariente colateral del causante, pues solo se admite el derecho de representación en la línea recta descendente ilimitadamente y en la línea colateral, solo a favor de hijos de hermanos del causante (arts. 925 y 927 Cc.). No hay posibilidad de que sucedan al causante por derecho de representación descendientes, por ejemplo, del cónyuge viudo del causante que no lo sean también del causante. Tampoco pueden suceder por derecho de representación descendientes de ascendientes del causante pues, como establece la última proposición del artículo 925. I Cc., el derecho de representación nunca tiene lugar en la línea ascendente. No pueden representar al padre premuerto del causante sus respectivos padres, abuelos paternos del causante junto con la madre del mismo por derecho de representación. En tales casos se aplican otras reglas sucesorias (como se verá en el capítulo sexto). Tampoco puede suceder un hermano del causante por derecho de representación de su padre si este ha premuerto; ni un tío del causante por premoriencia de un abuelo del mismo³⁶. Ello es así en los sistemas de llamamiento a parentelas de los derechos germánicos, pero no en el Cc. Los descendientes del ascendiente pueden no pueden tampoco ocupar el lugar del ascen-

³⁴ VATTIER, 1991, p. 2227.

³⁵ BRIOSO ESCOBAR (1993, pp. 24-25) del artículo 17. II de la Ley de 5 de noviembre de 1940, refiere un supuesto legal singular sobre anulabilidad de contratos celebrados en zona roja: «las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador, en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia a favor de los hijos o los nietos herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiere otorgado testamento válido a favor de tercera persona».

³⁶ LACRUZ, 1998, pp. 60-61 y STS de 10 de abril de 1928 (Jurisprudencia civil, tomo 183).

diente desheredado porque no son herederos forzosos y no pueden «conservar» derecho a legítima que no tienen (art. 857 Cc.)³⁷.

c) El representante no puede recibir más, ni tampoco menos, de lo que hubiese recibido el representado de haber vivido o haber podido heredar. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 924 y 926 Cc. Esta conclusión se atiene a lo dispuesto en los artículos 761, 766 y 857 Cc. y concuerda con el artículo 814. III Cc. posterior a la reforma de 1981, sobre preterición; también concuerda con el artículo 1038. I Cc. sobre colación. Posiblemente, y como se indicará más adelante, para el desheredado sin justa causa, el artículo 851 Cc. impone la misma limitación en la cuota que puede recibir³⁸, aunque existe opinión en contra de doctrina autorizada³⁹. Las restricciones en la legítima, afectan a la sucesión intestada y los descendientes que entran a suceder por derecho de representación solo pueden heredar la porción que hubiese podido recibir el representado (conclusión que concuerda con el artículo 766 Cc.). Como se verá en el capítulo quinto, se cuestiona si la porción ha de ser la legítima estricta (un tercio) o la total cuota legitimaria (dos tercios). Según el TS corresponde exclusivamente la legítima «estricta o corta»: STS núm. 310/1998, de 6 de abril de 1998, y las anteriores de 23 de enero de 1959 (RJ 1959, 125), 9 de octubre de 1975 (RJ 1975, 3585) y 13 de julio de 1985 (RJ 1985, 4052).

d) La aplicación del derecho de representación tiene un claro efecto en la distribución de la herencia entre quienes concurren a la sucesión al provocar la sucesión por estirpes. Cada estirpe, cada grupo de descendientes del representado, distribuye la porción que hubiese correspondido recibir al representado de haber vivido o haber podido heredar (arts. 924 y 926 Cc.).

En toda sucesión abintestato la distribución de los bienes puede realizarse bien por cabezas, también llamada en partes iguales, o bien por estirpes. Esta última modalidad es la que tiene lugar cuando se aplica el derecho de representación. El artículo 927 Cc. impone la distribución por estirpes cuando concurren hermanos e hijos de hermanos del causante pero también prevé la excepción a esta regla para cuando concurren solo sobrinos del causante, que entonces distribuirán los bienes en partes iguales (o por cabezas).

En cambio, la regla de la distribución por estirpes cuando se hereda por representación nunca falla en la sucesión de la línea recta descendente. Aun-

³⁷ Supuesto planteado por ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pp. 6747-6748 que se inclina también por la respuesta negativa a la posibilidad de que los hermanos del fallecido hereden en la legítima la porción del ascendiente desheredado (art. 857 Cc.). En el supuesto de indignidad es todavía más rechazable por cuanto el artículo 761 Cc. limita su ámbito de aplicación a los hijos o descendientes de hijos o descendientes del testador.

³⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, pp. 155-157; DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1666.

³⁹ MIQUEL, 2003, pp. 5351-5352 y 2014, pp. 991-993.

que concurren solo descendientes del causante del mismo grado, si hay derecho de representación, la distribución es *in stirpes*, del mismo modo que si concurren descendientes del causante de grados diferentes (arts. 933 y 934 Cc.). Lo mismo, si se aplica el derecho de representación en la línea colateral (arts. 947, 948 y 951 Cc.) por concurrir colaterales privilegiados de grados distintos.

e) La aplicación del derecho de representación permite «dar entrada» en la sucesión junto a los más próximos parientes del causante, a otros más alejados (hijos y nietos del causante; hermanos y sobrinos del causante) dentro del mismo orden y clase de llamados. Y, en ocasiones, incluso otorga preferencia a ciertos parientes frente a otros teniendo el mismo grado de parentesco. Así por ejemplo, el derecho de representación en la línea colateral hace que el sobrino (pariente colateral de tercer grado civil con el causante), herede con preferencia al tío del causante (también de tercer grado civil). Esta es también consecuencia de la subdivisión en dos órdenes de colaterales: privilegiados (hermanos e hijos de hermanos; artículos 946 a 951 Cc.) y no privilegiados u ordinarios (resto de colaterales dentro del cuarto grado de parentesco; artículos 954 y 955 Cc.).

f) La aplicación del derecho de representación impide el acrecimiento de los artículos 922 y 981 Cc., pues siempre es preferente.

g) El ámbito genuino del derecho de representación es claramente la premoriencia del llamado, pero también se aplica en otros supuestos como la declaración legal de ausencia, comoriencia, indignidad y desheredación y exclusión de herederos legales, como se argumentará.

h) El derecho de representación se aplica en la sucesión intestada, su campo natural de actuación⁴⁰, pero después de la reforma del artículo 814 Cc. por Ley 11/1981, puede considerarse que también se aplica en la sucesión legítima o forzosa (y entonces en la sucesión testada y en la intestada)⁴¹. Asimismo, por lo dispuesto en los artículos 761, 766 y 857 Cc., que prevén que los descendientes del indigno y desheredado puedan recibir la porción de legítima que hubiera correspondido recibir al indigno o al desheredado, se puede sostener que la representación tiene lugar en la legítima. Después de la reforma por Ley 11/1981, lo dispuesto en el artículo 814. III Cc. «sobre descendientes de otro descendiente no preterido» por el testador es también argumento para la aplicación del derecho de representación en la sucesión testada, sea o no sobre la mera legítima material individual estricta, cuestión discutida en la literatura jurídica. Solo en ese sentido cabe hablar de representación en la su-

⁴⁰ Es institución típica de la sucesión intestada: MADRIÑÁN, 2009, p. 71; VATTIER, 2010, p. 933.

⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1991, *passim.*; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2009, pp. 131-207.

cesión legitimaria y testada en el ámbito del Cc.⁴² La representación sucesoria no se aplica en los legados. Cuando el Cc. alude al derecho de representación utiliza la terminología «heredar» (*ad ex.* artículos 926 y 927 Cc.). Lo dispuesto en el artículo 888 Cc. lo confirma «cuando el legatario no pueda o no quiera aceptar el legado o, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y de aplicación del derecho de acrecer»⁴³. Y el mismo criterio ha de seguirse en los legados de mejora, si premuere uno de los colegitimarios mejorados⁴⁴.

i) Existen sentencias de AAPP que han aplicado el derecho de representación para interpretar la presunta voluntad del testador: *ad ex.* SAP Orense de 13 de septiembre de 1994.

2. Fundamento histórico del derecho de representación sucesoria

Es en la sucesión intestada donde se desenvuelve naturalmente la representación sucesoria y como enseña la Historia, la finalidad prevalente del derecho de representación era no postergar injustamente a la estirpe del hijo premuerto al causante⁴⁵. El fallecimiento de un descendiente antes que su ascendiente constituye un «accidente sucesorio», pues nada hay más antinatural que sobrevivir a un descendiente. En definitiva, la representación sucesoria mitiga el efecto que la premoriencia del cabeza de la estirpe o parentela. Los descendientes del fallecido antes que el causante representan a su padre en la herencia de su abuelo y no quedan postergados por el resto de los hijos.

⁴² A diferencia de otros derechos como el aragonés que aplica un mecanismo análogo denominado «sustitución legal», indiscriminadamente en todo tipo de delaciones: intestada, paccionada, legitimaria y testada: artículos 334 a 341 CDFR.

⁴³ VICENTE DOMINGO, 2011, pp. 1130-1132, SAP Toledo de 24 de abril de 2000 (AC 2000, 4862).

⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO admite el legado para completar la legítima (1991, p. 1968). La RDGRN de 3 de abril de 1995 (conforme a doctrina de las SSTs de 24 de junio de 1940 y de 6 de diciembre de 1952) no admitió el derecho de representación en un legado del tercio de mejora y aplicó el derecho de acrecer entre los legatarios mejorados, dice, *para los que no hubo prevista sustitución ni especial designación de partes*. El testador había dejado como legado el tercio de mejora a sus cuatro hijos. Uno de ellos había premuerto, dejando un hijo, un nieto del causante. Según el Centro Directivo, dicho nieto había sido preterido por lo que consideró que debía «anularse» la institución de heredero, pero declaró que, puesto que había que considerar subsistentes las mandas y mejoras ordenadas por el testador, debía aplicarse el derecho de acrecer en la mejora entre los tres hijos supervivientes, quedando el nieto excluido de dicha mejora puesto que el testador no previó expresamente la sustitución. En consecuencia, el nieto no pudo entrar a heredar dicha porción de la mejora (legado de mejora) por derecho de representación de su padre.

⁴⁵ *Vid.* en MADRIÑÁN (2009, pp. 75-78) las teorías del fundamento del derecho de representación, subjetiva, basada en la presunta voluntad del *de cuius* (Manresa) y en la equidad (Q. Mucius Scaevola) y objetiva, al tener su razón de ser en la necesidad e proteger legalmente a la familia del causante (De la Oliva Castro).

La atendible ratio de la figura sucesoria se extendió en la mayor parte de los derechos civiles históricos, a otros ámbitos como la incapacidad e indignidad del llamado y a supuestos análogos a la premoriencia. Y siempre en razón de equidad. Aun compartiendo los derechos coetáneos hoy las finalidades que históricamente tuvo esta figura, la presencia del derecho de representación en los Códigos civiles se explica en buena medida por la fuerza de la tradición, lo que acaso propicia la introducción de efectos no pensados que acompañan al mecanismo sucesorio.

Siguiendo a BRAGA DA CRUZ, tres han sido los elementos del derecho de representación conocidos históricamente:

a) El derecho de entrada o *Eintrittsrecht*: «da entrada en la sucesión a parientes más apartados del causante» que, en otro caso, quedarían excluidos por los de grado más próximo. Cuando se aplicaba, parientes de diferente grado de parentesco con el causante heredaban simultáneamente. En el Cc. español, el derecho de entrada se produce en la línea recta descendiente (art. 925, 933 y 934 Cc.), y también en la colateral, solo cuando concurren hermanos y sobrinos del causante (arts. 925 y 948 Cc.), pero no cuando concurren solamente sobrinos del causante (art. 927 Cc.) con independencia de que sea por premoriencia de sus ascendientes o por repudiación (de los hermanos del causante).

b) El derecho de preferencia sucesoria, la *Vorfolgerecht* que puede provocar la preferencia sucesoria de un pariente de grado más alejado con el causante respecto de otro de grado más próximo. Este efecto se suele dar en la línea colateral y también en los derechos germánicos al aplicarse el llamamiento a las parentelas por premoriencia del cabeza de parentela (ascendiente del causante). En el Cc. no llega a darse (ni siquiera cuando se aplica el llamamiento de la reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc.) pero tiene cierta similitud cuando se comparan los llamamientos abintestato a sobrinos y tíos del causante. Ambos tipos de parientes están en tercer grado civil de parentesco en relación al causante (tienen el mismo grado). Sin embargo, la admisión del derecho de representación (art. 925 Cc.) y, sobre todo, la preferencia de un grupo de parientes colaterales privilegiados (hermanos e hijos de hermanos, *ex* artículo 946 Cc.) respecto del resto (art. 954 Cc.) provoca que el tío (3.º grado) quede postergado por el sobrino (3.º grado) aunque ambos tengan el mismo grado de parentesco colateral con el causante. Indudablemente, el Cc. español prefiere a igualdad de grado a una parentela más próxima al fallecido, criterio del que prescinde en el llamamiento al resto de colaterales dentro del cuarto grado (arts. 954 y 955 Cc.). No sucede así en el CDFA donde se decidió (desde

la reforma de la Ley 1/1999, Lsuc.) otorgar preferencia al sobrino nieto del causante (4.º grado civil) respecto de colaterales pertenecientes a parentelas más apartadas (tío, 3.º grado; primo, 4.º grado; tío-abuelo, 4.º grado) y tanto en la sucesión troncal en el recobro de liberalidades, como en la no troncal: artículos 335.2, 338, 524.2, 526 y 532 CDFA)⁴⁶. Parece una regla razonable que podría proponerse para el Cc. que, en la actualidad, también llama a suceder a los nietos de hermanos del causante (4.º grado) pero en el grupo de colaterales no privilegiados, por tanto, «sin distinción de líneas» (art. 955 Cc.) y sin que se pueda aplicar a su favor el derecho de representación (art. 925. II Cc.).

c) El reparto de la herencia por estirpes y no por cabezas o *Stammteilung*. Este efecto puede darse tanto si concurren a la herencia parientes de grados distintos como si todos los parientes que concurren son del mismo grado. Así sucede en el Cc. a consecuencia de las restricciones que provoca para la estirpe del indigno, desheredado o «preterido que no se considera como tal» la aplicación de los artículos 761, 766, 814, 851 y 857 en relación con los artículos 924, 925, 926, 933 y 934 Cc. Para la distribución por estirpes no es imprescindible la concurrencia de parientes de distintos grados. La restricción a la legítima en el derecho de descendientes ulteriores del indigno, desheredado o preterido provoca la distribución por estirpes y no por cabezas entre los del mismo grado, es decir, la típica *Stammteilung* de los derechos germánicos, elemento del derecho de representación que puede darse tanto si concurren parientes de grados distintos como si son todos del mismo grado⁴⁷, o sea, se produce solo la «représentation à l'effet de partager», por contraposición a la «représentation à l'effet de succéder»⁴⁸.

Los tres efectos referidos podían darse en los derechos históricos conjuntamente o no. La distribución de los bienes por estirpes es un posible efecto del derecho de representación pero no es indispensable. En la tradición romanista siempre se daban los tres conjuntamente, sin embargo, en derecho germánico podían aparecer de forma aislada; por ello se reservaba el término *Repräsentationsrecht* o *Vertretungsrecht* para aludir al derecho de representación en el concepto unitario del derecho romano y se utilizaban otros términos para cada uno de los elementos en que dicho derecho podía descomponerse y que, en los

⁴⁶ Vid. otras consideraciones al respecto en el capítulo octavo, donde se propone la misma regla para el Cc.

⁴⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 a), pp. 93-97, 174 y 233-253.

⁴⁸ POTHIER, 1844, pp. 377-379.

derechos de tradición germánica, rebeldes al concepto unitario, se presentaban muy comúnmente de forma aislada⁴⁹.

3. Supuestos de aplicación

3.1 PREMORIENCIA. POSIBLE EQUIPARACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y COMORIENCIA

El derecho de representación se aplica indiscutiblemente en caso de premoriencia del representado al causante, como se deduce de los artículos 924, 929 *a contrario* y 766 Cc.⁵⁰, si bien llama la atención, como indica VATTIER, que con ser la causa más característica de la sucesión *iure repraesentationis*, no se la mencione explícitamente⁵¹.

El momento al que ha de referirse la «premuerte» del representado es el del fallecimiento del causante, por ser el que ha de tomarse como referencia para calificar la capacidad del heredero conforme al artículo 758. I Cc.

La doctrina ha subrayado la importancia del elemento volitivo para que se dé la representación sucesoria, es decir, que el llamamiento a los descendientes del premuerto se produce porque el «representado» ha dejado de adquirir por razones independientes de su voluntad⁵². Sin embargo, no parece un elemento tan trascendente ni que configure la esencia de la figura. En la regulación actual del Cc. la repudiación del llamado impide la aplicación del derecho de representación, pero no sucede lo mismo en otros derechos, como el italiano y el francés y así era también en la Compilación del Derecho civil de Aragón para la denominada sustitución legal, aunque la regla cambió en la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte (art. 26, trasunto del artículo 341 CDFR)⁵³.

⁴⁹ BRAGA DA CRUZ, 1941, pp. 104-107, nota. 164.

⁵⁰ VATTIER FUENZALIDA, 1986, p. 249. El tenor literal del artículo 766 Cc. ha sido criticado por su dudosa utilidad al reiterar la regla de los artículos 758. I y 761 Cc. (REGLERO CAMPOS, actualiza DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1069). Refrenda, no obstante, que en los tres supuestos que contempla (premoriencia, incapacidad y renuncia) no se aplica la transmisión de la delación (transmisión del *ius delationis*), el *ius transmissionis* del artículo 1006 Cc. a los herederos del «heredero voluntario». Recoge la tesis más ampliamente admitida por la doctrina que considera que el precepto alude al derecho de representación, en línea con la STS de 6 de diciembre de 1952 (RJ 1952, 2430), y subraya la necesaria interpretación de la norma (también de la STS citada) a la luz de la reforma del artículo 814. III Cc. en 1981, GÓMEZ CALLE, 2011, pp. 677-678.

⁵¹ VATTIER, *idem ibidem*.

⁵² LACRUZ, 1953, p. 194, MADRIÑÁN, 2009, p. 94.

⁵³ Si bien, a mi juicio, en Derecho aragonés las razones para esta decisión de política legislativa, han de buscarse más que en el afán por imitar al Cc., en la acuciante necesidad de solventar los problemas

La solución del Cc. ha recibido críticas⁵⁴ e incluso algún autor ha mantenido que *de lege lata* se puede aplicar el derecho de representación en caso de repudiación⁵⁵; aunque esta última es una tesis que no comparte ningún autor ni la jurisprudencia del TS⁵⁶. Si bien parece que sigue siendo mayoritaria la tesis desfavorable a admitir la aplicación del derecho de representación en caso de repudiación del llamado⁵⁷, doctrina muy autorizada ha propuesto *de lege ferenda* su admisión a la vista de las reformas de los derechos comparados y de las atendibles razones que se esgrimen en los derechos civiles que recientemente han optado por esta solución⁵⁸. Constituye claro ejemplo el derecho francés, donde se subrayan por la doctrina las ventajas de que los hijos pueden, con su renuncia, propiciar la transmisión directa de los bienes de los abuelos (sus padres) a los nietos (sus hijos) evitando cargas fiscales y costes de transacción intergeneracionales. En definitiva, el llamado es libre de aceptar o repudiar, y provocará en este último caso que sus correspondientes descendientes puedan tomar su porción en la herencia de su padre. Es una solución que se adecua a la realidad social y a la constatación de la elevada edad a la que hoy se hereda debido al aumento de la esperanza de vida en Francia⁵⁹. Se alude a estas cuestiones nuevamente en el epígrafe III de este mismo capítulo.

3.1.1 Declaración de fallecimiento

El supuesto de declaración de fallecimiento es claramente equiparable con la muerte a efectos de la aplicación del derecho de representación sucesoria. No obstante conviene tener en cuenta que el artículo 197 Cc. prevé la posibilidad de revocación de la declaración de fallecimiento, que procede tanto

dogmáticos producidos con ocasión de la reforma del artículo 141 de la Compilación en 1985, y que con justeza denunciaba el profesor LACRUZ en el Prólogo a la obra de VATTIER (1986, pp. 11 y ss.). En la reforma de la Compilación de 1985, y por una «enmienda transaccional» introducida en el debate del proyecto en las Cortes de Aragón, se había admitido que el «causante o causahabiente» (los dos, entiéndase por este último, el llamado a heredar por testamento y abintestato) pudiera decidir en caso de repudiación si se aplicaba o no a favor de sus descendientes la sustitución legal (mecanismo concordante, aunque evidentemente no idéntico, al derecho de representación del Cc.): sobre esta cuestión, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b, pp. 73-79.

⁵⁴ MARTÍNEZ CALCERRADA, 1966, pp. 410 y ss.

⁵⁵ ARJONA, 2012.

⁵⁶ *Vid. infra*, apartado III.

⁵⁷ MADRIÑÁN, 2009, pp. 95-97; VATTIER, 1986, pp. 257-259.

⁵⁸ VATTIER, 2006, p. 547 y 2010, p. 1031. El autor considera que, al menos, debería admitirse a favor de descendientes del repudiante y limitado a la legítima, «esto es, en términos equivalentes al que ostentan los del indigno y del desheredado».

⁵⁹ LEROYER y ROCHFELD, 2006, p. 613.

en el supuesto de aparecer con vida el ausente, como cuando puede demostrarse que fue otra la verdadera fecha de la muerte⁶⁰. La fecha presuntiva de la muerte que conste en el decreto del Secretario judicial no impide la prueba en contrario⁶¹: STS 7 de febrero de 196 (RJ 1966, 338).

La declaración de fallecimiento tiene efectos de carácter sucesorio en dos aspectos. Por un lado, provoca la apertura de la sucesión del declarado fallecido. Es el supuesto de los artículos 195 y 196 Cc. imponiendo este último ciertas limitaciones, cargas y obligaciones a los llamados a la herencia del declarado fallecido (que podrán ser herederos testamentarios, forzosos o abintestato). En todos los casos de declaración de fallecimiento (arts. 193 y 194 Cc., reformulados por Ley 15/2015), firme la declaración (art. 196.1 Cc. y 74.3 de la de la Ley 15/2015), se abrirá la sucesión sobre los bienes del declarado fallecido.

Pero, además, la declaración de fallecimiento también es relevante para establecer los derechos del declarado fallecido y consecuentemente los de sus herederos (los que lo sean tanto por testamento como abintestato, y también de los herederos forzosos) en relación a las herencias a las que sea o hubiera podido ser llamado el declarado fallecido.

Según la fecha presuntiva de la muerte del declarado fallecido procederá o no la aplicación del derecho de representación de sus descendientes en otras herencias.

En concordancia con el artículo 195. II Cc., el artículo 74 de la Ley 15/2015 (LJV) obliga a que en el decreto que dicte el Secretario judicial que declare el fallecimiento conste la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, tanto en el supuesto del artículo 194.2.º Cc. (reformado por la misma Ley 15/2015), en cuyo caso será la fecha del siniestro, como en los supuestos de los apartados 1, 4 y 5 del artículo 194 Cc. (arts. 74.1. III y 74.2. II Ley 15/2015)⁶². Ello es así con independencia de la necesidad de firmeza de la declaración de fallecimiento (las normas aluden expresamente al «ausente» y hay que considerar que no necesariamente es el «declarado legalmente ausente» pues no es imprescindible declaración previa legal de ausencia para la declaración de fallecimiento; artículos 196. I Cc. «firme la declaración de falle-

⁶⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, p. 623.

⁶¹ Vale lo mismo que antes de la Ley 15/2015: STS 7 de febrero de 196 (RJ 1966, 338).

⁶² Con anterioridad a la reforma, la doctrina deducía la fecha presuntiva en interpretación conjunta de los anteriores artículos 193, 194 y 195. II Cc. para establecer en cada supuesto cuál debía ser considerada fecha legal de la muerte: HUALDE SÁNCHEZ, 2000, p. 1647. Además, mayoritariamente se entendía que la fecha a considerar era la de la muerte presuntiva del declarado fallecido que constase en el auto judicial firme de declaración de fallecimiento: *vid.* CORRAL TALCIANI, 1991, pp. 227-269, con independencia de que la firmeza de dicha resolución judicial podía verse interrumpida por impugnación del auto judicial ante la Audiencia Provincial: CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, p. 622; DE LA CUESTA, 2011, p. 980.

cimiento del ausente» y 74.3 LJV «firme la declaración de fallecimiento del ausente»). Lo relevante para nuestro planteamiento es la fecha presuntiva de la muerte, y no la de la firmeza de la declaración⁶³, que debe constar necesariamente en el decreto del Secretario judicial.

Fijada la fecha presuntiva en el decreto del Secretario, es posible establecer oficialmente si se ha de considerar que el declarado fallecido «premurió» a otro causante o si «le sobrevivió». En el primer supuesto (fecha presuntiva de la muerte del «representado» anterior a la del fallecimiento del causante a cuya sucesión hubiese podido concurrir el declarado fallecido de haber existido), los efectos serán los mismos de la premoriencia y podrá aplicarse, si el causante falleció *ab intestato*, el derecho de representación a favor de los descendientes (y de los sobrinos, en caso de sucesión en línea colateral).

En cambio, si la fecha presuntiva de la muerte que conste en el decreto de declaración de fallecimiento es posterior a la del fallecimiento del causante, no se aplicará el derecho de representación, sino, que tendrá lugar la transmisión de la delación, el *ius transmissionis* (art. 1006 Cc.) en cuyo caso pesarán sobre los herederos (sean por testamento o abintestato) y legatarios⁶⁴ las limitaciones, restricciones y cargas que impone el artículo 196 Cc. a los llamados a heredar al declarado fallecido. El declarado fallecido, pudo tener delación en la herencia del tercero (al que sobrevivió según la fecha del decreto del Secretario judicial) y, al fallecer sin aceptar ni repudiar la herencia ajena, y abrirse su propia sucesión (testada, forzosa o intestada) se integrará dicho derecho a aceptar o repudiar la herencia causada por otro, en su propia herencia⁶⁵. Y todo ello, como decimos, con las cargas y limitaciones del artículo 196 Cc.

La diferenciación es especialmente relevante para establecer si el cónyuge viudo tiene o no derecho al usufructo por legítima. No lo tiene si se aplica el derecho de representación pero sí tendrá derecho a él en el caso de transmisión de la delación (así por ejemplo si aceptan la delación descendientes del causante y concurre cónyuge viudo con derecho de usufructo por legítima)⁶⁶.

Es dudoso si en el primer supuesto, es decir, cuando la fecha presuntiva que consta en el decreto es anterior a la de la muerte del causante fallecido abintestato a la que hubiera podido concurrir de haber existido, se aplica ple-

⁶³ ÁLVAREZ OLALLA, 2013, p. 6771.

⁶⁴ El derecho de transmisión, al contrario que el derecho de representación, se pierde si se renuncia a la herencia del representado; y no se reparte de forma igualitaria entre la estirpe, sino en función de lo dispuesto por el testamento del transmitente, si lo hubiera otorgado: GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1266.

⁶⁵ ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pp. 6771-6772.

⁶⁶ En Derecho Foral aragonés, donde el usufructo viudal es universal (aunque no se considere legítima) se prevé expresamente el efecto de la ausencia y la declaración de fallecimiento en relación con el derecho de viudedad, tanto en su fase expectante, como de usufructo viudal: artículos 53 a 55 CDFA.

namente el derecho de representación a favor de los descendientes del declarado fallecido y éstos heredan «por su propio derecho» adquiriendo la plena propiedad de los bienes en la herencia del causante representando al declarado fallecido o si, contrariamente, deben soportar algún tipo de limitación o restricción o alguna prevención por si apareciese el declarado fallecido o si se pudiese acreditar, ya indubitadamente, que la fecha de la muerte fue otra distinta a la que conste en el decreto del Secretario judicial.

No cabe entender que les afecten las limitaciones y restricciones que el artículo 196 Cc. impone expresamente a los herederos del declarado fallecido, puesto que no se prevén para este supuesto, sino para la sucesión del declarado fallecido. Y tampoco les afectarán las obligaciones (menos severas) que los artículos 191 y 192 Cc. imponen a quienes heredan cuando ha sido llamado a una herencia el ausente.

Lo razonable es que se aplique el derecho de representación a favor de los descendientes del declarado fallecido, con independencia de la posibilidad de aplicar el artículo 197 Cc. si apareciese después o se pudiese establecer con certeza que la fecha de la muerte fue otra distinta a la fijada en el decreto presuntivamente, siempre y cuando no hayan prescrito las acciones correspondientes y teniendo en cuenta que pueden existir derechos consolidados tanto de los descendientes que heredaron por representación como de terceros⁶⁷. Como indicara ROCA SASTRE, la «presunción de haber acaecido la muerte en la expresada fecha, obra en beneficio de terceros de buena fe, especialmente si lo son a título oneroso, puesto que el artículo 197 preceptúa que si después de la declaración de fallecimiento se presenta el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido. Esto demuestra que la venta efectuada queda firme o sea que el heredero presunto vendió bien»⁶⁸.

3.1.2 *Ausencia declarada legalmente*

Cuando se abre una sucesión a la que está llamado el declarado ausente se plantea si debe aplicarse el derecho de representación a favor de sus descen-

⁶⁷ Analizados por la doctrina en relación a la adquisición de bienes directamente del declarado fallecido en su sucesión (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, pp. 623-624; DE LA CÁMARA, 2011, pp. 981-983) y que han que considerar aplicables cuando hereden por representación descendientes del declarado fallecido (ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pp. 6771-6772).

⁶⁸ ROCA SASTRE, en Ennecerus, Kipp y Wolf (Kipp, revisa Coing) revisan anotaciones de ROCA, PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, 1976, p. 183.

dientes, como si hubiese premuerto. El Cc. no lo afirma expresamente, a diferencia del CCC⁶⁹ y del CDFA⁷⁰ y de algunos derechos extranjeros, como el francés⁷¹, italiano⁷² y portugués⁷³. No obstante, la opinión mayoritaria es que el derecho de representación es aplicable, descartándose unánimemente en el supuesto de ausencia presunta⁷⁴. Así lo dio también a entender la STS de 24 de noviembre de 1927 (CL 141, t. 178)⁷⁵. Se considera que cuando el artículo 191 Cc., primera proposición, dice que «abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla», hay que interpretar que las personas con derecho propio para reclamarla son los favorecidos con el derecho de representación en la sucesión intestada⁷⁶.

Como decía SERRANO Y SERRANO, en los supuestos de ausencia declarada no se trata de representar a una persona viva sino a una persona que puede resultar viva pero que, en la inmensa parte de los casos, no lo estará⁷⁷. Hay razones de justicia, equidad y analogía con los demás supuestos para aplicar el derecho de representación a favor de los descendientes del declarado legalmente ausente,

⁶⁹ Artículo 441-7.1 del CCC. Antes, en artículo 10 Ley de sucesión intestada 1936 (BOGC número 192, de 10 de julio de 1936), en la Ley de sucesión intestada de 25 de mayo de 1987 y en el artículo 328.1 del Código de Sucesiones de 1991.

⁷⁰ Al igual que en la Lsuc. 1/1999, los artículos 336 a 339 CDFA establecen la aplicación de la sustitución legal en caso de ausencia declarada.

⁷¹ La Ley número 77-1447, de 28 de diciembre de 1977, equiparó la declaración judicial de ausencia totalmente al fallecimiento para la representación (art. 128 *Code civil*).

⁷² Artículos 70 y 467 del Código Civil italiano de 1942, como antes el artículo 68.1 del Código de 1865. *Cfr.* PALAZZO, 1996, p. 225; CIAN Y TRABUCCHI, 1997, p. 274.

⁷³ Según los artículos 120 y 2039 Cc. portugués «no puede heredar» el declarado ausente y se aplica el derecho de representación: OLIVEIRA ASCENSAO, 1987, pp. 182-185; LEITE DE CAMPOS, 1997, p. 531.

⁷⁴ Quienes así lo han mantenido citan los artículos 190 y 191 Cc.: PUIG PEÑA, 1972, p. 416; MARTÍNEZ CALCERRADA, 1966, p. 275; PUIG BRUTAU, 1977, p. 381, nota 34; SERRANO Y SERRANO, 1943, pp. 243-244; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, pp. 614 y 515. Recogen el estado de la cuestión: VATTIER, 1986, pp. 251-254; GUILARTE, 1989, pp. 183-184 y O'CALLAGHAN, 1999, p. 348.

⁷⁵ Fallecido abintestato el causante, litigaron por sus derechos a la sucesión (conforme a las reglas vigentes antes de la reforma de 1981) la esposa de un hijo de un primer matrimonio del causante que en el momento de su muerte estaba declarado legalmente ausente, la esposa del causante en segundas nupcias y unos sobrinos del fallecido (entonces sus más próximos parientes con derecho a heredar abintestato). El TS falló que durante la situación de ausencia no se puede considerar que el heredero vive, pues su situación es indefinida (ni existe ni no existe) y entendió que el hijo declarado ausente no pudo heredar al causante (a su padre) al no haber demostrado su esposa que el ausente estaba vivo cuando falleció el causante de la sucesión (padre del ausente). En consecuencia, declaró herederos a los sobrinos, con derecho de usufructo por legítima de la (segunda) esposa del causante. El TS mantuvo que debía adoptar dicha solución porque no había otros descendientes del causante.

⁷⁶ ROCA SASTRE-MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, p. 397; YSÀS SOLANAS, 2011, p. 1576; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1266.

⁷⁷ SERRANO Y SERRANO, 1943, p. 243. Es una tesis que, como refieren algunos autores (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, p. 614; DE LA CUESTA, 2011, pp. 970), la doctrina está siendo más proclive a admitir, cada vez más indubitadamente y ofreciendo nuevos argumentos a favor: VATTIER, 1986, p. 253; MADRIÑÁN, 2009, pp. 103-104; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1266.

basta con cumplir las obligaciones previstas en el Cc., incluso con constancia registral. En estos casos, los bienes adquiridos por quienes hereden por representación estarán sometidos a las obligaciones y reserva previstas en los artículos 191 y 192 Cc. No hay unanimidad sobre si ésta es una reserva hereditaria o una puesta en administración de la herencia a la que es llamado el ausente⁷⁸.

El declarado legalmente ausente o bien aparecerá o será declarado fallecido. En el primer caso, habrá que entender que tuvo capacidad para heredar al causante y los bienes deberían revertir a él (con independencia de la posible prescripción de acciones). Si no aparece y se declara el fallecimiento, se estará a la fecha presuntiva de la muerte fijada en el auto judicial, como se ha indicado *supra*. Si la fecha es anterior a la de fallecimiento del causante, procederá la aplicación del derecho de representación a favor de descendientes por premoriencia (y cesará la obligación de reservar de los artículos 191 y 192 Cc.). Y si la fecha es posterior, no tendrá lugar el derecho de representación sino la transmisión de la delación del artículo 1006 y los herederos de declarado fallecido (que podrán ser testamentarios o abintestato) podrán aceptar o repudiar la herencia respecto de la que el ya declarado fallecido se puede considerar que «falleció sin aceptar ni repudiar»⁷⁹.

La identidad de razón con la premoriencia es clara pero convendría dejar claro en el futuro este régimen jurídico y parece mejor optar por la aplicación del derecho de representación en caso de declaración legal de ausencia.

Finalmente, existe la posibilidad de que el declarado ausente fuese indigno para suceder al causante o, tratándose de un legitimario, que hubiera sido desheredado sea con justa causa o injustamente. Deben entonces tenerse en cuenta las limitaciones derivadas de los artículos 761 y 857, 766 y 929 y 851 y 929 Cc.

3.1.3 Comoriencia

No es cuestión pacífica en la doctrina si en caso de comoriencia del causante con el «llamado» y si son parientes con derechos hereditarios recíprocos,

⁷⁸ Sobre la polémica doctrinal, CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, pp. 614-615. Han afirmado que el artículo 191 Cc. consigna una *nueva* reserva, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, 5.ª edición, p. 310; O'GAYAR, *Comentarios Edersa*, t. IV, pp. 110 y ss.; SERRANO Y SERRANO, 1943, pp. 239 y 247 y ss.. Contrariamente, PUIG BRUTAU (1977, pp. 246-247) considera que no es realmente una reserva pues en ella *no se trata de imprimir a unos bienes una dirección o trayectoria especial en contraste con la que seguirían según el Derecho general de sucesiones, sino de conservar un patrimonio o unos bienes precisamente para asegurar, en la medida de lo posible, que seguirán este curso normal*. Subraya las diferencias entre la reserva del artículo 966 Cc. respecto de la viuda encinta con las de la prevista para quienes heredan bienes en la herencia a la que es llamado el declarado ausente, DE LA CUESTA, 2011, pp. 970-971.

⁷⁹ JORDANO FRAGA, 1990, p. 184.

tiene lugar el derecho de representación. La presunción de comoriencia se suele dar cuando causante y representado mueren en un mismo siniestro y se ignora o, mejor, no puede demostrarse o no llega a demostrarse el fallecimiento de uno antes del otro, o sea, el orden o prelación de los fallecimientos. Se da también cuando consta en el Registro civil idéntico instante de la muerte de dos personas, lo que se denomina *comoriencia tabular*. En algunos derechos se presume que ha fallecido antes el sujeto de mayor edad, pero no es así en el Cc. pues conforme al artículo 33, las personas *se presumen muertas al mismo tiempo* y –esto interesa ahora destacar–, *no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro*.

Pese a opiniones contrarias⁸⁰, la comoriencia es equivalente a la premo-riencia a efectos del derecho de representación en la sucesión intestada, como han mantenido LACRUZ BERDEJO y GUILARTE ZAPATERO⁸¹, puesto que se da exactamente la misma circunstancia que al premorir el representado al causante: no hay vocación ni delación alguna para el representado pues está ya muerto y, sin embargo, se aplica el derecho de representación. Destaca más recientemente que la situación encaja en la expresión del artículo 924 Cc. si «hubiera podido heredar», MADRIÑÁN VÁZQUEZ⁸².

En el supuesto de stirpe única del hijo que comuere con su padre, el llamamiento a favor de los nietos del abuelo procederá conforme a los artículos 921 y 923.

Por coherencia, hay que considerar que no se aplica la transmisión de la delación del artículo 1006 Cc., pues el comuriente no ha tenido a su favor delación que pueda transmitir a sus herederos.

Sería deseable una aclaración de estos extremos en una futura reforma del Cc. con la finalidad de reducir el excesivo margen interpretativo que no se

⁸⁰ R. M. ROCA SASTRE, 1981, p. 140, nota 25 y VATTIER, 1986, pp. 250-251 y 1991, p. 2228. Este último considera que, al estar excluidos por el artículo 33 los derechos sucesorios del hijo comuriente al que se trataría de representar, no cabe un llamamiento a su favor puesto que no se le ha dirigido vocación ni delación alguna y la herencia del padre causante no está, respecto a él, en la fase de herencia deferida. Otro argumento es que, dada la inexistencia de derechos hereditarios, en el supuesto de comoriencia de padre e hijo, no puede haber una determinación indirecta del *quantum* que se defiera a quienes resulten ser, en definitiva, los sucesores del abuelo, puesto que falta el marco de referencia que la ley tiene en cuenta para determinarlo. Según VATTIER, no juega aquí el derecho de representación, sino que estamos ante un claro supuesto de delación sucesiva; y concluye que comoriencia no equivale a premo-riencia sino a inexistencia del sucesor, por lo que no puede haber representación sucesoria. GUILARTE objetó que, de seguir tal interpretación, los nietos no podrían suceder al abuelo en caso de comorir en accidente de tráfico su abuelo y su padre, existiendo otros hijos vivos del abuelo fallecido, lo que indudablemente entrañaría una injusticia injustificada.

⁸¹ LACRUZ, 1961, p. 194, nota 8; GUILARTE, 1989, pp. 179-182.

⁸² MADRIÑÁN, 2009, pp. 98-101; YSÁS SOLANES, 2011, pp. 1575-1576.

da en derechos que presumen que el individuo de más edad fallece en primer lugar.

La disparidad de regulaciones de los países de la UE, se puso de manifiesto en el Libro Verde de Sucesiones y Testamentos, Bruselas, 01.03.2005. COM (2005) 65 final ⁸³. El artículo 32 del Reglamento (UE) núm. 650/2012, de Sucesiones establece que «Si dos o más personas cuya sucesión se rija por leyes diferentes falleciesen en circunstancias que impidan conocer el orden en que se produjo su muerte, y dichas leyes regularan tal situación mediante disposiciones diferentes o no la regularan en absoluto, ninguna de las personas fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra u otras». Consagra así, y siguiendo el mismo criterio de su antecedente, el artículo 23 del Convenio de la Haya de 1989 ⁸⁴, el mismo criterio del artículo 33 del Cc. siempre y cuando se den los siguientes requisitos: imposibilidad de determinar el orden de los fallecimientos, que las sucesiones de los conmorientes se rijan por leyes diferentes y que las leyes aplicables establezcan disposiciones diferentes o no la regulen en absoluto; si se dan los requisitos, se aplicará la norma expresa y se neutralizarán los derechos sucesorios entre conmorientes ⁸⁵.

3.2 INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN DEL LLAMADO A HEREDAR ABINTESTATO. PRETERICIÓN

3.2.1 *Relación del artículo 929 Cc. con los artículos 761, 766, 814, 851 y 857 Cc.*

Según el artículo 929 Cc., «No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad». Está en la sección 3.^a, capítulo III, Título III del Libro III Cc., dentro del capítulo dedicado a la sucesión intestada. Una interpretación, exclusivamente a la luz de dicha sección tercera y aislada del resto del articulado y del sistema del Cc., llevaría a mantener la equiparación de la desheredación y de la incapacidad por indignidad con el supuesto de premoriencia del llamado. Siguiendo lo dispuesto en los artículos 924 y 926 Cc., si el descendiente de grado más próximo es incapaz de heredar por indignidad o ha sido desheredado con justa causa por el causante, serían llamados los descendientes del grado siguiente con división por es-

⁸³ Vid. ec.europa.eu/civiljustice/homepage_ec_suces_es.pdf (apartado 2.3).

⁸⁴ Vid. BONOMI y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, pp. 422-427.

⁸⁵ INFANTE RUIZ, 2014, pp. 689-693.

tirpes de la herencia, de modo que recibirían la total cuota intestada, es decir, la misma porción que si su ascendiente hubiese premuerto.

Sin embargo, el artículo 914 Cc. dice que lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada. Hay que entender que alude tanto a la indignidad para suceder como a la desheredación, así como a la preterición, y que todos sus presupuestos y efectos se aplican en la sucesión intestada. La remisión del artículo 914 Cc. hay que entenderla hecha a los artículos 761 Cc., entre las reglas de la capacidad para suceder por testamento y sin él, y que se considera referido unánimemente a la indignidad para suceder⁸⁶ y al artículo 857 Cc., sobre desheredación con justa causa. Ambos limitan la cuota de los descendientes del indigno y del desheredado a la legítima.

Tanto el artículo 761 como el 857 Cc. concuerdan con lo dispuesto en el artículo 766 Cc., si bien este último incurre en la misma imprecisión que el artículo 924 Cc. cuando implícitamente parece considerar que los derechos «son transmitidos» a los descendientes por quien no puede suceder por premo-riencia, incapacidad o renuncia. En puridad el «representado» nada transmite al representante; entendemos que la interpretación correcta del precepto es que concuerda con el artículo 761 Cc. y no que alude a un supuesto derecho de transmisión⁸⁷.

Estas limitaciones previstas expresamente para los descendientes del indigno y desheredado con justa causa, concuerdan con la solución que dio el legislador en 1981 a la preterición al reformar el artículo 814 Cc.. La preterición de herederos forzosos provoca la reducción de las disposiciones testamentarias para que el preterido pueda recibir la legítima. Solo en el supuesto de preterición de todos los herederos forzosos se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (art. 814. II.1.º Cc.). Sin embargo, en otro caso, los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos (art. 814. III Cc.); según la doctrina, este último supuesto es el de premo-riencia del no preterido, en cuyo caso los descendientes heredarán por representación la porción hereditaria que hubiera recibido este último⁸⁸.

⁸⁶ ALBALADEJO, 1987, p. 283; MADRIÑÁN, 2009, p. 109, GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, p. 263.

⁸⁷ Se ha dicho también que el precepto es técnicamente incorrecto y ocioso puesto que reitera la regla de los artículos 758. I y 761 Cc.: REGLERO CAMPOS, actualiza DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1069.

⁸⁸ Tesis de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1991, pp. 72 y ss. que ha prevalecido en la doctrina, LACRUZ et alter, 2001, V, p. 420, MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2009, pp. 165 y ss.; VATTIER, 2010, p. 933.

La propuesta constituye, como se indicará a continuación, la opinión claramente dominante en la doctrina. CÁMARA LAPUENTE se ha mostrado contrario a la opinión mayoritaria y considera que el artículo 929 Cc. ha de ser interpretado para la sucesión intestada de forma independiente de los artículos 761 y 857 Cc. Utiliza argumentos como que: a) los artículos 761 y 857 solo tienen la misión de extender el derecho de representación (que tiene su sede natural en la sucesión abintestato) a la legítima de los descendientes; b) la representación de los descendientes del indigno y desheredado en la total cuota abintestato es una solución acorde con la presumible voluntad del testador; c) es asimismo coherente con los principios de «personalidad de las sanciones» y del «menor efecto o mitigación de éstos»; d) resulta absurdo que si los descendientes del indigno o desheredado no pueden heredar la total cuota intestada por representación, habría que llamar a los ascendientes o colaterales (se puede añadir que, en su caso, también al cónyuge)⁸⁹.

Anteriormente, GUILARTE consideró que las restricciones de los artículos 761 y 857 Cc. no alcanzan a los supuestos de sucesión mixta, es decir, cuando se den a la vez delación testada e intestada. Entendía que, una vez tomada la porción de legítima por los descendientes, si después existe repudiación por alguno de los llamados, podrían adquirir mayor derecho a la herencia por acrecimiento y que ello sería una consecuencia de la aplicación conjunta de los artículos 658, 912 y 857 Cc., puesto que al producirse *un nuevo llamamiento intestado y, mediante el mecanismo de la representación sucesoria, debe dirigirse a los descendientes del indigno, que concurrirán o no con herederos, también intestados, del mismo grado que aquél, sin las limitaciones del artículo 761, que, como el 857, implican básicamente restricción a la voluntad testamentaria, que no juega en la intestada*⁹⁰.

Se trata de argumentos atendibles *de lege ferenda* pero que se enfrentan a la letra de la ley y al análisis de los antecedentes legislativos.

⁸⁹ CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 134-141.

⁹⁰ GUILARTE, 1989, p. 195. El autor consideraba que si hay disposición testamentaria del causante, que no agota la atribución de bienes o que resulta ineficaz sólo parcialmente, las disposiciones testamentarias a favor de los instituidos no desheredados se respetarán y, *en la parte no dispuesta*, los no desheredados *concurrirán con los hijos o descendientes del desheredado aplicándose las reglas de la sucesión intestada, de modo que los primeros sucederán por cabezas y los segundos por estirpes y por referencia al padre o ascendiente desheredado. Sin perjuicio de que, en todo caso, se les respete sus derechos mínimos como legitimarios*. El autor utilizaba como argumento afirmaciones del profesor LACRUZ: *solución –dice– a la que parece referirse Lacruz cuando dice que el artículo 857 limita los derechos de los hijos del desheredado a la porción legitimaria, excluyéndoles implícitamente de cualquier parte de bienes que no entre en ella, salvo que la hereden por disposición expresa del causante o abintestato*. Sin embargo, la opinión de LACRUZ está clara en los *Elementos V*, donde citaba a su discípulo DELGADO (p. 62) y a NÚÑEZ BOLUDA (p. 584) para mantener que el artículo 929 se debe interpretar a la luz del 857 (si bien, entiende que los legitimarios tienen derecho a la legítima larga).

El artículo 758 del Proyecto de 1851 (antecedente del vigente 929) decía: *no puede representarse a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673*. El párrafo primero del artículo 623 del Proyecto decía lo siguiente: *si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán éstos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios*. Y el 673: *los hijos del desheredado que sobrevive al testador ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden*.

Las explicaciones de GARCÍA GOYENA sobre su propuesta y las citas que hacía a las soluciones de otros códigos muestran, aun con ciertas dudas, su opinión favorable a que el derecho de los descendientes del indigno y desheredado no se restringiese a la legítima pero en el Cc. se optó claramente por otra solución⁹¹.

Finalmente, conviene subrayar que el legislador no ha modificado estas normas en las sucesivas reformas del Cc., a pesar de que en 1981 se modificó el texto del artículo 761 suprimiendo su párrafo segundo y modificando el artículo 857 que establecían la prohibición del indigno y desheredado para usufructuar y administrar los bienes así heredados por sus hijos. Y en la misma fecha se modificó el artículo 814. III que también limita la cuantía a percibir por los descendientes de grado ulterior en caso de preterición⁹².

Es razonable pensar que cuando un ascendiente ha desheredado a un hijo (sea con justa causa o sin causa) poca o más bien ninguna relación tendrá con la estirpe del desheredado (en general, con toda la familia del desheredado), y si los derechos a la sucesión deben tener en cuenta los afectos entre parientes, es de prever que poco o ninguno habrá seguramente en estos casos. Pero no siempre es así, y muchas veces los abuelos luchan por mantener contacto con sus nietos se lleven bien o mal con sus hijos, yernos y nueras, también tras la separación y divorcio, finalidad atendida en la reforma del artículo 94 Cc., para garantizar el derecho de comunicación y visitas.

De lege lata no debería existir en la sucesión intestada restricción para la estirpe del indigno o desheredado, sea descendiente o colateral.

Si bien existen intensas relaciones entre indignidad y desheredación y las de indignidad para suceder constituyen justas causas de desheredación (pese a que no se hayan retocado los artículos 853 y 855 Cc. y no remitan ahora expre-

⁹¹ GARCÍA GOYENA, 1974, pp. 337, 338 y 364.

⁹² Aspectos subrayados por VATTIER, 2010, p. 872.

samente al número 1.º y 7.º ni el 854 al número 7.º del artículo 756 Cc., por las reformas introducidas en las causas de indignidad por Ley 41/2003 y por Ley 15/2015) siendo cierto que algunos sistemas extranjeros han optado por la fusión de ambos institutos (Francia e Italia)⁹³, en el Cc. conviene diferenciarlas⁹⁴.

3.2.2 *Aplicación del derecho de representación por indignidad del llamado*

Cuando el artículo 929 Cc. alude a incapacidad, no se refiere a la incapacidad absoluta sino a la indignidad, que es una causa de incapacidad para suceder de carácter relativo⁹⁵. El indigno no está absolutamente incapacitado para suceder sino que lo está exclusivamente para suceder a la persona en concreto respecto de la que sea declarado como tal⁹⁶. La indignidad para suceder priva al indigno de su derecho a suceder tanto a título de herencia como de legado y tanto en la sucesión testamentaria, como en la intestada y en la forzosa⁹⁷.

Es discutido en la doctrina si la indignidad para suceder se produce automáticamente o si requiere un pronunciamiento judicial y en este último caso, si la sentencia es declarativa o constitutiva⁹⁸. También, si la acción prevista en el artículo 762 Cc. es de caducidad o de prescripción⁹⁹ y si es disponible, es decir, susceptible de transacción o renuncia¹⁰⁰.

En cuanto a si se aplica el derecho de representación a favor de descendientes del incurso en causa de indignidad cuando éste no ha sido formalmente desheredado por el causante, la doctrina mayoritaria entiende que el indigno

⁹³ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, pp. 252 y 262.

⁹⁴ Frente a quienes preconizan la refundición de indignidad y desheredación (MENA-BERNAL, 1995, pp. 262 y 275; *de lege ferenda*, LACRUZ, 1961, p. 106, JORDANO FRAGA, 2004, p. 10) BUSTO LAGO considera que tienen diverso régimen jurídico (2013, p. 1182).

⁹⁵ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, p. 252.

⁹⁶ Es discutido si la indignidad ha de declararse judicialmente o no. Después de la reforma por Ley 15/2015 (LJV) se ha afirmado incluso que el notario puede tener en cuenta la indignidad para suceder de alguno de los llamados en el expediente de declaración notarial de herederos. No obstante, no hay duda de que si respecto de quien se pretende estar incurso en causa de indignidad se opone, habrá de ser declarada judicialmente. La acción de declaración de indignidad puede ser interpuesta por cualquier interesado en la sucesión, incluido el Estado.

⁹⁷ TORRES GARCÍA, 2004, p. 32; TRUJILLO DÍEZ, actualiza LÓPEZ MAZA, 2013, p. 1056. Pese a opiniones que ponen en duda la aplicación del artículo 761 Cc. en la sucesión intestada, el artículo 914 Cc. impone las limitaciones de los artículos 761 y 857 en la sucesión intestada y se extienden al derecho de representación del artículo 929 Cc., consecuencia también del artículo 926 Cc.: *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, pp. 1270-1271.

⁹⁸ Según ALGABA ROS (2002, pp. 137 y 141) tiene carácter constitutivo.

⁹⁹ Prácticamente toda la doctrina considera que la acción es de caducidad, salvo REGLERO CAMPOS, que entiende que es de prescripción: revisa DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, 2013, *ex* artículo 762 Cc.

¹⁰⁰ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, pp. 268-269.

para suceder lo es tanto en la sucesión intestada como en la porción legitimaria sin necesidad de que el causante lo haya dispuesto expresamente en testamento (único documento apto para desheredar)¹⁰¹.

Algunos autores han dicho que si el causante declaró en su testamento la indignidad de uno de sus hijos, los descendientes del indigno soportarán la restricción del artículo 761 Cc. y, en cambio, si el causante no otorgó testamento y se abre la sucesión intestada, si uno de sus hijos es declarado judicialmente indigno para sucederle, los descendientes del indigno sucederán por derecho de representación sin la limitación del artículo 761 Cc., en toda la cuota intestada que hubiese correspondido recibir al indigno, en caso de no haberlo sido¹⁰². Para esta solución se argumenta que la declaración judicial de indignidad tiene como consecuencia, como explicaba LACRUZ, la destrucción del llamamiento con efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión: *la herencia o el legado recaen en quien hubiera debido recibirlos si aquél no hubiera vivido entonces*¹⁰³. Para el autor, la del indigno es una delación con efectos claudicantes, comparable a la perfección del contrato anulable¹⁰⁴.

La sustitución en los números 1.º a 3.º del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015 del término «testador» por «causante» corrobora la doctrina mayoritaria, y que declarada la indignidad tiene plena eficacia en la sucesión intestada con independencia de que la causa se haya hecho constar o no por el fallecido en testamento.

La doctrina mayoritaria entiende que en el supuesto de indignidad para suceder se han de poner en relación los artículos 929 y 761 Cc. y considerar que existe derecho de representación a favor de los descendientes del indigno. Es una solución equitativa que provoca que no se haga pagar a los descendientes del indigno una causa que solo debe afectar a la persona que ha llevado a cabo la ofensa¹⁰⁵. En consecuencia, sus respectivos descendientes tienen derecho a recibir con base en el artículo 761 Cc. el derecho a la legítima pero no la total cuota abintestato¹⁰⁶. La tesis más extendida es que solo pueden recibir la legítima estricta, concurran o no con otros legitimarios¹⁰⁷, aunque la doctrina no es unánime.

¹⁰¹ JORDANO FRAGA, 2004, pp. 51 y ss.; GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, pp. 262-263

¹⁰² MARTÍNEZ CALCERRADA, 1966, p. 183; GUILARTE, 1989, p. 195.

¹⁰³ LACRUZ, 1988, p. 85.

¹⁰⁴ Son de opinión contraria GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, p. 268.

¹⁰⁵ MADRIÑÁN, 2009, pp. 108-109 y 2011, pp. 1330 y ss.; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1270.

¹⁰⁶ JORDANO FRAGA, 2004, p. 57; MADRIÑÁN, 2009, p. 110 y 2011, pp. 1331-1332; VATTIER, 2010, p. 872; HERRERO OVIEDO, 2011, pp. 653-657; TRUJILLO DÍEZ, revisa LÓPEZ MAZA, 2013, p. 1064; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, pp. 1270-1271.

¹⁰⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2004, pp. 1471 y ss.; VATTIER, 2010, p. 872; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, Sistema IV, 1983, p. 435, PÉREZ DE VARGAS, p. 191 y NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, p. 100.

Desde la reforma por Ley 11/1981 y antes de la de 2015 (LJV), el artículo 756.2.º II Cc. establecía para el condenado en juicio por atentado lo siguiente: «Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima». Con base en los categóricos términos del precepto, el profesor MIQUEL mantuvo que en ese supuesto concreto los descendientes del indigno ni siquiera heredaban por representación la legítima pues se producía su extinción¹⁰⁸. Dicho texto se ha suprimido en la reforma del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015¹⁰⁹.

Mantiene opinión distinta del resto de la doctrina, CÁMARA LAPUENTE, al entender que los descendientes del indigno y desheredado tendrían en la sucesión intestada derecho a la total cuota al no tener aplicación las restricciones de los artículos 761 y 857 Cc.¹¹⁰ Sus sugerentes argumentos soslayan el artículo 914 Cc., que aunque se haya considerado inútil¹¹¹, tiene capital importancia para la interpretación del artículo 929 Cc. en conexión con los anteriormente citados.

Asimismo, pese a la opinión mayoritaria, se afirma que en estos supuestos se está más que ante un derecho de representación con restricción en la cuota, ante una *successio graduum* inspirada en motivos de piedad. La norma, lo mismo que el artículo 857 Cc. para la desheredación con justa causa, entrañaría más bien un llamamiento directo a la descendencia a modo de devolución de la porción legítima¹¹². La misma doctrina, en RDGRN de 14 de agosto de 1959 (RJ 1959, 3354).

Se podría entender también que en estos supuestos lo que verdaderamente tienen los descendientes del indigno (y del desheredado con justa causa) es una acción personal para reclamar, como herederos forzosos, la legítima estricta más que un derecho de representación con derecho limitado a la cuota de legítima estricta.

Aunque la cuestión puede parecer más bien teórica porque a priori ambas tesis llevarían al mismo resultado, no es así, especialmente, por los deberes de colacionar tal como se prevén en el artículo 1038 Cc. El precepto obliga a quienes hereden por representación a traer a colación tanto lo recibido por el

¹⁰⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, 1984, pp. 1275-1276. Tesis que no compartió la doctrina por entender que chocaba con el carácter personal de la pena privada que es la indignidad y que no puede pasar a los descendientes del indigno: ALGABA ROS, 2002, pp. 147-148; VATTIER, 2010, p. 872.

¹⁰⁹ Referencia concreta que representa un arrastre histórico procedente del Proyecto de 1851, que queda sin sentido después con el alcance general que adquiere esa pérdida en el texto definitivo del Código: GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2011, p. 263; la misma constatación, en MENA-BERNAL ESCOBAR, 1995, pp. 204 y ss.

¹¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 133-141.

¹¹¹ GETE-ALONSO, 2011, p. 1212.

¹¹² ROCA SASTRE, *El derecho de representación...*, cit., pp. 270-272 y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, II, p. 613.

«representado» como por ellos mismos. Con anterioridad a incurrir en causa de indignidad, el indigno ha podido recibir del causante donaciones colacionables. Como en el caso de desheredación con justa causa, las donaciones no quedan revocadas por incurrir el donatario en causa de indignidad (salvo las que pudieran haber sido hechas en concepto de mejora¹¹³), sino que será preciso ejercitar la correspondiente acción de revocación por ingratitud del artículo 648 Cc.¹¹⁴

Si se entiende que los descendientes del indigno heredan por representación, deberán colacionar conforme a lo dispuesto en el párrafo primero, lo que el indigno hubiese recibido del causante. Pero si se trata de una sucesión gradual y «por su propio derecho» solo deberán colacionar lo recibido por ellos y no lo que haya podido recibir el indigno directamente del causante¹¹⁵.

3.2.3 *El artículo 929 Cc. y la desheredación*

a) Desheredación sin justa causa: hereda el desheredado ilegalmente y no hay derecho de representación a favor de sus descendientes. El artículo 851 Cc.

Aunque el artículo 929 Cc. alude expresamente a desheredación, solo tiene sentido en relación a la que sea con justa causa.

El injustamente desheredado, si sobrevive al causante, tiene derecho a que se reduzca la institución de heredero en lo necesario para garantizarle su cuota legitimaria conforme a lo dispuesto en el artículo 851 Cc.¹¹⁶, solución esta última que coincide, desde la reforma por Ley 13/1981 con la prevista para la preterición intencional en el artículo 814 Cc.¹¹⁷, es decir, la institución de heredero no se anula totalmente sino que se reduce en lo necesario para que el injustamente desheredado pueda percibir su cuota legitimaria. Si concurre con otros legitimarios, solamente podrá recibir la legítima material individual estricta¹¹⁸; si no, puede heredar la legítima larga¹¹⁹.

¹¹³ LACRUZ, Elementos V, p. 448.

¹¹⁴ Para el supuesto de desheredación con justa causa, lo advierte BUSTO LAGO, 2013, p. 1187.

¹¹⁵ Solución que considera aplicable ROCA SASTRE, RDN, 1944, p. 711.

¹¹⁶ BUSTO LAGO, 2013, p. 1180

¹¹⁷ VATTIER, 2010, p. 967.

¹¹⁸ SSTs de 23 de enero de 1959; 13 de julio de 1985 (RJ 1984, 4052); 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1579); 6 de abril de 1998, (RJ 1998, 1913) y 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237) y Díez-PICAZO y GULLÓN, 2012 reimpresión 2015, p. 187. Contrariamente, LACRUZ entiende que esta interpretación supone indirectamente la admisión de mejoras tácitas: Elementos V, p. 428.

¹¹⁹ STS 10 de junio de 1988, RJ 1988, 4813.

La doctrina entiende que el desheredado sin justa causa no puede heredar mayor porción que la legítima ni siquiera en la sucesión intestada pues el causante ha dejado claro que quiere excluirle de su herencia aun sin poder hacerlo, y esta voluntad ha de ser respetada ¹²⁰.

El profesor MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA sostiene opinión contraria al entender que la desheredación injusta no debe privar al injustamente desheredado, no ya de su legítima completa, sino de su total cuota *ab intestato*. Con argumentos atendibles considera que la desheredación injusta debe provocar *ex artículo 851 Cc.* la apertura de la sucesión intestada para preservar la posición de heredero legítimo (heredero abintestato) del injustamente desheredado y no solamente su porción legitimaria estricta. En opinión del profesor Miquel, la doctrina mayoritaria hace una intensa integración de la voluntad del causante que testó desheredando injustamente, al concederle que quiso dejar lo mínimo posible. Es razonable que se afirme así por la mayoría de los autores, pero también lo es que resulta un tanto incoherente conceder tanto valor y eficacia a una declaración de voluntad respecto de la que se puede llegar a demostrar indubitadamente (si no, la desheredación será justa) que fue falsa, injusta, ilícita o ilegal. En un momento en que la doctrina aboga mayoritariamente por una mayor libertad de testar en detrimento de las legítimas, es una teoría que pone el foco, más que en la voluntad del causante, en la posición jurídica sucesoria de un hijo que puede llegar a demostrar, no se olvide, que la causa de desheredación esgrimida por su ascendiente era falsa, injusta o inexistente. No todos los supuestos de desheredación sin causa legal afectan a hijos poco ejemplares a los que el progenitor no puede desheredar, como sería su deseo, por ser tan restrictivas las causas legalmente previstas. Cabe también el ejemplo contrario y la indefensión del hijo injustamente desheredado es palmaria. Lo que verdaderamente pierde el (buen o ejemplar) hijo en tales casos, como bien subraya el profesor Miquel, no es la legítima, derecho imperativo fuertemente protegido en el Cc. para los herederos forzosos; lo que el hijo pierde es ostentar en la herencia la posición como heredero legítimo o abintestato y no solo el derecho a una porción de legítima material individual estricta cuantificable en porcentajes de valor.

No obstante, y como ya se ha indicado, la última proposición del artículo 851 Cc., parece que solo reconoce en tales casos el derecho a la legítima.

Finalmente, el análisis de las consecuencias de la desheredación de legitimarios tiene también aplicación cuando en la sucesión de un causante se

¹²⁰ ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1996, pp. 111-112; CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 101-110; ALGABA ROS, 2011, pp. 1010-1012; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, pp. 1884-1886; BUSTO LAGO, 2013, p. 1181.

produce la delación testada, legitimaria o forzosa y la abintestato. La desheredación solo puede hacerse en testamento¹²¹ y es posible que deban producirse delaciones abintestato, como sucederá claramente si el causante no dispuso de todos los bienes en el testamento en que desheredó. De por sí, la desheredación sin justa causa (*contra*, Miquel) no provoca la apertura de la sucesión intestada, sino solo la reducción de las disposiciones de contenido patrimonial para que el desheredado reciba su legítima.

b) Desheredación con justa causa: artículo 857 Cc.

El desheredado con justa causa pierde todo el derecho a heredar por testamento y queda excluido de toda participación en la sucesión intestada del causante: STS 9 de julio de 1974 (RJ 1974, 3556); RDGRN 31 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3483). Si el desheredado no tiene siquiera derecho a percibir la legítima, que es imperativa, menos todavía a percibir porción alguna de abrirse la sucesión intestada, aunque sea parcialmente.

La mayoría de la doctrina entiende, al igual que para la indignidad para suceder, que en el supuesto de desheredación con justa causa se produce a favor de los descendientes del desheredado un derecho de representación que alcanza exclusivamente a la legítima corta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 929 Cc.¹²² Según la jurisprudencia, existe en estos supuestos una transmisión de la cuota legítima del desheredado por ministerio de la ley a sus hijos o descendientes: SSTs 31 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7784) y 31 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7484).

En cuanto a la porción que deben recibir los descendientes del desheredado con justa causa, las discusiones doctrinales se dan en los mismos términos que para la indignidad, siendo mayoritaria la opción que les reconoce exclusivamente la legítima material individual estricta¹²³, y concurran o no con sus tíos¹²⁴.

c) Preterición de herederos forzosos y derecho de representación: artículo 814. III Cc.

El supuesto de preterición de legitimarios, como ya hemos dejado dicho, se ha equiparado desde la reforma por Ley 11/1981 del artículo 814 Cc. Para lo que aquí interesa, el preterido intencionalmente está equiparado al deshere-

¹²¹ Y es necesario testamento válido y que no sea revocado pues, si lo es, perderá eficacia la desheredación efectuada, lo que sería un caso de reconciliación: ALGABA ROS, 2011, p. 1002.

¹²² MADRIÑÁN, 2009, pp. 105-108; BUSTO LAGO, 2013, p. 1187.

¹²³ Tesis de ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2004, p. 1472.

¹²⁴ VATTIER, 2010, p. 969.

dado sin justa causa y tendrá derecho a la reducción de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias a prorrata hasta que se cubra su legítima. Será asimismo, la legítima estricta (STS 8 de octubre de 2010, RJ 2010, 7449). No se plantea en este caso la aplicación del derecho de representación a favor de sus correspondientes descendientes pues sobrevive al causante.

En cuanto al supuesto previsto en el artículo 814. III Cc., según la doctrina se aplica en caso de premoriencia del legitimario que no fue preterido en el testamento del causante, en cuyo caso, sus correspondientes descendientes, aunque no estén mencionados en el testamento, pueden heredar por derecho de representación la porción del no preterido que premurió y así no se consideran preteridos¹²⁵. En cuanto a la porción a que tienen derecho los descendientes del no preterido, se entiende mayoritariamente que solo a la legítima larga si concurren con no legitimarios y a la corta si concurren con legitimarios¹²⁶; otros autores entienden que los descendientes del preterido deben recibir lo mismo que debió recibir por testamento su ascendiente premuerto¹²⁷.

En el supuesto de preterición no intencional errónea, se abrirá la sucesión intestada; si el error es relevante, se anulan todas las disposiciones de contenido patrimonial y se abrirá la sucesión intestada en todo el caudal¹²⁸.

d) Premoriencia del indigno y del desheredado.

La mayoría de la doctrina entiende que el supuesto de hecho del artículo 814. III Cc., introducido en la reforma por Ley 11/1981, es el de premoriencia de un legitimario que no fue preterido en el testamento del causante¹²⁹.

Cabe considerar separadamente el supuesto de premoriencia al causante del legitimario indigno o desheredado, pues entonces se daría la disyuntiva de aplicar los efectos de la premoriencia y que los descendientes heredasen la total cuota abintestato, o contrariamente, considerar que les afectan las mismas restricciones de los artículos 761, 766 y 857, lo mismo que si el llamado (el «representado») estuviera vivo en el momento de fallecer el causante.

El profesor MIQUEL entiende que los artículos 761 y 857 Cc. presuponen que el indigno y desheredado sobreviven al testador¹³⁰; en caso de premorien-

¹²⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1991, pp. 128 y ss.; BUSTO LAGO, 2013, p. 1133.

¹²⁶ VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2012.

¹²⁷ MIQUEL, 1984, p. 1303.

¹²⁸ BUSTO LAGO, 2013, p. 113, con cita de la STS de 31 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2653) que así lo consideró por omisión de un legitimario a consecuencia de la declaración como hijo extramatrimonial una vez otorgado el testamento.

¹²⁹ Es la tesis de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1991, pp. 72 y ss. que, tras el inicial desconcierto de la doctrina, terminó por imponerse, como refiere el profesor VATTIER, 2010, p. 933.

¹³⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, 1984, pp. 1463-1464. De opinión contraria, ALGABA ROS, pp. 420-421.

cia ésta prevalece¹³¹ y no cabría restringir los derechos de la estirpe del premuerto. Entiende, además, que hay que distinguir en función de que se esté ante estirpe única o no. Si los descendientes del representado constituyen estirpe única del causante, heredarán la total cuota abintestato, pero si concurren con otras estirpes del causante (sean o no, entendemos, del mismo grado) se aplica la limitación prevista en dichos preceptos y perciben solo la cuota legítima; ello porque entiende que en los supuestos de estirpe única, los descendientes del indigno o desheredado premuerto deben considerarse preteridos no intencionalmente y podrán obtener la total cuota intestada¹³².

Sin embargo, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE lo importante, más que la concurrencia o no de estirpe única, es si hubo o no preterición del legitimario premuerto. Si no la hubo (lo que sucede si hay premoriencia y en el testamento se declara indigno o desheredado al descendiente), tampoco habrán sido preteridos sus descendientes y se les aplicarán, si heredan por derecho de representación, los artículos 761 y 857, constituyan o no estirpe única. En caso de estirpe única, y puesto que los descendientes del indigno o desheredado solo pueden percibir la legítima, cuando proceda la apertura de la sucesión intestada, se llamará abintestato al orden siguiente¹³³. Y en caso de preterición del indigno y del desheredado con justa causa se aplicará el artículo 814. III Cc., los descendientes no se considerarán preteridos y solo tendrán derecho a recibir la porción de legítima.

Por lo que respecta al injustamente desheredado, según el artículo 851 Cc. tiene derecho a percibir la legítima, por tanto, si premuere y dado que el representante no puede percibir más de lo que el representado recibiría si viviera (arts. 924 y 926 Cc.) el *quantum* previsto por el 851 Cc. se reflejará en los derechos de su estirpe. Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en este supuesto se aplica el artículo 814. III Cc., pues el injustamente desheredado no habrá sido preterido, y por tanto sus descendientes le representarán en la porción del artículo 851 Cc., solución coherente con lo previsto por el artículo 857 Cc. para el supuesto de desheredación con justa causa¹³⁴.

¹³¹ NÚÑEZ NÚÑEZ (2007, p. 101) considera que si el indigno ha premuerto al causante, no se puede considerar que lo sea.

¹³² MIQUEL GONZÁLEZ, 1984, p. 1302.

¹³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1991, pp. 155-157.

¹³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1991, pp. 155-157. Refiere ampliamente el estado de la cuestión, CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 101-107, al subrayar que aun en el supuesto de ser injusta de la desheredación, está claro que el causante ha querido excluir al legitimario de todo lo que pueda (hasta de lo que no podía), por cuanto, en aras a respetar al máximo su declaración de voluntad, el legitimario desheredado aun sin justa causa solo tiene derecho a recibir la legítima estricta, es decir, lo que imperativamente y por ley frena la libertad de disposición del causante. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1991, pp. 72 y ss.; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2009, pp. 175 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, 2010, p. 933.

En todos los casos, pues, la descendencia del indigno y desheredado (con justa causa o sin causa) que sobreviva o premuera al causante (tanto da) recibirá exclusivamente la legítima y no la total cuota abintestato lo que podrá incluso provocar la concurrencia en la sucesión abintestato de descendientes con ascendientes, es decir, de herederos de órdenes diferentes¹³⁵.

Pese a opiniones contrarias, cabe concluir que la premoriencia del indigno o desheredado no modifica las restricciones previstas en el Cc. para la estirpe, y se deben aplicar. Es indiferente que el desheredado justa o injustamente (no preteridos, pues) o el indigno premueran o no al causante pues la consecuencia no cambia.

La RDGRN de 6 de marzo de 2012 (BOE 7 de mayo) consideró que los descendientes del desheredado premuerto tienen derecho a intervenir en la partición, dada la naturaleza «pars bonorum de la legítima» y con independencia de que en el testamento se alegase que con una donación hecha en vida al desheredado ya se satisficieron sus derechos legitimarios.

3.3 EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE HEREDEROS LEGALES

Se ha planteado si es posible que un causante otorgue testamento en el que se limite a decir que no quiere que le herede alguno o algunos de los parientes que son llamados a la sucesión intestada fuera de los legitimarios; si fuera posible, no haría falta alegar justa causa de desheredación.

En los *Elementos*, LACRUZ recogía en epígrafe aparte la «desheredación en la sucesión intestada» concluyendo que es perfectamente posible dicha modalidad por la libertad testamentaria que rige en el Código. Citaba las opiniones contrarias de PUIG PEÑA y las matizadas de CASTÁN, ROCA SASTRE y BONET que consideraban que en tal caso se estaría ante sucesión testamentaria, lo que se conoce comúnmente con el nombre de testamento negativo, como recientemente ha expresado MADRIÑÁN VÁZQUEZ¹³⁶; habría un llamamiento tácito como herederos testamentarios a favor de los no excluidos. En opinión de GARCÍA RUBIO, se trata de llamamiento de carácter

¹³⁵ En contra, el profesor MIQUEL considera que la porción a la que tiene el desheredado injustamente (art. 851 Cc.) es la total cuota abintestato y no la legítima; en consecuencia, sus descendientes tendrán también en caso de premoriencia del injustamente desheredado, derecho a representarle en la total cuota abintestato: 2003, pp. 5351-5352 y 2014, pp. 991-993.

¹³⁶ MADRIÑÁN, 2009, p. 105.

legal y no testamentario ¹³⁷. Por su parte, ROMÁN GARCÍA consideró imposible desheredar a los parientes colaterales llamados a la sucesión intestada y afirmó que sería deseable una reforma del Código en este punto para que se pudiera aplicar «la sanción civil similar a la de los herederos forzosos, para los parientes colaterales» ¹³⁸.

CÁMARA LAPUENTE ha estudiado con detenimiento esta posibilidad, analizando derechos extranjeros y recientes tendencias de política legislativa de los derechos civiles forales o especiales, señaladamente, la del derecho aragonés (la exclusión de herederos legales se introdujo en los artículos 198 y 199 de la Ley de sucesiones por causa de muerte 1/1999, de la que son copia los artículos 512 y 513 CDFR). Refutando opiniones contrarias con argumentos atendibles concluye que es posible la exclusión de un heredero legal y que, en tal caso y si no hay más ordenación voluntaria del causante, se estará ante una sucesión intestada. Entiende entonces que se debe aplicar el derecho de representación a favor de los descendientes del excluido a la herencia, y sobre la total cuota intestada, en coherencia con la tesis que patrocina de no aplicar restricciones a los descendientes del indigno y desheredado cuando hereden por representación en la sucesión intestada ¹³⁹.

Tiene sentido entender que cuando el causante excluye voluntariamente a un heredero abintestato que no sea legitimario (en el Cc., pues solo parientes colaterales) no hay por qué considerar que también ha excluido a su estirpe pues siendo libre de hacerlo, no lo hizo. Plantear eventuales derechos de representación para la estirpe del excluido solo tiene sentido en el grupo de parientes colaterales privilegiados, hermanos e hijos de hermanos, únicos a los que se puede aplicar el derecho de representación en la línea colateral. Si el causante excluye voluntariamente a todos sus hermanos, heredarán los sobrinos en partes iguales y no por estirpes, como se deduce del artículo 927 Cc.

Asimismo el causante puede excluir, por ejemplo, a alguno de sus primos de la herencia sin expresar causa alguna o por causa falsa, lo mismo da. Tendrá lugar entonces el llamamiento abintestato al resto de colaterales dentro del mismo grado (los demás primos y, si los hay, los tíos-abuelos). En cuanto a la posibilidad de excluir voluntariamente al Estado, se trata en el capítulo noveno donde remitimos para no reiterar.

¹³⁷ GARCÍA RUBIO, 1989, pp. 300 y ss. y 308 y ss.

¹³⁸ ROMÁN GARCÍA, 1999, p. 259.

¹³⁹ CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 62-69, 71-74 y 128-141.

4. El derecho de representación no se aplica en caso de repudiación del llamado a la sucesión intestada

4.1 DERECHO VIGENTE

El Cc. español no admite la aplicación del derecho de representación en caso de repudiación del llamado. Así se deduce indubitadamente de los artículos 923, 924 *a contrario*, del 929 que solo admite la excepción a la regla *viventis non datur representatio* en los supuestos de desheredación e incapacidad y del artículo 981 que (interpretado con el artículo 923 Cc.) impone el acrecimiento en caso de repudiación. Es también doctrina de la STS de 27 de noviembre de 1992 (Ar. 9597, 1992) que lo dedujo del artículo 924 Cc. y de la STS, Civil, Sección única, núm. 715/2003, de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628).

La imposibilidad de aplicar el derecho de representación se ha basado en la autorizada opinión del profesor VATTIER, de gran influencia en la doctrina, con base en que, al repudiar, el llamado agota la delación y ésta se extingue¹⁴⁰. Pero estas tesis, si bien el autor las mantiene en sus términos *de lege lata*, han sido revisadas *de lege ferenda* y ha propuesto reformar el Cc. para admitir el derecho de representación en caso de repudiación del llamado al constatar que es la tónica general en bastantes derechos de nuestro entorno, especialmente los más recientemente reformados¹⁴¹. Y considera oportuno que dicho derecho de representación a favor de descendientes del repudiante se limite a la legítima, en términos equivalentes al que ostentan los del indigno y del desheredado¹⁴².

Recientemente se ha defendido *de lege lata* que el derecho de representación se aplica en caso de repudiación del llamado a favor de su stirpe¹⁴³ pero esta tesis no se puede compartir. Como bien argumentó la STS, Civil, Sección única, núm. 715/2003, de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628), el que renuncia lo hace para sí y para su stirpe y «aunque se ha propugnado por algunos tratadistas que se acoja por el legislador la eficacia representativa en la renuncia hereditaria, ello no es lo establecido por el Código Civil en el sistema sucesorio y por ello y mientras no se cambie, tiene que mantenerse» (FD 2.º, *in fine*).

La RDGRN de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2084) entiende que el artículo 923 Cc. veda el derecho de representación del que renuncia a la herencia¹⁴⁴.

¹⁴⁰ VATTIER, 1986, pp. 256-261.

¹⁴¹ VATTIER, 2006, p. 547.

¹⁴² VATTIER, 2010, p. 1031.

¹⁴³ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADC*, 2012, pp. 104 y ss.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1270.

4.2 RAZONES PARA PROPONER *DE LEGE FERENDA* EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN CASO DE REPUDIACIÓN DEL LLAMADO. DERECHOS COMPARADOS

Ni el Cc. ni los derechos civiles forales o especiales admiten la aplicación del derecho de representación en caso de repudiación del llamado. El vasco, balear y gallego por remisión al Cc. y el navarro y catalán porque así lo regulan expresamente en sus respectivas legislaciones civiles: leyes 308 y 311 FNN y artículo 442-1.2 CCC.

La aplicación de la sustitución legal (análoga pero no idéntica al derecho de representación del Cc.) en caso de repudiación estuvo vigente en derecho aragonés desde la Compilación de 1967¹⁴⁵, según algún autor, por influencia del *Codice Civile* de 1942¹⁴⁶. En la reforma de la Compilación de 1985 (ya norma de las Cortes de Aragón), el artículo 141 se modificó para admitir que el «causahabiente» pudiera decidir libremente si se aplicaba o no la sustitución legal aun repudiando y, en caso afirmativo, a favor de quién, esto es, el repudiante podía decidir el destino de la herencia repudiada¹⁴⁷. Las fuertes críticas que había recibido esta modificación (no exactamente la admisión de la sustitución legal en caso de renuncia)¹⁴⁸ pesaron indudablemente en la motivación de quienes redactaron el anteproyecto que cristalizó en la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte¹⁴⁹ y propiciaron la decisión de que, en adelante, la sustitución legal no se aplicase en caso de renuncia o repudiación. Así se plasmó en la Ley de sucesiones por causa de muerte 1/1999, cuyo artículo 26 lo afirmaba rotundamente para llamar la atención del intérprete sobre el relevante cambio normativo y después pasó al vigente artículo 241 CDFA. Esta opción legislativa confirmó a la sustitución legal aragonesa una caracterización más próxima al derecho de representación del Cc.¹⁵⁰, pero lo apartó de su propia tradición y de los derechos extranjeros vigentes de nuestro entorno.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 73-79.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1992, pp. 582-585.

¹⁴⁷ El derogado artículo 141.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, en la redacción que le dio la Ley 3/1985, de 21 de mayo, decía lo siguiente: «Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes». Se admitía, pues, que el «causante» y el «causahabiente» (*rectius*, repudiante) decidieran si se aplicaba o no la sustitución legal a favor de sus correspondientes descendientes.

La redacción originaria de la Compilación de 1967 era: «Salvo disposición del causante, ascendiente o hermano, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes».

¹⁴⁸ Singularmente, las del maestro LACRUZ, 1986 (Prólogo a Vattier, 1986), pp. 12-15.

¹⁴⁹ Comisión Aragonesa de Derecho Civil presidida por el profesor Delgado Echeverría.

¹⁵⁰ Detalles sobre esta reforma, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 73-77.

El *Codice* italiano admite el derecho de representación en caso de renuncia y repudiación en el artículo 467¹⁵¹ y el portugués, en los artículos 2039 a 2042 del Código civil¹⁵².

En cuanto a los derechos alemán (parágrafos 1953, 2344 y 1946 BGB) y suizo (arts. 457, 478.2, 541 y 572.1 del Código civil suizo), aunque disponen que no puede representarse a una persona viva, tratan al llamado a la sucesión indigno, desheredado o repudiante como si hubiese premuerto al causante y se llama a su estirpe siguiendo el sistema de parentelas, con lo que se produce un efecto en la sucesión intestada muy similar a la admisión del derecho de representación en todos los supuestos, incluido el de repudiación¹⁵³.

El nuevo Código Civil y Mercantil de Argentina de 2014 admite la representación sucesoria en caso de repudiación, ya en vigor en el anterior y en 2005 se propuso su admisión en Puerto Rico, que tiene un Código civil prácticamente idéntico al español de 1889.

En las reformas más recientes del Código civil francés, el derecho de representación ha merecido atención especial del legislador. Tras una complicada evolución, desde la reforma de 3 de enero de 1972 hasta la de 3 de diciembre de 2001, el derecho de representación solo se admitía en la sucesión intestada en caso de premoriencia y declaración de ausencia¹⁵⁴. Por ley de 3 de diciembre de 2001 se declaró expresamente aplicable al supuesto de como-

¹⁵¹ En Derecho italiano se admite el derecho de representación en todos los supuestos en que el representado no quiera o no pueda aceptar la herencia, y tanto en la sucesión testada como en la intestada: *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, p. 35 y citas que hace; PALAZZO, 1996 a), pp. 225 y ss.; CENDON, 1995, pp. 668 y ss.

¹⁵² Los artículos 2039 a 2042 del Código Civil portugués admiten el derecho de representación en la sucesión contractual, testamentaria e intestada. *Vid.* DE OLIVEIRA ASCENSAO, 1987, pp. 185 y ss.; MARTINS DA CRUZ, 1986, pp. 72-75.

¹⁵³ Los derechos alemán y suizo se acercan en sus efectos prácticos al sistema italiano, si bien por efecto de la aplicación del sistema de parentelas con sucesión por estirpes. Ambos disponen que a la sucesión del llamado a la intestada que no puede suceder –ya sea por indignidad o desheredación– o no quiere –por repudiación–, se aplican las mismas reglas sucesorias que si hubiese premuerto al causante. Así que, aunque parece que del tenor literal del § 1924 BGB no es posible la representación sucesoria de la persona viva, los §§ 1953, 2344 y 1946 afirman que el llamado que no puede o no quiere suceder ha de ser tratado como si hubiese premuerto al causante: *vid.* BINDER, 1953, pp. 160 y ss.; KIPP, 1976, pp. 61 y ss. Algo similar se da en derecho suizo: *cfr.* para la desheredación, los artículos 457, 478.2 (*Sa part est dévolue, lorsque le défunt n'en a pas autrement disposé, aux héritiers légaux de ce dernier, comme si l'exhéredé ne lui avait pas survécu*), para la indignidad, el 541 (1. *L'indignité est personnelle. 2. Les descendants de l'indigne succèdent comme si leur auteur était prédécédé*) y para el supuesto de repudiación, el 572.1 (*Lorsque le défunt n'a pas laissé de dispositions pour cause de mort et que l'un de ses héritiers répudie, la part du renonçant est dévolue comme s'il n'avait pas survécu*) todos del Código Civil Suizo. *Vid. ib.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, pp. 33-38.

¹⁵⁴ *Cfr.* artículos 730, 744, 787 del Código Civil francés y 128.1 para la declaración de ausencia. TAITHE, 1995, pp. 26 y 27; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, pp. 34-35, y nota 11. Lo mismo sucede en derecho belga: artículos 730, 744 y 787 del Código Civil belga.

riencia y en la Ley de 23 de junio de 2006 se amplió al supuesto de repudiación del llamado.

La doctrina francesa ha justificado esta opción de política legislativa al constatar la ampliación de la esperanza de vida en Europa y la avanzada edad a la que, por lo general, se llega a heredar. Permitir que al repudiar no se prive a la stirpe de concurrir en la herencia del ascendiente tiene indudables ventajas prácticas para los particulares pues permite traspasar directamente la herencia a generaciones más jóvenes sin necesidad de transmisiones intermedias. Asimismo se evita tributar dos veces por sucesión en el seno de las familias. Fallecido el causante con hijos y nietos, si no se puede aplicar el derecho de representación en caso de repudiación, si uno de los hijos quiere que su porción pase directamente a sus respectivos hijos –nietos del causante– se verá obligado a aceptar la herencia y transmitirla, a su vez, a sus hijos¹⁵⁵. Con el modelo francés el hijo del causante puede repudiar permitiendo que la herencia pase directamente, por derecho de representación, a sus respectivos hijos, nietos del causante. Es evidente que este sistema evita costes de transacción y pago de impuestos.

Son argumentos claramente trasladables al derecho español. No obstante, y ante una eventual decisión de política legislativa admitiendo el derecho de representación en caso de repudiación, y siempre que se conservase el sistema legitimario tal cual está previsto en el Cc. español para los descendientes, habría que revisar las obligaciones de colacionar del artículo 1038 Cc., y muy especialmente, el artículo 1036 Cc. que excluye el deber de colacionar si el donatario repudia la herencia.

4.3 DEBER DE COLACIONAR Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN: EL ARTÍCULO 1.038 Cc.

El sistema legitimario del Cc. limita notablemente la libertad del causante al reconocer derechos de legítima material individual a los descendientes e impone el deber de colacionar donaciones y liberalidades, lo que tiene claros efectos en el derecho de representación. Las cuestiones controvertidas sobre la relación entre colación y derecho de representación solo se dan en la sucesión de los descendientes, únicos legitimarios que pueden heredar por representación.

Conforme al párrafo segundo del artículo 1038 Cc., los nietos que hereden a su abuelo «por representación» del padre concurriendo con sus tíos o

¹⁵⁵ LEROYER y ROCHFELD, 2006, pp. 612-624.

primos deben colacionar lo que hubiesen recibido directamente del causante durante su vida. Pero además, el párrafo primero les impone también el deber de colacionar «todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado». El deber de colacionar se impone claramente¹⁵⁶, aunque haya recibido críticas de la doctrina¹⁵⁷ y desconozca la verdadera naturaleza de la representación sucesoria pues el mal llamado «representante» adquiere por derecho propio los bienes directamente del causante y no del «representado. El «representante» debe ser capaz de suceder al causante y puede incluso haber repudiado la herencia del «representado» o ser indigno para sucederle.

Estas obligaciones de colacionar exigen especial cuidado del legislador si se llegase a admitir el derecho de representación en caso de repudiación.

Ya el profesor LACRUZ advirtió en los años ochenta que, en el hipotético supuesto de admitirse el derecho de representación en caso de repudiación del llamado, la colación por el representante de lo que el representado recibió del difunto era, entonces, más necesaria, «porque la renuncia a la herencia por el representado-donatario en cuestión podría, en otro caso, ser un modo de eludir aquella medida igualatoria»¹⁵⁸.

Es el camino seguido por el legislador francés. Desde la reforma por Ley de 23 de junio de 2006, el artículo 754, párrafo tercero del *Code civil* prevé expresamente la obligación de los descendientes del repudiante de colacionar las donaciones recibidas por el «representado» que repudió, salvo voluntad en contrario del causante. Asimismo, se establece el deber de colacionar de los descendientes concebidos con anterioridad a la apertura de la sucesión repudiada si concurren con otros que hayan sido concebidos después¹⁵⁹.

El artículo 564 del *Codice civile* italiano de 1942 también impone el deber de colacionar en todos los supuestos de representación sucesoria.

5. Se aplica en las reservas hereditarias: artículos 811 y 968 y ss Cc.

Sin pretender el tratamiento de la compleja cuestión sobre la aplicación del derecho de representación en las reservas lineal (art. 811 y 942 Cc.) y bi-

¹⁵⁶ LACRUZ, 1988, p. 511; PUIG BRUTAU, 1977, p. 129; VALLET DE GOYTISOLO, 1984, p. 827.

¹⁵⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1996, pp. 180-188.

¹⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, Prólogo a VATTIER, 1986, p. 13.

¹⁵⁹ Conforme al artículo 754. II *Code Civil*, *Les enfants du renonçant conçus avant l'ouverture de la succession dont le renonçant a été exclu rapportent à la succession de ce dernier les biens dont ils ont hérité en son lieu et place, s'ils viennent en concours avec d'autres enfants conçus après l'ouverture de la succession. Le rapport se fait selon les dispositions énoncées à la section 2 du chapitre VIII du présent titre.*

nupcial (especialmente, a la vista del artículo 973 Cc.), dejaremos simplemente apuntada la opinión más autorizada de la doctrina cuando no encuentra razones para negar su aplicación en la reserva lineal (siempre que no se pase del tercer grado de llamamiento)¹⁶⁰. Cuando sentencias antiguas del TS negaron la aplicación del derecho de representación fue, bien porque con ello se traspasaba el grado tercero, como advirtió el profesor Lacruz, en relación a la STS de 8 de noviembre de 1906¹⁶¹ o por rechazar que los primos del descendiente que transmitió originariamente los bienes al obligado a reservar pudieran representar a sus padres, que eran tíos premuertos de aquél (SSTS de 16 de diciembre de 1892, 8 de noviembre de 1906, 11 de marzo de 1927, 14 de junio de 1945). No pueden por ser más alejados del 4.º grado del transmitente de los bienes al reservista, y por no poder aplicarse el derecho de representación a favor de hijos de tíos del transmitente (art. 925 Cc.: en la línea colateral el derecho de representación solo tiene lugar a favor de hijos de hermanos¹⁶². Por razones análogas, la repudiación de alguno de los llamados, provocará los efectos previstos en el artículo 923 Cc. Si repudia uno de los descendientes de grado más próximo o uno de los hermanos del *auctor*, lo hará para sí y para toda su estirpe. Jurisprudencia y doctrina consideran aplicable, por analogía, en la reserva lineal lo dispuesto en el artículo 970, es decir, cabe la posibilidad de que los hijos mayores de edad renuncien a la reserva expresamente sabiendo que el cónyuge viudo ha contraído segundo matrimonio¹⁶³. Pero no son solo ellos los únicos titulares de la reserva lineal. Un tío del transmitente puede tener derecho a la reserva del artículo 811 Cc., en defecto de parientes más próximos, sea porque no existan o porque repudien. Y no deberían ser excluidos por la regla del artículo 970 Cc., exclusivamente limitado a la reserva del bínubo y a los descendientes.

En cuanto a la reserva del bínubo, y a la vista del artículo 973 Cc. hay que entender que el derecho de representación también se aplica, al aplicarse todas

¹⁶⁰ MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2009, pp. 214-220; Díez SOTO, 2011, pp. 808-809, donde refieren la evolución de la doctrina al ir admitiendo la aplicación de la representación sucesoria en los llamamientos a favor de los reservatarios al fallecer el reservista en la reserva troncal del artículo 811 Cc. Antes, VALLET DE GOYTISOLO, 1991, pp. 1994-1995.

¹⁶¹ LACRUZ, 1988, p. 608.

¹⁶² Según el profesor Lacruz, es posible la investigación del origen de los bienes más allá de la persona que los transmitió al ascendiente reservista, más allá del *auctor*; puesto que los bienes pueden haber sido transmitidos con anterioridad al descendiente por un ascendiente más alejado que su padre o madre. Incluso de otro más alejado, al ascendiente que los transmitió al *auctor*, que después los pasó al reservista (LACRUZ BERDEJO, 1988, pp. 613-614). Es una interpretación elemental en todo sistema sucesorio troncal distinto al de la troncalidad simple que solo distingue entre la línea materna y la paterna (*Vid.* sobre tales sistemas de troncalidad, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 a), pp. 175-249.

¹⁶³ GUILARTE, 1989, p. 173 y SSTS de 17 de abril de 1956 y 24 de febrero de 1960.

las reglas de la sucesión intestada¹⁶⁴. Según LACRUZ, en derecho común la renuncia de los hijos, conocido el nuevo matrimonio del reservista, elimina todo derecho de los nietos a la reserva y tampoco se aplicaría el derecho de representación¹⁶⁵.

6. Es distinto del derecho de transmisión de la delación por fallecimiento del llamado que fallece sin aceptar ni repudiar

En las explicaciones sobre la aplicación del derecho de representación en caso de premoriencia y de declaración de ausencia legal, se aludió a la distinción del derecho de representación sucesoria de la transmisión del *ius delationis*. Esta última se da, conforme a lo previsto en el artículo 1006 Cc., cuando el llamado a la sucesión sobrevive al causante (es pues capaz de sucederle) pero fallece después sin aceptar ni repudiar la herencia. En estos supuestos no se aplica el derecho de representación, sino que tiene lugar la transmisión de dicho «derecho a aceptar o repudiar», a favor de los «herederos» del fallecido que los abintestato, pues el transmitente ha podido fallecer con testamento. La delación, el derecho a aceptar o repudiar tal llamamiento se integra en el caudal relicto del transmitente. Cuando los herederos del transmitente acepten su herencia, podrán ejercitarlo. Cabe decir que el derecho de representación se aplica por premoriencia y si hay «postmoriencia» sin aceptar ni repudiar, procederá la transmisión del *ius delationis* del artículo 1006 Cc.¹⁶⁶ y los derechos de eventuales legitimarios, singularmente el cónyuge viudo, se deberán respetar al aceptar el *ius delationis*, lo que no sucede cuando se hereda en virtud del derecho de representación. Los artículos 354 y 478 CDFR (para la herencia y el legado) tiene en cuenta estas singularidades, especialmente trascendentes dada la naturaleza del usufructo vidual universal aragonés, pues el viudo del que fallece sin aceptar ni repudiar tiene derecho de usufructo aunque la herencia sea recibida por *ius transmissionis* por sus herederos.

¹⁶⁴ BUSTO LAGO, 2013, pp. 1311-1312. *Vid.* allí las referencias a la jurisprudencia del TS y de la doctrina en relación a la aplicación del régimen jurídico de la transmisión del *ius delationis* previsto en el artículo 1006 Cc. a la reserva.

¹⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, 1988, p. 597.

¹⁶⁶ VATTIER, 1986, pp. 227 y ss.; JORDANO FRAGA, 1990, pp. 47 y ss.; MADRIÑÁN, 2009, pp. 63-69; ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2010, pp. 1099-1100; BOSCH CAPDEVILA, 2011, p. 1530; COLINA GAREA, 2013, pp. 1359-1360 y AAP Huelva, Sección 2.ª, 9 de marzo de 2010 (JUR 2010, 196782) y AAP 26 marzo 2010 (JUR 2010, 163293).

CAPÍTULO CUARTO

EL ORDEN DE LOS DESCENDIENTES: LLAMAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA

I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES OBJETO DE ANÁLISIS

En lo que concierne al llamamiento a suceder abintestato a los descendientes en el Cc., siguiendo el punto de vista de prospectiva y propuestas de este trabajo, se pueden destacar, al menos, tres cuestiones de interés.

La primera, la equiparación de filiaciones y el derecho a no discriminar por el origen en la sucesión intestada. Ha pasado mucho tiempo desde la entrada en vigor de la CE de 1978. Sin embargo, la cuestión de la equiparación sigue de actualidad. Los supuestos controvertidos son aquellos en que la filiación se declara o establece después de la muerte del causante, la conociera o no el progenitor (filiación que pudo establecerse además antes o después de la última disposición voluntaria *mortis causa* del testador) y cuando ya es de plena aplicación el artículo 14 de la CE. En esta problemática hay que tener en cuenta algunos supuestos de procreación mediante TRHA, en especial, mediante maternidad subrogada a los que se aludirá separadamente en el apartado IV. Por lo que respecta a la equiparación de los adoptados, está de renovada actualidad, tanto por en relación a los derechos de quienes fueron adoptados en forma simple (objeto de especial atención en jurisprudencia reciente de AAPP) como de los que todavía pueden serlo en adopciones internacionales; también, porque nuevamente el TS, siguiendo fielmente la información no vinculante del Consejo de Estado ha vuelto a considerar constitucional el veto a los adoptivos en la sucesión en títulos nobiliarios. Por lo demás, el reconocimiento de la denominada en el Preámbulo de la Ley 26/2015 «adopción abierta» el nuevo artículo 178 Cc. plantea nuevos retos en los llamamientos abintestato interfamiliares.

En segundo lugar, y si bien no es cuestionable en ningún caso la preferencia de la línea recta descendente en el orden abintestato frente a otros parientes (ascendientes y colaterales) se puede plantear la admisión del cónyuge viudo (en su caso, también del conviviente de hecho) en el llamamiento de primer orden para recibir una cuota abintestato en propiedad. El llamamiento en primer lugar al cónyuge junto con descendientes a una cuota parte en plena propiedad, si bien está muy extendida en el derecho comparado y es tendencia consolidada entre nosotros en legislación extramuros del Cc. que reconoce derechos a perjudicados por la muerte de propincuos y allegados, presenta inconvenientes prácticos que deben evaluarse para plantear reformas del Cc. Tiene particular interés la observación del impacto que ha tenido en la práctica en el derecho francés desde la reforma del *Code Civil* por Ley de 3 de diciembre de 2001. No obstante, y para evitar reiteraciones, se aludirá a este tema más ampliamente en el capítulo séptimo.

Finalmente, y en tercer lugar, debe hacerse ahora nuevamente referencia a la problemática relacionada con la limitación que, a juicio de la inmensa mayor parte de la doctrina, provocan en la sucesión de los descendientes del indigno y del desheredado los artículos 761, 766 y 857 Cc. al ser interpretados con los artículos 926 y 929 Cc. Se considere que en los supuestos de indignidad y desheredación del llamado se debe aplicar el derecho de representación a favor de su estirpe o bien la *successio ordinum et graduum*, como mantiene algún autor, *de lege lata* parece claro que también en la sucesión intestada se produce la limitación de derechos en la estirpe, lo que *de lege ferenda* es rechazado por un amplio sector de la doctrina, más rotundamente en los últimos veinte años. También se discute sobre cuál ha de ser la porción de cuota legítima a recibir por la estirpe del indigno o desheredado, si la corta (legítima material individual estricta) o la larga. Y se considera que la respuesta puede ser diferente en función de que concurren en la sucesión descendientes del indigno con otras estirpes o no (estirpe única o no).

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA SUCESIÓN. FILIACIÓN BIOLÓGICA Y ADOPTIVA: PLANTEAMIENTO

1. Requisito de filiación para heredar abintestato

Para que el hijo y, en general, los descendientes sean llamados a suceder abintestato es preciso que la filiación esté establecida, sea matrimonial o extra-

matrimonial, como declara la jurisprudencia¹ y subraya la doctrina². Se ha añadido un nuevo número 1.º, con reenumeración de los otros cuatro, en el artículo 120 Cc. por *Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*, que establece que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente «En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil».

Asimismo, constituida la adopción en resolución judicial, el hijo adoptivo y sus descendientes (lo mismo que los descendientes del hijo adoptado) tiene derecho a suceder abintestato a su progenitor (y a toda la familia en el lugar que corresponda). En suma, una vez que hay filiación determinada, sea biológica o adoptiva, matrimonial o extramatrimonial, los derechos a heredar abintestato son idénticos sin discriminación alguna por el origen de las filiaciones, conforme al artículo 108. II Cc. Y esta equiparación no solo tiene lugar en línea recta sino en todo el conjunto de relaciones familiares.

2. **Filiaciones y derecho a suceder abintestato: filiación biológica, gestación por sustitución y adopción**

La equiparación sin discriminación alguna en el derecho a suceder abintestato de los hijos y descendientes es completa en relación con los biológicos y para las sucesiones abiertas con posterioridad a la CE. En cuanto a los adoptivos, tampoco son discriminados en sucesiones abiertas después de la Ley 21/1987 y siempre que lo sean en forma plena. No obstante, la situación no es igual para los adoptados en forma simple con anterioridad a la Ley 21/1987, al estar abierta la polémica en torno a sus derechos a la legítima (con argumentos trasladables a la sucesión intestada, como se verá).

La mayor parte de la doctrina considera que debe prevalecer el sistema transitorio previsto en las reformas del Cc. de 1981 y 1987 y, en consecuencia, los adoptados simples no tienen ni siquiera derecho a la legítima. Sin embargo, las AAPP estiman lo contrario y soslayan completamente dicho régimen transitorio para conceder derecho a la legítima a los adoptados simples cuando el causante fallece estando ya vigente la CE. Este argumento resulta fortalecido

¹ STS 15 octubre 1997 (ID CENDOJ 28079110011997102019). Asimismo, hace falta declaración de heredero abintestato y no basta acreditar que se es hijo para heredar: En el mismo sentido, Auto de la AP Álava, Sección 1.ª, 12 mayo 2010 (AC 2010, 1590).

² LÓPEZ MAZA, 2013, p. 6797; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1272.

por doctrina autorizada que considera que la adopción simple es también un tipo de filiación. En nuestra opinión, si hay filiación, hay sucesión. Y debe existir equiparación en la sucesión intestada.

Con la CE de 1978 entró en vigor automáticamente la prohibición de discriminación por el origen de filiación sin ninguna duda entre la matrimonial y extramatrimonial, pero no lo consideró así el TC entre la adoptiva plena y menos plena hasta la reforma del Cc. por Ley 21/1987, en que ya solo existe en derecho español un solo tipo de adopción. Hoy están completamente equiparadas filiación biológica o natural y adoptiva³ aunque persiste en la jurisprudencia (que refrenda el criterio reiterado por el Consejo de Estado en los informes preceptivos no vinculantes) la discriminación en la sucesión en los títulos nobiliarios, como se ha vuelto a poner de manifiesto en la STS de 12 de enero de 2015.

Existen cuestiones controvertidas para cuyo estudio conviene diferenciar, pues los supuestos implican intereses de índole diversa:

a) Por un lado y aunque pudiera parecer anacrónico plantearlo, sigue teniendo interés la cuestión de los derechos de descendientes cuya filiación se establece después de la muerte del causante que falleció cuando todavía regía la discriminación entre hijos y descendientes matrimoniales y extramatrimoniales. La STC de 7 de julio de 2007 (RJ 2007, 6258) aplicó el derogado artículo 939 Cc., norma a todas luces discriminatoria y frontalmente opuesta a la CE, entendiendo que la CE de 1978 no se podía aplicar retroactivamente a la sucesión de un causante fallecido con anterioridad. El magistrado O'Callaghan Muñoz dictó un voto particular disidente al considerar que después de la CE no puede aplicarse una norma discriminatoria. Más tarde, la SAP Barcelona, Sección 14.^a, de 19 de marzo de 2010 (rec. 158/2009) consideró que una hija extramatrimonial reconocida 29 años después de la muerte del causante (fallecido antes de 1978) tenía derecho a suceder abintestato (con nulidad del testamento en que se instituía heredera a la hermana del testador). Cuando el causante otorgó testamento, hubo preterición no intencional errónea lo que determinará la apertura de la sucesión intestada. Es igual que la reforma del artículo 814 Cc. por Ley 11/1981 pretendiera solventar los riesgos previsibles de preterición de hijos y descendientes extramatrimoniales después de la equiparación de filiaciones, que en el tenor literal del antiguo artículo 814 Cc. acarrearían la nulidad de la institución de heredero⁴.

³ YSÀS, 2011, pp. 1277 y 1278.

⁴ VATTIER, 2010, pp. 931-932.

b) Está asimismo de renovada actualidad la cuestión sobre los derechos a suceder de quienes en su día fueron adoptados en forma simple y no plena, sistema vigente hasta la reforma del Cc. por Ley 21/1987.

c) Finalmente se hará referencia a los impactos en los derechos a la sucesión de los nacidos mediante gestación por sustitución a consecuencia de la doctrina del TS. Al margen de las cuestiones más directamente relacionadas con el establecimiento de filiación en función de que se haya aportado o no material genético por los padres, la solución que el TS ha dado en la jurisprudencia más reciente abocando a la adopción del menor cuando no se aporte material genético, deja un período de inseguridad desde el nacimiento hasta la definitiva adopción, pues en el ínterin puede tener lugar el fallecimiento del progenitor de intención. Conviene analizar si lo previsto en las normas sobre adopción *postmortem* constituyen medidas suficientes para respetar y proteger en estos supuestos el superior interés del menor reformulado en la LO 8/2015, de 22 de julio y en la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, cuando se trata de su derecho a suceder.

En suma, del estudio de la jurisprudencia se deducen situaciones controvertidas en torno a la equiparación de derechos y no discriminación en la sucesión. Es un principio fundamental que la ley aplicable a la sucesión es la vigente en la fecha de fallecimiento del causante pero, a la par, existen sólidos argumentos que permiten superar el serio escollo que impone la obligación de respetar la norma transitoria y el principio de irretroactividad y derechos adquiridos por terceros. Para tal fin, parece importante atender a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, especialmente, en relación con la doctrina de la «vida familiar» del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando sostiene que ser hijo y formar parte de la familia (haya existido o no posesión de estado, añadido) incluye el derecho a heredar sin discriminación. Aunque se haya dictado en relación al derecho Francés, su doctrina debe iluminar la aplicación de la norma española pues el citado Convenio fue ratificado por España en 1979, y no solo obliga el texto legal sino también la doctrina que emana de la jurisprudencia del TEDH. Tienen asimismo interés las consideraciones *obiter dicta* extendiendo a los particulares la obligación de las autoridades, poder legislativo y judicial, de prohibir adoptar decisiones discriminatorias en razón del origen de filiación, lo que se refleja en aquéllos en la limitación de la autonomía de la voluntad al emitir sus declaraciones de voluntad, incluyendo cláusulas contractuales y testamentarias.

El análisis de esta jurisprudencia sirve para reforzar los argumentos de célebres votos particulares de magistrados del TS y de algunas resoluciones de AAPP.

La exposición de los distintos aspectos a que aludimos seguirá el orden siguiente. En primer lugar, se hará referencia al principio de no discriminación en los derechos a suceder *ab intestato* en relación a la filiación biológica (III); después, en la gestación por sustitución (IV); en tercer lugar, se aludirá a los derechos abintestato de los adoptados (V); en cuarto lugar, se expondrá la doctrina del TEDH sobre el derecho a heredar y su integración en la «vida familiar», de especial relevancia para la interpretación del derecho español y para mantener las conclusiones que patrocinaremos.

En el siguiente bloque temático se explica la delación y vocación sucesoria abintestato en el orden de los descendientes (VI y VII).

III. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA SUCESIÓN INTESTADA: FILIACIÓN BIOLÓGICA

1. Equiparación total en la sucesión abintestato sin discriminación por filiación

El artículo 931 del Cc. establece que «Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación». Procede de la Ley 11/1981 y, como indica la doctrina, elimina, de acuerdo con la CE, toda traza de privilegios o preferencia del varón respecto de la mujer, del mayor frente a los más jóvenes o de los hijos matrimoniales en detrimento de los no matrimoniales⁵.

También procede de la misma reforma el artículo 108. II Cc.: «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código»; la única modificación desde 1981 fue introducida por *LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* que suprimió la palabra «plena» al aludir a la filiación adoptiva, única posible desde la Ley 21/1987.

El sentido de los artículos 108 y 931 Cc. obedece a la radical transformación del ordenamiento español en virtud del nuevo régimen constitucional de 1978 que forzó a la adaptación del Cc. y de las Compilaciones territoriales

⁵ HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1032; HUALDE MANSO, 2011, p. 1336; YSAS, 2011, p. 1580; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1272.

civiles tanto a los imperativos del respeto a derechos fundamentales previstos en la CE como al nuevo orden derivado de la ratificación de importantes Tratados y Convenios internacionales, que pasaron a integrar el derecho interno *ex* artículos 95 CE y 1.5 Cc., singularmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950), ratificado por España en 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979). Subsisten en las legislaciones forales normas análogas al artículo 931 Cc. cuya finalidad es constatar la rotundidad de la vigencia del principio. Es remarcable que, pese a las intensas reformas operadas en los territorios con derecho civil foral o especial y la dilatada vigencia del principio de igualdad del artículo 14 CE, no se han suprimido de los textos legales. En este sentido es paradigmático el artículo 521 CDFa, trasunto del artículo 206 de la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte, cuerpo legal en que se incorporó el mismo texto del artículo 931 Cc. al derecho escrito aragonés⁶.

Hoy todos los hijos y descendientes tienen idénticos derechos a heredar en la sucesión intestada de sus progenitores, padres y demás ascendientes y colaterales, con independencia del tipo de filiación, en virtud de los artículos 14 y 39.2 CE⁷. El primero, en el mismo frontispicio de la Carta Magna, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, dice que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» y el segundo, entre los *derechos y deberes de los ciudadanos*, impone a los poderes públicos asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil».

El principio de igualdad tiene una relevancia destacada y abre la misma Declaración Universal de Derechos Humanos: «Todos los seres huma-

⁶ El artículo 128 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (derogado junto a todo el libro primero por la Ley 1/1999 Lsuc.) remitía expresamente para la sucesión abintestato de los descendientes a los artículos 931 a 934 Cc. El texto del artículo 128 procedía de la reforma por Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que incorporó la Compilación al Derecho aragonés, ya autonómico, y que, a su vez, la adaptó a la CE. Entiendo que el vigente artículo 521 CDFa es norma escrita imperativa aragonesa y goza de la especial protección del sistema de fuentes de los artículos 1 a 3 CDFa. No es irrelevante que en la misma reforma en que se decide incorporar el tenor del artículo 931 Cc. (digo incorporar el tenor literal que impone la equiparación porque ésta ya existía desde el entrada en vigor de la CE, también en derecho aragonés) en la Ley 1/1999 se reformulan los artículos 1 a 3 de la Compilación (disposición final primera de la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte) y la Constitución española se impone expresamente como límite a la costumbre (art. 2.1 CDFa, trasunto del mismo artículo y número de la Compilación después de la reforma por Ley 1/1999) y al principio «*Standum est chartae*» (art. 3 CDFa, trasunto del art. 3 de la Compilación después de la reforma por Ley 1/1999 Lsuc.) con la misma eficacia de las normas imperativas del Derecho aragonés tradicional y sus principios inspiradores.

⁷ Por ejemplo, STS 23 enero 2001; *vid. tb.* DE LA IGLESIA PARDOS, 2012, p. 168.

nos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» (art. 1).

El derecho a la igualdad y no discriminación no es absoluto, según el TC, sino que prohíbe diferencias de trato no basadas en una justificación objetiva y razonable o que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, como indicó la STC, Pleno, 273/2005, de 27 de octubre. La misma idea se desarrolla nuevamente en la STC 171/2012, de 4 de octubre cuando subraya que el juicio de igualdad es de carácter relacional lo que implica que se deban tratar igual situaciones homogéneas o equiparables pues existen desigualdades que pueden fundamentarse en factores diferenciales o elementos de diferenciación que los justifiquen.

Si bien cabe modular el derecho a la igualdad o, dicho de otro modo, admitir algún tipo de discriminación en ciertos ámbitos, la discriminación por el origen de la filiación no es posible tratándose del derecho a suceder abintestato⁸. La equiparación es completa tanto entre descendientes biológicos, sean matrimoniales o no, como entre éstos y los adoptivos, y de todos ellos con los que tengan filiación «voluntaria», derivada de reproducción asistida, incluida la filiación *post mortem*⁹.

El hijo adoptivo adquiere también el completo *status familiae* que le corresponde a consecuencia de la adopción y se integra a todos los efectos en la familia completa del adoptante, salvo los supuestos específicos del artículo 178.2 Cc. (art. reformulado por Ley 26/2015, de 28 de julio). Es conclusión que hay que mantener a pesar de ciertas afirmaciones de la STS de 12 de enero de 2015 (rec. n.º 2069/2012), dictada en un caso singular de sucesión en títulos nobiliarios, a la que se aludirá más adelante.

Y lo mismo hay que afirmar en relación con las personas concebidas mediante TRHA, incluidos los supuestos de fecundación *post mortem* al amparo de la Ley 14/2006 (LTRAH)¹⁰. Establecida la filiación conforme a los requisi-

⁸ EGUSQUIZA, 2015, p. 120. La autora destaca que la plena equiparación en la herencia resulta incuestionable tratándose del estatuto sucesorio básico que se atribuye a todo hijo, en virtud de su condición de tal y que en el Cc. lo constituyen las legítimas y la vocación intestada, con exclusión de la reserva clásica.

⁹ Con esta terminología se contraponen la filiación voluntaria con la biológica que, tratándose de la utilización de TRHA, presenta singularidades que, se ha dicho, aconsejan un tratamiento diferenciado, aunque no se haga en las leyes civiles vigentes: FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, pp. 5-61.

¹⁰ La legalidad de la procreación *post mortem* está siendo objeto de revisión en otros derechos. En Francia, la procreación *post mortem*, con utilización de material congelado ha sido prohibida desde la Loi n.º 2011-814, de 7 de julio de 2011.

tos de la legislación (art. 49 LRC), y aun cuando el material genético utilizado no pertenezca a los reconocidos como progenitores (denominados «de intención»), los derechos a suceder abintestato son plenos.

2. Inserción y bilateralidad completa en el conjunto familiar

Establecida la filiación, del tipo que sea, el hijo tiene derecho a heredar abintestato a todo el grupo familiar que corresponda pues la filiación origina un estado y (salvo las excepciones legalmente previstas, como el artículo 111 Cc.) no solo genera vínculos en línea recta, padre e hijo, sino que abarca el total *status familiae* y se refleja en todo el haz de derechos y obligaciones (alimentos, sucesión, apellidos, patria potestad en su caso, custodia, etc.). El principio de equiparación en la sucesión abintestato se aplica a todos los individuos en relación con el resto de parientes, aunque el artículo 931 Cc. solo lo proclame para los descendientes y para la sucesión de los padres y ascendientes. Da igual que el ascendiente que concorra lo sea por vía matrimonial o extramatrimonial pues ello no incide en el derecho a heredar abintestato. Y lo mismo en el orden de los colaterales: el hijo extramatrimonial del hermano, el sobrino, tiene derecho a heredar abintestato si el causante fallece sin descendientes, ascendientes ni cónyuge, lo mismo que otro hijo matrimonial del hermano, que también es sobrino.

Existen ejemplos en derechos comparados de reciente reformulación que tienen en cuenta esta equiparación integral, como el artículo 529 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino de 2014, al regular el parentesco: «Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral».

3. Evolución del derecho español. Especial referencia a la jurisprudencia

Con anterioridad a la entrada en vigor de la CE las cosas no eran así, y aun en el período inmediatamente posterior a su aprobación se cuestionó la incorporación inmediata al ordenamiento civil del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE.

3.1 DISTINTOS DERECHOS SEGÚN EL ORIGEN DE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO PRECONSTITUCIONAL

Con anterioridad, el Cc. otorgaba diferentes derechos a suceder discriminando en función del origen matrimonial o no de la filiación de los llamados. El artículo 931 Cc. llamaba a la sucesión intestada en primer lugar solamente a los «hijos legítimos y sus descendientes». Los artículos 939 a 945, entonces en la Sección tercera del Capítulo III, Libro III del Cc. bajo la rúbrica: *De los hijos naturales reconocidos*, llamaban a suceder a los «hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión real», en defecto de descendientes y ascendientes legítimos de su progenitor y sin derecho a heredar en la línea colateral, es decir, sin derecho a ser llamados en la herencia intestada de los parientes «legítimos» de su progenitor, ni tampoco de sus «hermanos naturales». Correlativamente, ninguno heredaba abintestato a los hijos naturales de su pariente.

Se distinguía entre dos familias: la legítima o matrimonial y la natural, reconociéndose derechos limitados a heredar abintestato a los descendientes naturales y ciertos derechos de legítima en los artículos 840 y 841 Cc, tanto en concurrencia con «descendientes legítimos» del causante como con «ascendientes legítimos»¹¹.

Para otros extramatrimoniales, fuera de los hijos naturales y de los legitimados por concesión real, el Cc. reconocía derecho de alimentos (arts. 139, 143 y 845 Cc. entonces en vigor). Sin nombrarlos, estaban incluidos en esta «subcategoría» los hijos «adulterinos» y «sacrílegos».

El trato discriminatorio en los derechos a la sucesión intestada de los hijos y sus descendientes, exclusivamente fundamentado en el origen matrimonial o extramatrimonial de la filiación, era a todas luces incompatible con el sistema instaurado por la CE en 1978, pero la total equiparación se impuso gradualmente. Primero por la aprobación de la CE de 1978, después, por la ratificación por España en 1979 del Convenio Europeo de Derechos

¹¹ Los hijos o descendientes naturales que concurriesen con otros legítimos del causante tenían derecho a la mitad de la cuota de cada uno de éstos no mejorados, siempre que cupiera en el tercio de libre disposición, del cual había de obtenerse dicha legítima de los naturales y deduciéndose antes los gastos de entierro y funeral, legítima que podían satisfacer los descendientes legítimos, a su elección, en dinero o en bienes de la herencia. En concurrencia con ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tenían derecho a la mitad de la parte de herencia de libre disposición (en ese momento, la legítima de los padres y ascendientes era de la mitad de la herencia en plena propiedad), todo ello sin perjuicio de la legítima del viudo.

Humanos¹² y, más adelante, con la jurisprudencia dictada por el TEDH, entre otras, la STEDH de 13 de junio de 1979, *caso Marckx contra Bélgica*, en la que consideró que tanto la diferencia de trato en la sucesión intestada entre hijos legítimos e ilegítimos como la carencia total de derechos en la sucesión intestada de los parientes próximos de la madre prevista en el derecho Belga constituían una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio. Siguieron otras, como habremos de ver, ratificando la completa equiparación en el derecho a suceder.

3.2 DOCTRINA DEL TC: EFICACIA DE LA CE ANTES DE LA MODIFICACIÓN DEL Cc. EN 1981

Aunque desde la entrada en vigor de la CE en 1978 no cabía discriminar, el Cc. no adaptó su tenor literal a estos principios imperativos hasta la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*. Su Disposición Transitoria 8.^a decía que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación». La interpretación de esta disposición por el TS fue que la total equiparación en los derechos a heredar no debía aplicarse a sucesiones abiertas en el período comprendido entre 1978 y 1981, pues el Cc. no había modificado su tenor literal.

Se trata de una interpretación que hubiera servido para las Compilaciones civiles cambiando en cada caso las fechas de aprobación pues, al igual que el Cc., todas discriminaban entre hijos legítimos e ilegítimos en la sucesión y todas hubieron de adaptarse a los principios constitucionales siendo ya legislación de los nuevos parlamentos autonómicos¹³.

Pero esa no es la doctrina correcta, pues la inmediata entrada en vigor de la CE por imperativo de su Disposición Derogatoria Tercera había derogado los contenidos discriminatorios de las normas, tanto del Cc. como de las Com-

¹² La relevancia de la ratificación de importantes tratados internacionales por España para la incorporación del derecho a la igualdad ha sido subrayada por RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, p. 1075.

¹³ En Cataluña, por Ley 13/1984, de 20 de marzo (DOGC n.º 420, de 28 de marzo; corrección de errores en n.º 436, de 23 de mayo); la Compilación aragonesa, por Ley 3/1985, de 21 de mayo (BOA n.º 39, de 23 de mayo; corrección de errores en n.º 44, de 31 de mayo y en 51, de 14 de junio); el derecho navarro por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (BON n.º 41, de 6 de abril; corrección de errores en n.º 56, de 6 de mayo); la Compilación Balear por Ley 8/1990, de 28 de junio (BOCAIB n.º 86, de 17 de julio de 1990). Y el derecho vasco, por Ley 3/1992, de 1 de julio (BOPV n.º 153, de 7 de agosto).

pilaciones, y así lo mantuvo el TC sin titubear desde la primera ocasión en que se pronunció. Y, dada la confrontación tan radical con la CE, hay que entender que se trata de derogación más que de inconstitucionalidad sobrevenida, que también¹⁴.

Así se deduce de la STC 80/1982, de 20 de diciembre, y de la del Pleno 155/1987 de 14 de octubre. Esta última resolvió la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de primera instancia de Mieres (Oviedo) en relación con la Disposición Transitoria 8.^a de la Ley 11/1981, declarando que era constitucional siempre que se interpretase que la «legislación anterior a 1981» era el texto del Cc. pero con los cambios introducidos por la CE desde 1978, y ello con independencia de que el texto del Cc. estuviese todavía sin adaptar al nuevo régimen jurídico.

Contrariamente, el TS había resuelto que los artículos 14 y 39 CE contenían meras declaraciones de principios que precisaban desarrollo y concreción por el legislador competente. Constituyen ejemplos de esta doctrina el Auto de 26 de noviembre de 1979 (RJ 1979/3855) y las SS de 8 de mayo de 1981 (RJ 1981/1986), de la Sala de lo Penal de 31 de octubre de 1981 (RJ 1981/3935) y 8 de abril de 1982 (RJ 1982/1941).

El TS rectificó pronto y adecuó su jurisprudencia a la del TC: SSTS de 16 de febrero de 1984 (RJ 1984/662), penal, 4 de abril de 1984 (RJ 1984/2315), 10 de febrero de 1986 (RJ 1986/513), 10 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6248) y 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8166).

3.3 HIJOS DE DISTINTOS MATRIMONIOS: EL TEXTO DEL ARTÍCULO 931 Cc.

Con anterioridad a la reforma de 1981, además de llamar exclusivamente a los hijos «*legítimos* y sus descendientes sin distinción de sexo ni edad», el artículo 931 Cc. añadía «y aun que procedan de distintos matrimonios». La referencia expresa a la posible concurrencia de descendientes de distintos matrimonios del causante (aunque siempre necesariamente matrimoniales, legítimos) también se suprimió en 1981. Era una puntualización innecesaria puesto que los descendientes sucedían a su progenitor igualmente, con independencia de ser fruto de un matrimonio o de otro del fallecido pues en todo caso eran *legítimos*. Posiblemente servía para llamar la atención sobre eventuales derechos de reservas previstos en los artículos 968 y ss. a favor de los descendien-

¹⁴ Para esta distinción, STC 4/1981, de 2 de febrero.

tes, según perteneciesen a un matrimonio u otro del causante bínubo, normas estas últimas que continúan en vigor¹⁵.

3.4 DISCRIMINACIÓN DE LOS HIJOS ADULTERINOS DESDE 1981 HASTA 2005: EL DEROGADO ARTÍCULO 837. II Cc.

Paradójicamente, la Ley 11/1981 de adaptación constitucional introdujo el único resto de discriminación que permaneció en el Cc. hasta la reforma por Ley 15/2005. El párrafo segundo del artículo 837 amplió la cuota usufructuaria por legítima al viudo que concurriese con hijos adúlteros de su cónyuge nacidos constante su matrimonio siendo éstos los únicos descendientes llamados a la sucesión. En lugar del usufructo del tercio de mejora del artículo 844, el viudo que había sufrido el adulterio tenía derecho al de la mitad de la herencia, como si concurriera con ascendientes. La cuota usufructuaria gravaba el tercio de mejora y el resto, el de libre disposición. Es una norma que refleja con bastante nitidez las reservas del legislador civil frente a la implementación del derecho a la igualdad.

Aunque el Cc. no utilizaba la terminología «adúlteros», la norma les dispensaba trato desigual pues debían soportar el aumento de la cuota usufructuaria del viudo supérstite. Bastantes autores encontraron razones que lo justificaban, esgrimiendo argumentos similares a los de la doctrina francesa durante la vigencia de la restricción de derechos sucesorios del *enfant adultérin*, en atención a que precisamente el nacimiento de tales hijos adúlteros, que ahora concurrían en la sucesión, provocaba que el cónyuge viudo viese aminorado su derecho de usufructo¹⁶. Sin embargo, según mejor doctrina, la norma era contraria al derecho fundamental a la igualdad, y la discriminación no era razonable ni estaba justificada constitucionalmente¹⁷.

Cuando la Ley 15/2005 suprimió el párrafo segundo del artículo 837 Cc., la exposición de motivos no hizo referencia al cambio pero sin duda hubo de influir la doctrina consolidada del TEDH prohibiendo todo tipo de discriminación.

¹⁵ Las reservas hereditarias del Cc. en caso de binupcialidad son objeto de reflexión en la actualidad y se cotejan sus finalidades, supuestos y efectos no solo en caso de binupcialidad del reservista, como suelen prever las normas que imponen reservas, sino también en caso de constitución de nuevas familias por convivencia de hecho, sea o no con arreglo a las legislaciones autonómicas, más allá del contraste con los principios de equiparación e igualdad de los hijos: HUALDE MANSO, 2007, *passim*; EGUSQUIZA BALMASEDA, 2006, pp. 11 y ss., y 2015, pp. 75-99.

¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, 1981, p. 191; VALLET DE GOYTISOLO, 1982, pp. 185 y ss.; DE LA CÁMARA, Compendio, pp. 238 y 239; RIVAS MARTÍNEZ, 1987, p. 206; NÚÑEZ BOLUDA, *RDP*, 1986, pp. 756 y 757; RIVERO HERNÁNDEZ, 1991, p. 1670.

¹⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, 1981, p. 1328; MARTÍNEZ CALCERRADA, 1981, p. 43; VATTIER FUENZALIDA, 1986, p. 263; BERCOVITZ, 1991, p. 1599.

4. Conflictos de derecho transitorio

4.1 LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN ES LA VIGENTE EN EL MOMENTO DE FALLECER EL CAUSANTE

En principio, la ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante que, en el Cc., coincide con la fecha de la apertura¹⁸. Así se considera hasta ahora por la jurisprudencia consolidada del TS aplicando los artículos 657 y 661: la ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento que coincide con el de la transmisión de derechos al conjunto de herederos *ex* artículo 657 Cc.¹⁹ En este sentido, se pueden citar las SSTs de 17 de julio de 2007 (rec. 3319, 2000, Sala 1.ª, FD 2) y 31 de julio de 2007 (rec. 3210/2000), así como abundante jurisprudencia de Audiencias Provinciales²⁰.

Es también relevante para conocer la ley aplicable en defecto de disposición voluntaria del causante que, conforme al Reglamento (UE) n.º 650/2012, *Reglamento de Sucesiones Europeo*, al que se aludió en el capítulo primero, es el lugar de residencia habitual en el momento del fallecimiento del causante. El criterio coincide con el del artículo 9.º8 Cc., aplicable a sucesiones abiertas después del 17 de agosto de 2015 para resolver los conflictos interregionales internos y que ha de ponerse en relación con los artículos 14 y 16 Cc. y entender que, cuando se alude a nacionalidad, es vecindad civil²¹.

Asimismo, es a dicho momento, al momento del fallecimiento del causante, al que hay que referir la capacidad (sobrevivir al causante: art. 766 Cc.) e incapacidad por causa de indignidad del llamado a la sucesión (art. 758. I Cc.) o resolver, por ejemplo, si ha de aplicarse la reforma del Cc. por Ley 15/2005 para privar de derechos a suceder abintestato y de usufructo por legítima al cónyuge viudo cuando exista separación de hecho²². Es también relevante para conocer

¹⁸ No es lo mismo en otros derechos, como el aragonés, que admiten el pacto sucesorio y la fiducia, en los que apertura de la sucesión y delación no coinciden necesariamente en el tiempo. Así, en determinados pactos sucesorios (como el de institución de presente) la delación tiene lugar con anterioridad al fallecimiento del causante y en el caso de ordenarse fiducia, puede ejecutarse tiempo después del fallecimiento del causante.

¹⁹ MARTÍN PÉREZ, 2011, p. 242.

²⁰ AAP Madrid, Sección 20.ª, núm. 306/2010, 26 de noviembre (JUR 2011, 54969); AAP Almería, Sección 1.ª, núm. 43/2011, 11 de mayo (JUR 2012, 52383); SAP Vizcaya, Sección 4.ª, núm. 211/2011, 23 de marzo (JUR 2011, 303114); AAP Pontevedra, Sección 6.ª, núm. 123/2012, 15 de mayo (AC 2012, 476).

²¹ *Vel.* SAP núm. 244/2014, de 7 de julio de 2014 (JUR 2014, 238825), interpretando el artículo 9.º8 Cc., antes de la plena aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012.

²² La SAP de La Coruña, Sección 4.ª, núm. 462/2010, de 22 de octubre aplicó la prohibición del abuso de derecho y no la nueva regulación del artículo 834 en 2005 privando al viudo del usufructo por legítima.

qué bienes y derechos integran el caudal relicto, el patrimonio hereditario (consolidación, usucapión, etc.).

Puede decirse que sobre este punto el consenso es unánime. Sin embargo, aunque el TS sigue esta doctrina, hay jurisprudencia posterior de AAPP de diferente signo.

4.2 APLICACIÓN POR EL TS DE LA LEY DISCRIMINATORIA DESPUÉS DE LA CE SI LA SUCESIÓN SE ABRIÓ CON ANTERIORIDAD. VOTO PARTICULAR DEL EXCMO. SR. O'CALLAGHAN MUÑOZ

Como indicamos en la introducción de este capítulo, siguiendo el criterio de la aplicación a la sucesión de la ley vigente cuando fallece el causante, la STS de 31 de julio de 2007 (rec. 3210/2000) aplicó, ya vigente la CE, el artículo 939 Cc., una norma a todas luces discriminatoria y derogada por tal motivo, para no reconocer el derecho a heredar a hijos extramatrimoniales²³.

La sentencia siguió con fidelidad la doctrina consolidada en la jurisprudencia y que se puede resumir así: respecto de las sucesiones abiertas antes de promulgarse la CE resulta de aplicación la normativa vigente en aquel momento, aunque la partición de la herencia se verifique en momento posterior (por alejado que sea de la fecha de apertura de la sucesión) pues, para garantizar la seguridad jurídica, la relación sucesoria no puede verse afectada por una norma posterior a su apertura, aunque sea la propia Constitución. Solo tendrán derechos hereditarios quienes los tuvieren atribuidos legalmente en el momento de la apertura, sin que pueda alegarse discriminación ni cuestionarse la validez de los testamentos donde se omitía a los hijos no matrimoniales²⁴. Según la STS de 31 de julio de 2007, la CE no proclama una retroactividad absoluta que implicaría una ruptura del principio de seguridad jurídica respecto a situaciones ya superadas creando el problema de los límites de tal retroactividad destructora de situaciones consolidadas²⁵.

Sin embargo, el magistrado O'Callaghan Muñoz firmó un voto particular cuestionando la aplicación en la actualidad de una legislación a todas luces anticonstitucional: «la posición que aquí se mantiene es, pues, que a la suce-

²³ La sentencia está comentada por SEISEDOS MUIÑO, *RDP, enero-febrero, 2007* y *RDP* núm. 92, 2008.

²⁴ MARTÍN PÉREZ, 2011, p. 242 y SSTS 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8166), 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2389) y 31 de julio de 2007 (RJ 2007, 6258).

²⁵ Lo subraya HUALDE MANSO (2011, p. 1337) con cita de otra jurisprudencia en el mismo sentido de la de 2007: STS de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2389).

sión del causante, cuya muerte se produjo en 1976, apertura de la sucesión anterior a la Constitución, no se aplican normas totalmente contrarias a la misma, pues un órgano jurisdiccional no puede, hoy, aplicar normativa de ayer que sea constitucionalmente inaceptable».

Inequívocamente, tanto la aprobación de la CE, como la incorporación al Derecho interno del Convenio Europeo, provocaron una fuerte ruptura con el sistema jurídico anterior, que impuso la superación de un sistema jurídico civil de compartimentos estancos entre tipos de filiación y estatutos jurídicos diferentes, con diferencias de trato en la sucesión, tanto legitimaria como abintestato exclusivamente basados en el origen de la filiación. Y esa ruptura, típica decisión de poderes constituyentes, significativamente en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ha de tener necesariamente reflejo en la interpretación de la norma civil y tomar en consideración los elementos que han podido provocar indefensión al ser humano más vulnerable, ponderando todos los intereses en juego. Según doctrina pacífica del TC, la Constitución es norma fundamental pero también *fundamentadora* de todo el ordenamiento jurídico (SSTC 4 y 9/2981, 80/1982, 120/2000, 167/2001, 169/2003)²⁶.

La equiparación entre filiaciones y la prohibición de discriminación no es una reforma más del ordenamiento jurídico sino que incide en los mismos fundamentos y cimientos de todo el sistema. No se trata tampoco de una decisión aislada del poder constituyente. Conviene tener en cuenta la radical evolución de la investigación de la paternidad y maternidad que ha ido acompañando a las reformas de la filiación en nuestro derecho (y sigue haciéndolo como demuestran las reformas por LO 8/2015 y por Ley 26/2015).

Veremos que la jurisprudencia del TEDH ha ido ampliando fronteras en su interpretación del artículo 8 del Convenio, reconociendo paulatinamente un mayor nivel de derechos una vez establecida la filiación, hasta señalar que no hay verdadera «vida familiar» completa del reconocido sin derechos sucesorios en la herencia del causante. Así lo afirma en su Sentencia de 7 de febrero de 2013, caso *Fabris* contra Francia, que se comentará más adelante. Es decir, la filiación no es verdadera ni completa si no incluye el derecho a heredar, sea por legítima o abintestato. Y, en su caso, si hubo disposición testamentaria del causante, respecto del que queda establecida la filiación, jugará el régimen de preterición, sea intencional o no intencional, y en este último caso, provocará

²⁶ La importancia del derecho a la igualdad se ha puesto nuevamente en cuestión en la STS de 12 de enero de 2015 (núm. Rec. 2069/2012) que veta la sucesión en títulos nobiliarios a los hijos adoptivos por no ser consanguíneos y que nuevamente ha merecido voto particular disidente del magistrado O'Callaghan, esta vez con el magistrado Arroyo Fiestas al considerar que el derecho a «la igualdad tiene su base en la igual dignidad de los seres humanos».

la apertura de la sucesión intestada y el correspondiente derecho del preterido (se entiende, hijo extramatrimonial) a recibir la total cuota intestada, aunque con poco fundamento, el artículo 814. II.2.º, distinga entre la preterición de todos los descendientes (único o varios), en cuyo caso se abre totalmente la sucesión intestada, y la preterición de solo alguno de los hijos y descendientes, en cuyo caso salva las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, siempre que no sean inoficiosas.

Asimismo, en su última proposición, el artículo 814. II.2.º también salva la institución de heredero a favor del cónyuge que solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. En consecuencia, si hubo en el testamento institución de heredero del cónyuge viudo, los hijos extramatrimoniales preteridos no intencionalmente o intencionalmente, tanto da, solo tienen acción para reclamar la sucesión forzosa (la legítima) pero no tienen derecho a la total cuota abintestato, lo que contraviene el régimen jurídico de la preterición no intencional errónea en otros supuestos²⁷.

Estos argumentos cobran fuerza, a nuestro juicio, cuando además el reconocimiento de la filiación se ha producido con posterioridad al fallecimiento del causante. Y, singularmente, cuando la consecución del reconocimiento de la verdadera filiación ha sido constante y firmemente obstaculizada por quienes resultan ser herederos en lugar del hijo extramatrimonial.

La SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2010 admitió el derecho a heredar abintestato al causante fallecido con anterioridad a la CE a una hija reconocida después de su muerte y ya en vigor la CE.

4.3 SAP BARCELONA DE 19 DE MARZO DE 2010: EL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN *POST MORTEM* PROVOCA FALTA DE CONSUMACIÓN DE LA SUCESIÓN DEL CAUSANTE

La SAP Barcelona, Sección 14.^a, de 19 de marzo de 2010 (rec. 158/2009) hizo una vanguardista interpretación en relación al derecho a la sucesión intestada de un causante cuya hija extramatrimonial fue reconocida muchos años después del fallecimiento de aquél.

Estimando el recurso de apelación, declaró «heredera abintestato en la mitad de los bienes» a una hija extramatrimonial del causante que, en el momento de la apertura de la sucesión (año 1970) no había sido todavía recono-

²⁷ En la preterición de legitimarios, tiene especial protección la institución de heredero del cónyuge del causante: GARCÍA RUBIO, 2008, p. 104; VATTIER, 2010, p. 932.

cida por aquél, sino que estaba inscrita como hija de un hermano suyo. La filiación quedó determinada pasados 29 años de la muerte del verdadero padre y causante de la sucesión en virtud de sentencia inscrita en 2006 en el Registro Civil, tras complejos procedimientos de impugnación de la paternidad falsa (la interesada había sido reconocida por su tío, un hermano de su verdadero padre) y de reclamación de la que definitivamente fue reconocida judicialmente. La AP entendió que la sucesión en ese caso «no podía estar «fenecida» en tanto se abrió en falso, con preterición de la hija extramatrimonial que ha tenido que luchar contra una inscripción registral de paternidad contradictoria, que la hacía hija de quien no era su padre» (FD 4).

Es irrelevante para el objeto de estudio que al caso se aplique el derecho catalán (entonces, el art. 352 del *Codi de successions*) y no el Cc. pues, como correctamente indicaba la sentencia, la cuestión entronca con el artículo 14 CE.

Deben mencionarse las peculiaridades procesales del litigio. La juez de primera instancia había rechazado el allanamiento del heredero demandado por la hija extramatrimonial del causante (que había aceptado el derecho a la mitad de la herencia de la demandante) pero, contrariamente, la AP consideró que en ello no hubo «fraude de ley», ni «renuncia contra el interés general», ni «perjuicio de tercero». La AP citó en los fundamentos jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce en el derecho a heredar una manifestación más del derecho a la «vida familiar» de los hijos: *SSTEDH Marckx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979; *Inze contra Austria* de 28 de octubre de 1987; *Vermeire contra Bélgica* de 29 de noviembre de 1991 y de 4 de octubre de 1993; *Mazurek contra Francia* de 1 de febrero de 2000; *Pla y Puncernau contra Andorra* de 13 de julio de 2004 y *Brauer contra Alemania*, de 28 de mayo de 2009. En todos esos casos, el hijo extramatrimonial ya tenía establecida la filiación cuando falleció el causante.

Asimismo, la AP afirmó que la incidencia del artículo 14 CE sobre normativa anterior no podía descartarse (letra B del FD 3.º), citando el «fundado voto particular» del magistrado O'Callaghan a la STS de 31 de julio de 2007.

Con independencia de las singularidades del caso concreto, incluidas las del proceso judicial, lo cierto es que la sentencia se aparta radicalmente de la doctrina consolidada pero integra junto a la filiación el derecho a heredar, filiación que se produce ya una vez en vigor la norma constitucional. Si es posible la filiación *post mortem* debe llevar necesariamente aparejado el derecho a heredar pues en otro caso, el reconocimiento de filiación no será completo. Para todo ello tiene importancia asimismo la evolución del derecho a la determinación de la filiación.

Es indubitado que desde el momento en que se reconoce la filiación, y salvo que se aplique el artículo 111 Cc., la relación de parentesco del reconocido es completa con toda la familia en la que se integra y surgen ya indudablemente derechos hereditarios recíprocos.

Con posterioridad, como habremos de ver, la STDH de 7 de febrero de 2013, *Fabris contra Francia* indica que «la prohibición de discriminación basada en el carácter «ilegítimo» del vínculo parental es una norma de protección del orden público europeo» (F. 57).

4.4 NACIMIENTO DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: CUANDO SE ESTABLECE LA FILIACIÓN

Existen otras consideraciones y argumentos relacionados con la aplicación del derecho intertemporal o transitorio. En concreto, cabría afirmar que hasta que no se establece la filiación *post mortem* no hay «*dies a quo*», no se inicia el cómputo del tiempo para ejercitar la acción de petición de herencia ni para la eventual prescripción y caducidad de acciones y acaso para rescindir la partición (1073 y 1076 Cc.). Según el artículo 1969 Cc.: «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

Cabría argumentar que en los supuestos de filiación *post mortem*, en el momento en que se establece la filiación del hijo extramatrimonial mediante sentencia firme, nace a su favor la delación y vocación en la herencia de su padre o madre (y acaso en la de toda la familia del progenitor) aunque la sucesión se hubiera abierto años antes, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la CE. A estos efectos, sería irrelevante puesto que la fecha de la delación es la que se ha de considerar para conocer los llamados a la sucesión y su capacidad de heredar. Hay razones para entender que en estos supuestos se produce una disociación entre la apertura de la sucesión (que coincide con el fallecimiento del causante) y la delación o vocación hereditaria, pues estas dos últimas no han podido nacer hasta la fecha del reconocimiento de filiación. Una vez lo hay, existe vocación y delación del hijo reconocido en la herencia de su padre.

Bloquear la posibilidad de ejercitar acciones de reclamación de derechos hereditarios cuando nace el *dies a quo* para su ejercicio, por efecto de la aplicación de normas civiles transitorias sobre apertura de la sucesión, podría conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva amparado por el artículo 24 CE, aunque no pueden negarse las dificultades derivadas del debido respeto a derechos adquiridos.

4.5 Y LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL NO PRESCRIBE

Como indica la SAP Barcelona 19 marzo 2010 citada, el ejercicio de las acciones sucesorias puede producirse en momentos muy alejados de la muerte del causante, dado que la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial es imprescriptible. Siguiendo su interpretación, habrá que concluir que no puede hablarse de «situaciones consolidadas» cuando al fallecer una persona existen hijos (y acaso se debe ampliar a descendientes) que no estaban reconocidos y no pudieron ejercitar sus derechos hereditarios.

Que la acción de reclamación de la filiación no prescribe es doctrina consolidada, como puede verse en las SSTs de 11 de abril de 2012, de 12 de abril de 2012 y de 12 de enero de 2015 (Cendoj: 28070119912015100005).

Esta última tiene particular interés para nuestro objeto de estudio. La demandante en primera instancia interpuso acción de impugnación de la maternidad establecida junto a reclamación de filiación materna no matrimonial, y también interesó la nulidad del testamento de la verdadera madre y la consiguiente declaración de heredera abintestato (en pie de igualdad con otras cuatro hijas), con nulidad de todos los negocios jurídicos contrarios a tal resolución.

En primera instancia, se dio traslado a la demandante para que, conforme al artículo 73 LEC, subsanara la indebida acumulación de acciones planteada, lo que finalmente se llevó a cabo tras un recurso de reposición sin éxito. Se estaba pidiendo por la demandante conjuntamente la impugnación de una determinada maternidad, el reconocimiento de otra distinta, la nulidad de disposiciones testamentarias de varios demandados y el reconocimiento del derecho a heredar abintestato a la que se consideraba verdadera madre, más la nulidad de todos los negocios jurídicos posteriores. Ante el requerimiento de subsanación, finalmente, la demandante interesó en el proceso exclusivamente la reclamación de filiación materna no matrimonial con impugnación de la filiación contradictoria establecida.

El resultado final del pleito fue el reconocimiento *post mortem* de la filiación materna no matrimonial. No obstante, en la sentencia se alude a cuestiones relacionadas con los derechos a heredar a la madre de quien finalmente fue reconocida como hija (fallecimiento de la causante en 2010 y reconocimiento de filiación *post mortem* en 2015). La demandante, que venció en el proceso, había heredado a la madre no biológica cuando falleció (madre que no era adoptiva, recuérdese) y en el procedimiento se planteó si reclamar después tanto el reconocimiento como hija de la verdadera madre, como el derecho a

su herencia constituye un fraude o si es abuso de derecho. En relación estrictamente con la reclamación de filiación, el TS entiende que no.

Parece deducirse de la STS que habrá demanda en reclamación del derecho a heredar a la verdadera madre, pero habrá que esperar y ver qué resultado tendrá, si se llega a interponer pleito. El TS sugiere *obiter dicta* que la actuación de la demandante al aceptar la herencia de la madre cuya maternidad se impugna después, puede constituir un acto suyo propio contra el derecho a heredar a la verdadera madre. Pero lo cierto es que no se resuelve en este pleito.

4.6 RECONOCIMIENTO *POST MORTEM* DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y SUCESIÓN INTESTADA: POSIBLE CAMBIO DE LEGISLACIÓN DESDE EL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE

Se pueden dar dos situaciones en casos de reconocimiento de filiación *post mortem*: una, que la legislación vigente en la fecha de fallecimiento del causante y en la fecha de establecimiento de filiación sea la misma (no discriminatoria), y otra que en el ínterin entre la fecha de fallecimiento del causante y la filiación extramatrimonial, la legislación hubiese cambiado, y precisamente hay que dar relevancia destacada a que ello haya sido por efecto de la entrada en vigor de la CE, pasando de un marco legislativo que ampara con naturalidad todo tipo de discriminaciones en razón del origen de la filiación a otra no solo distinta sino frontalmente contraria que equipara completamente a los hijos y descendientes en la sucesión.

Cabe preguntarse si este último aspecto tiene relevancia especial. Dicho de otro modo, si está más justificada una revocación de los efectos de una sucesión en un caso que en otro, o si tiene más legítimo derecho a heredar el «nuevo hijo» cuyo padre falleció bajo una ley discriminatoria o si ello es irrelevante.

Se trata de una problemática que confronta claramente y con toda crudeza dos principios jurídicos de primer nivel: el derecho a la igualdad, que configura la propia dignidad del ser humano y la seguridad jurídica. Para su análisis conviene prestar atención a la doctrina más reciente del TEDH.

4.7 CONFRONTACIÓN ENTRE SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHO A LA IGUALDAD

La STEDH de 7 de febrero de 2013 y el voto particular emitido a consecuencia del mismo litigio el 28 de junio de 2013 (también caso *Fabris*) introducen reflexiones interesantes sobre la aplicación de normas transitorias dicta-

das con ocasión de la reforma de los ordenamientos jurídicos para reconocer derechos humanos de primer rango como son la igualdad y la prohibición de discriminación. El caso *Fabris* se plantea en relación al Derecho Francés y con la denominada «donation-partage», figura singular consistente en un acuerdo de partición de la herencia concluido con anterioridad al fallecimiento del causante, respecto del que la doctrina francesa discute sobre cuál es el verdadero momento de su eficacia: el de la partición o el del fallecimiento del causante²⁸.

En principio, el TEDH reconoce derecho a heredar en pie de igualdad a todos los hijos con independencia de su filiación pero siempre que estén ya reconocidos en el momento del fallecimiento del causante. Sin embargo, también afirma que entre los distintos intereses en juego, no solo la seguridad jurídica y la supuesta «paz de las familias» debe prevalecer, lo que lleva a reflexionar sobre si este último es preferente al confrontarlos tratándose de la sucesión abintestato de un causante fallecido con anterioridad al reconocimiento de filiación.

Si el principio de igualdad de todos los hijos ha de prevalecer sobre la seguridad jurídica y sobre la supuesta «paz de las familias» habría argumentos para la revisión de asuntos aparentemente consumados en los casos de establecimiento de la filiación después de la muerte del causante. Ello con independencia de la eventual adquisición de derechos inatacables por terceros (y, entiendo, no puede considerarse terceros adquirentes a quienes hayan heredado precisamente por no haber podido hacerlo el descendiente reconocido).

Es innegable que pocas disyuntivas son tan incómodas para el intérprete como las que tienen lugar cuando se confrontan derechos adquiridos en virtud de normas lícitas en su momento, que deben quedar bajo la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, con el derecho a la igualdad y no discriminación del ser humano.

Con todo, no puede obviarse que el derecho a heredar en pie de igualdad con otros descendientes del hijo reconocido con posterioridad a la muerte del progenitor es complemento de la filiación. Filiación y sucesión no pueden dissociarse. Y todo ello con independencia de la posible prescripción de acciones y derechos que puedan comprometer la viabilidad de reclamaciones de titularidad sobre bienes hereditarios frente a terceros.

Cosa distinta es que el derecho a heredar en estos casos deba limitarse a la legítima siendo acaso más discutible en relación a la total cuota abintestato.

²⁸ En derecho francés rige todavía la prohibición de otorgar pactos sucesorios, algo flexibilizada en la reforma del *Code* de 2006 al introducirse la posibilidad de renunciar anticipadamente y ante notario al ejercicio de la acción de impugnación por infracción de legítimas con técnica un tanto sofisticada para lograr finalidades análogas a las del pacto sucesorio: *vid.* VVAA, 2008; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2007 a): <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=405>.

Existen, con todo, argumentos para entender que el reconocido *post mortem* tiene derecho a la total cuota abintestato como heredero «legítimo» del causante. Es una reflexión al hilo de las afirmaciones del profesor MIQUEL cuando recuerda que los llamados a la sucesión intestada son precisamente los legítimos herederos del fallecido y pone en relación la preterición con la apertura de la sucesión intestada y con el derecho a recibir la total cuota abintestato y no solo la legítima²⁹.

En definitiva, si la distribución de la herencia no se ha consumado completamente, y cabe entender que tal sucede cuando no concurrió alguno de los descendientes por no haber sido reconocido hasta después de la muerte del causante, hay argumentos para reconocer el derecho a heredar sin discriminación por el origen de la filiación del descendiente extramatrimonial reconocido bajo vigencia de la CE, con independencia de que la muerte del causante se produjese con anterioridad. Son argumentos que concuerdan con el sentido del voto particular del magistrado O'Callaghan a la STS de 31 de julio de 2007 y con los fundamentos de la SAP Barcelona 19 marzo 2010.

4.8 RECONOCIDA LA FILIACIÓN *POST MORTEM* ES INDUBITADO EL DERECHO DEL HIJO A HEREDAR ABINTESTATO AL RESTO DE PARIENTES Y VICEVERSA

Lo que no cabe dudar es del derecho a heredar (y bilateralmente de su condición de causante, si fallece) a cualquier miembro de la familia del progenitor respecto del que se produce la filiación *post mortem* y que fallezca después de establecerse la filiación, y ello con independencia de que haya existido o no posesión de estado. Fallecido, por ejemplo, un hermano del causante (sin descendientes, ascendientes ni cónyuge), una vez ya reconocida la filiación del extramatrimonial, será éste un sobrino más, con derecho a heredar en pie de igualdad como pariente colateral a su tío. En su caso, aplicándose el derecho de representación.

5. El artículo 126 Cc.: reconocimiento del ya fallecido. Consecuencias en la sucesión

Según el artículo 126 Cc., *el reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes le-*

²⁹ MIQUEL, 2003, pp. 5364, y 5370-5681.

gales. Se trata del supuesto en que el sujeto para el que se trata de reclamar la filiación haya fallecido con descendientes, pero no alude al caso en que pueda haber fallecido sin descendencia, incluso siendo menor de edad.

La RDGRN de 6 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7047) consideró imprescindible el consentimiento del descendiente, en evitación de posibles reclamaciones de paternidad de terceros con la exclusiva finalidad de conseguir derechos hereditarios en claro ejercicio abusivo de derechos. Se trataba de un supuesto de fallecimiento de una hija extramatrimonial del causante a los tres días de su nacimiento, que fue reconocida dos años después por él, pero sin que llegara a inscribirse la filiación en el Registro. De haberse establecido la filiación, la niña hubiese heredado los bienes de su padre y, al fallecer ella, hubieran pasado éstos a sus correspondientes herederos (ascendientes y colaterales). Queda claro que la exclusiva finalidad de quien reclamaba el reconocimiento de filiación de dicha niña era heredar (en la práctica, heredar los bienes de su padre, primitivo causante, a través de la mediación de la niña que solo vivió tres días, lo suficiente para heredar y transmitir los bienes a sus ascendientes o colaterales).

Al margen de esta cuestión, la doctrina está dividida en torno a si es imprescindible que todos los descendientes sin excepción expresen su consentimiento al reconocimiento de dicha filiación. Aunque algunos autores exigen el consenso de todos³⁰, es suficiente que lo consienta alguno o varios de ellos³¹, en cuyo caso, solo a estos alcanzará la eficacia del reconocimiento consentido³². Parece razonable entender que en estos supuestos no podrá establecerse el completo *status familiae* entre todos los implicados, con las consiguientes consecuencias en la sucesión intestada, pues el que no consienta ha de tener derecho al bloqueo en la aplicación de las normas abintestato de la nueva familia de sus hermanos, no solo respecto de su persona sino también de su familia.

Establecida la filiación de los descendientes con el consentimiento de todos *ex* artículo 126 Cc., lo razonable es entender que no solo tendrán derecho a heredar al progenitor cuya filiación se ha establecido, sino también al resto de la familia, abuelos, tíos, etc. Incluso, sería posible impugnar una sucesión adquirida por ejemplo por el Estado cuando se acreditó que al fallecer el causante no había descendientes, ascendientes, cónyuge ni colaterales, si las acciones no han prescrito.

³⁰ PEÑA, 1984, p. 933, y POZO VILCHES, 1993, p. 169.

³¹ DE LA CÁMARA, *Comentarios Edersa*, III-1, p. 435 y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV, p. 263.

³² RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, p. 1236.

6. Peculiaridades de la filiación incestuosa *ex artículo 125 Cc.*

El artículo 125. I Cc. establece una norma de protección de los menores no emancipados y los incapacitados judicialmente por deficiencias físicas o psíquicas (los mismos a que alude el art. 124 Cc.) al establecer que «Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz».

El párrafo segundo prevé que «Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido».

En Francia, donde las relaciones incestuosas están expresamente prohibidas por los artículos 161, 162 y 334.10 del *Code Civil*, solo puede establecerse la filiación respecto de uno de los progenitores y los derechos a la sucesión de estos hijos se limitan a los que tenga, como si fuera legítimo, en relación al progenitor cuya filiación haya sido legalmente establecida aunque pueden pedir alimentos a aquél del que es imposible, por prohibición legal, establecer la filiación legítima (art. 342 *Code Civil*).

En derecho español no hay norma expresa restrictiva para estos supuestos. En caso de filiación incestuosa, objeto de atención en el artículo 125 Cc., lo razonable es reconocer derechos sucesorios entre los concernidos conforme a los parentescos consanguíneos que verdaderamente se dan, aunque la filiación biológica real no quede determinada por la atendible finalidad del precepto; una filiación que no podrá ser matrimonial dado que los progenitores tienen impedimento para contraer matrimonio entre sí, y no es dispensable (arts. 47 y 48 Cc.). Y para ello es irrelevante que el hijo sea menor o mayor.

IV. PROBLEMÁTICA SOBRE EL DERECHO DE LOS NACIDOS POR «GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN» A SUCEDER ABINTESTATO AL PROGENITOR DE INTENCIÓN

Todo lo hasta ahora explicado en relación con la necesaria equiparación de los descendientes en la herencia abintestato vale para los hijos nacidos en virtud de técnicas de reproducción humana asistida. Establecida la filiación, tanto da la modalidad de concepción que es jurídicamente irrelevante a efectos sucesorios.

Y dicha conclusión también sirve para los hijos nacidos de gestación por sustitución, maternidad subrogada, vientre de alquiler, madre de alquiler, o como se quiera denominar³³. Si se llega a establecer la filiación del nacido mediante esta técnica, prohibida en España y cuya legislación considera nulo de pleno derecho cualquier acuerdo para llevarla a cabo (art. 10 LTRHA), una vez inscrita en el Registro Civil, es igual el método utilizado por los procreadores.

Esa conclusión es clara pero además, y en relación con el progenitor de intención que no aporta material genético, cabe entender que el nacido tendrá derecho a heredarle abintestato si en el ínterin fallece en términos análogos a lo dispuesto en el artículo 176.4 Cc., en la redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio. El precepto recoge el texto del anterior artículo 176.3 Cc. pero introduce una reforma importante pues ahora el consentimiento a la adopción que puede tener plena eficacia después de la muerte del adoptante ha podido ser otorgado mediante documento público o en testamento, además de ante el Juez. Como antes de la reforma, los efectos se retrotraen a la fecha de prestación del consentimiento, se entiende que, una vez dictada la resolución judicial constitutiva de la adopción.

Cuando se redactan estas páginas es controvertido si el nacimiento del nacido por gestación por sustitución se puede inscribir en el Registro Civil español pues existen RRDGRN y SSTS y del TEDH contradictorias³⁴.

La última resolución relevante es el ATS de 2 de febrero de 2015 (rec. n.º 245/2012) que desestima el incidente de nulidad planteado contra su sentencia anterior de 6 de febrero de 2014, en relación al mismo asunto, y que ratifica la negativa a la inscripción, salvo respecto del progenitor que aporta efectivamente el material genético. Se admite así un reconocimiento «parcial» de filiación (solo respecto del progenitor biológico) que el TS considera ajustado a la jurisprudencia del TEDH. Consecuentemente, no se aplica la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y la doctrina de las RR posteriores de 30 de noviembre de 2011 y 22 de diciembre de 2011 que sí admitieron la inscripción³⁵.

³³ La terminología que se utilice puede entrañar una toma de postura ante esta problemática: LAMM, 2013, *i.t.*

³⁴ *Vid.* FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, pp. 33-50.

³⁵ El estado de la cuestión en España es el siguiente. La RDGRN de 18 de febrero de 2009 admitió el recurso interpuesto contra la denegación de inscripción del nacimiento de dos hijos nacidos el 24 de octubre de 2008 en Los Ángeles (California) mediante dicha técnica prohibida expresamente en España por el encargado del Registro Civil consular de aquella ciudad, y ordenó que se procediera a inscribir el nacimiento de los menores en el Registro. Recurrían dos varones, habiendo aportado uno de ellos material genético para la procreación y que contrataron un vientre de alquiler para el nacimiento de los dos meno-

En el ínterin entre la STS 6 febrero 2014 y el ATS 2 febrero 2015, dos SSTEDH de 26 de junio de 2014, declararon que la negativa del Estado Francés a inscribir en el Registro Civil la certificación de sendos registros civiles de los EEUU en los que consta que dos hijas nacidas allí de un contrato de gestación subrogada son hijas de sus «padres de intención» de nacionalidad francesa y residentes en Francia, vulneró el derecho a la «vida privada» de las hijas amparado por el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos. En consecuencia, ordenó al Estado Francés a dejar sin efecto sus resoluciones anteriores procediendo a la inscripción del nacimiento (caso *Mennesson contra Francia*, n.º 65192/11 y caso *Labassee contra Francia*, n.º 65941/11)³⁶.

El 27 de enero de 2015, el TEDH (caso *Paradiso y Campanelli*) condenaba asimismo al Estado Italiano por no inscribir la filiación en estos supuestos, sentencia citada en el voto particular disidente que cuatro magistrados firmaron frente al ATS español de 2 de febrero de 2015.

El citado ATS de 2 de febrero de 2015 (rec. núm. 245/2012), al referirse a esta jurisprudencia del TEDH afirmó que en el caso español, y a diferencia de las hijas francesas, los menores sí pueden adquirir la nacionalidad española al quedar establecida la filiación respecto de uno solo de sus progenitores (siempre que éste haya aportado material genético). Según el TS, también pueden heredar, dado que tienen filiación respecto de uno de los progenitores y es posible el acogimiento y la adopción respecto del otro. Contrariamente, en

res. El Ministerio Fiscal impugnó dicha RDGRN ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia por oponerse al artículo 10 LTRHA. La demanda del Ministerio Público fue estimada por SJPI n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, ratificada por SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 (núm. 826/2011). Interpuesto recurso de casación, fue desestimado por STS de 6 de febrero de 2014, por mayoría de cinco magistrados y con el voto particular disidente de otros cuatro.

Después de dictarse el fallo de primera instancia contrario a la inscripción (SJPI n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010), la DGRN emitió Instrucción de 5 de octubre de 2010 *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, autorizando la inscripción en el Registro, siempre que los hijos nazcan en países cuya normativa permita dicha técnica y uno de los padres sea español, doctrina que ha reiterado el Centro Directivo en otras resoluciones posteriores como las de 30 de noviembre de 2011 y 22 de diciembre de 2011. Es decir, después de dictarse la SAP Valencia de 23 de noviembre, contraria a la inscripción, la DGRN volvió a admitir la inscripción del nacimiento en estos casos. Como decimos, la STS de 6 de febrero de 2014, ratificó nuevamente la negativa a la inscripción contrariando la Instrucción y RRDGRN que paralelamente al proceso judicial se dictaron. Nuevamente, el 11 de julio de 2014 la DGRN emitió Informe declarando la plena vigencia de la Instrucción del Centro Directivo de 5 de octubre de 2010, «sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello», y con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica».

³⁶ El Ministerio de Justicia de España en nota de prensa publicada el 9 de julio de 2014 se *comprometió* «a adecuar la legislación para facilitar la inscripción de niños nacidos en el extranjero a través de la técnica de la maternidad subrogada», lo que no se hizo (acceso, 20.2.2015): www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788930429/Detalle.html.

Francia, la drástica eficacia de la nulidad de tales actos jurídicos prohibidos impide a los nacidos adquirir la nacionalidad francesa, y no se puede establecer ni siquiera respecto del progenitor que aporta el material genético, con la consecuente imposibilidad de que el nacido pueda ser llamado ni a recibir la legítima ni a heredar abintestato³⁷.

Al margen de otras consideraciones y reflexiones de variado tenor³⁸, cabe una consideración sobre el derecho a suceder abintestato de los menores, derecho que según doctrina consolidada del TEDH, y como se analizará más adelante, forma parte de la «vida familiar» del artículo 8 del Convenio. Hasta que no haya adopción, los menores no podrán heredar al «progenitor de intención» que no aporte material genético y quedarán excluidos si éste fallece en la situación de «interinidad», como la denomina el TS. Una vez adoptado sí, pero antes no. Para que puedan heredar antes es necesaria disposición voluntaria, testamento.

Como decíamos el artículo 176.4 Cc. (reformulado por Ley 26/2015) admite la adopción *post mortem* del adoptante siempre que se hubiere prestado con anterioridad el consentimiento, y prevé que a tal fecha se puedan retrotraer los efectos de la resolución judicial de adopción. La doctrina subraya que, en relación a la adopción póstuma, los litigios se centran en dilucidar si se prestó o no ese consentimiento previo, y en qué momento, estando normalmente en juego intereses sucesorios³⁹. La protección del superior interés del menor debería llevar al legislador a garantizar la seguridad jurídica en estos casos y los plenos derechos hereditarios del nacido, y de modo indubitado. No debe olvidarse, como subraya el profesor PÉREZ ÁLVAREZ, que la constitución *post mortem* no tiene carácter automático sino que, como cualquier otra adopción, queda sometida al arbitrio judicial (recalca el profesor que en el anterior art. 176.3 se dice que «podrá constituirse la adopción», régimen inalterado en la reforma de 2015). Como bien indica el autor, «constituida la adopción, con

³⁷ Sobre la necesidad de proteger al menor en estos supuestos, KHAÏAT, *Journal du Droit des Jeunes*, 2014, pp. 36-37.

³⁸ Como, por ejemplo, por qué no se nombró a lo largo del procedimiento un «defensor judicial de los menores» al amparo de los artículos 299 y ss. Cc. dado que, según el TS, existió conflicto de intereses con los progenitores. El TS dice que la filiación biológica paterna de los menores podía haber sido ya fijada o estar el procedimiento muy avanzado si se hubiera dado cumplimiento a lo acordado en la STS (último párrafo punto 12, FD 6.º y último párrafo del punto 13 del mismo FD 6.º). Según el propio ATS, «no deben confundirse la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos (como son los ligados al contrato de una gestación subrogada que celebraron en California, al que pretenden se dé plena eficacia en España pese a las previsiones de la legislación nacional) con los derechos de los menores que han nacido de esa gestación subrogada, porque no son necesariamente coincidentes». El Ministerio Fiscal no actuó en este sentido, lo que hay que reconocer, también es razonable.

³⁹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, 2013, p. 367.

el fin de que el adoptado pueda resultar favorecido en la sucesión del adoptante fallecido [...] los efectos de la resolución judicial que constituye la adopción *se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento*»⁴⁰; la finalidad primordial de la norma es precisamente esa.

El 21 de octubre de 2014, la viceportavoz de Justicia del Grupo Parlamentario Popular en el Senado anunció que el Partido Popular preveía introducir una enmienda en la reforma del Registro Civil prevista en el Proyecto de LJV para dar «solución definitiva» a la inscripción de filiación de los hijos de españoles nacidos en el extranjero por maternidad subrogada. Los debates parlamentarios posteriores en torno a l Proyecto de ley, publicados en el BOCG de 2015, dan cuenta de las distintas sensibilidades en torno a esta problemática. Pero la Ley 15/2015 no lo ha regulado.

Entretanto, los particulares atacan por diferentes flancos, si se permite la expresión, el derecho en vigor ante la negativa al reconocimiento de este sistema de procreación que plantea profundas y complejas cuestiones éticas. Constituye un ejemplo la RDGRN de 6 de noviembre de 2014 que, tras Consulta del Colegio Notarial de Madrid sobre si cabía legitimar la firma de un ciudadano español en un contrato de vientre de alquiler que había de surtir efectos en la India o en otro país, a través de un acta del artículo 207 del Reglamento Notarial, contestó que no debía procederse a la autorización notarial citando como fundamento la STS de 6 de febrero de 2014⁴¹.

V. FILIACIÓN ADOPTIVA: EQUIPARACIÓN Y ADQUISICIÓN DEL *STATUS FAMILIAE* COMPLETO. ADOPCIÓN Y CONSANGUINIDAD

Varios motivos justifican dedicar apartado específico a la filiación adoptiva.

a) En primer lugar, porque su equiparación en la sucesión siguió un camino dispar al de los hijos biológicos extramatrimoniales, fundamentalmente debido al reconocimiento de dos niveles diferentes de adopción, plena y simple, vigente en la letra de la ley hasta la reforma del Cc. por Ley 21/1987. Su repaso tiene interés para concluir que la adopción es indudablemente un tipo de filiación con todas las consecuencias, incluido el derecho a heredar.

⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, 2011, p. 910.

⁴¹ Reseña en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 60, marzo/abril 2015, pp. 145-146.

b) En segundo lugar, porque debido a errores palmarios del legislador en las reformas del Cc. (Leyes 30/1981 y 13/1983), se cuestionó por el TS que la filiación adoptiva conllevase la integración en toda la familia del adoptante, algo que fue inequívoca decisión del legislador en la reforma del Cc. por Ley 11/1981. Conviene subrayarlo porque el derecho a heredar y ser heredado se da respecto de todo el conjunto familiar del adoptado.

c) En tercer lugar, porque, a pesar de que la mayoría de la doctrina entiende que, en aplicación de la disposición transitoria 2.^a de la Ley 21/1987, quienes fueron adoptados simples solo tienen derecho a heredar según el régimen jurídico legal vigente en el momento de su constitución, se han dictado varias sentencias por AAPP reconociéndoles derecho a la legítima. Es asimismo de interés plantear la desprotección que se produce para los hijos en los supuestos de adopción simple o no plena constituida en el extranjero al amparo del artículo 30 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional (LAI), modificada por Ley 26/2015.

d) En cuarto lugar, porque tras la reforma del artículo 178 Cc, entre otros, por Ley 26/2015, conviene revisar los efectos que pueda tener en los derechos a suceder *mortis causa* del adoptado la persistencia de vínculos jurídicos con la «familia anterior» (ya no «familia de origen» en la letra de la ley). También hay alguna novedad en la adopción póstuma (art. 176.4 Cc.).

e) Finalmente, se valorarán algunas afirmaciones de la STS de 12 de enero de 2015 que, con dos votos particulares disidentes, ha vuelto a excluir de la sucesión en el título nobiliario de su padre a un hijo adoptado por no ser consanguíneo.

1. Antecedentes: distintos derechos según niveles de adopción hasta 1987

Hasta la reforma por Ley 21/1987, hubo distintas orientaciones en la regulación de la adopción, considerada más un negocio jurídico que una verdadera filiación completa, si bien, todas las leyes reguladoras de la adopción contenían disposiciones relativas a los derechos sucesorios de los adoptados en la sucesión de los padres adoptivos pues, en sus inicios, la institución surgió como medio para procurar un heredero a aquellos que no lo tenían⁴². Con anterioridad a la reforma de 1987 se distinguía entre adopción simple y plena.

⁴² Los efectos sucesorios constituían la finalidad primordial de la adopción: CASTRO LUCINI, F., «Los derechos sucesorios del hijo adoptivo», *ADC*, 1962, pp. 617-618.

Bajo el régimen de la Ley 24 abril de 1958, el adoptado conservaba los derechos sucesorios respecto a su familia biológica.

Este régimen fue modificado por la *Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción* que establecía dos niveles, la adopción simple y la plena. El artículo 179 Cc. (texto vigente desde la reforma de 1970 hasta la de 1981) reconocía al hijo adoptivo pleno los mismos derechos a suceder abintestato que a los hijos legítimos (biológicos matrimoniales) pero solo en la sucesión del adoptante, no en la del resto de parientes. Correlativamente, y según establecía el precepto, los parientes por naturaleza «no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado». En cuanto al adoptado simple, tenía en la sucesión intestada el mismo derecho que los hijos naturales reconocidos.

La reforma del Cc. por Ley 11/1981 reforzó el vínculo de filiación adoptivo y, desde entonces, en virtud de la adopción no solo surge parentesco entre adoptante y adoptado, sino con toda la familia del adoptante. Sin embargo, las desafortunadas reformas operadas entre 1981 y 1983 y la existencia de dos niveles de adopción hasta el año 1987 bloquearon en la jurisprudencia la completa equiparación con la filiación por naturaleza.

En cuanto al derecho a suceder, tras la entrada en vigor de la Ley 11/1981, el Cc. guardó silencio en relación a los derechos sucesorios del adoptado frente a su familia por naturaleza sin que hubiera una norma que determinara expresamente su pérdida. La única norma que amparaba el derecho a heredar en la familia adoptiva era el artículo 176 Cc. (redacción por Ley 11/1981) pero, como se verá, la Ley 30/1981 sorpresivamente suprimió el artículo 176 Cc. lo que provocó incertidumbre en la posición jurídica de los adoptados en las sucesiones de sus ascendientes de sangre⁴³.

El trato diferente en los derechos a la sucesión exclusivamente fundamentado en los distintos niveles de adopción reconocidos legalmente fue considerado constitucional, hasta la Ley 21/1987, pacíficamente tanto por el TC (STC 33/1983, de 4 de mayo de 1983, y Auto del TC de 27 de enero de 1992), como por el TS (STS de 23 de mayo de 1991; RJ 3786/91).

Una vez reformado el Cc. en 1987, el TC consideró que la equiparación entre adoptivos y biológicos era total, dado el reconocimiento de un único tipo de adopción y la consiguiente ruptura de vínculos jurídicos con la familia biológica anterior. Según el Auto del TC n.º 22/1992, de 27 de enero, la equiparación desde la Ley de 1987 es absoluta, con la *consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior*,

⁴³ Explicado con detalle por HUALDE MANSO, 2011, p. 1338.

y la creación ope legis de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los artículos 108 y ss. Cc.

Como indica la doctrina, la adopción es un tipo de filiación y no un mero negocio jurídico⁴⁴. Inequívocamente esta naturaleza se ha consolidado desde 1987 en todas las reformas posteriores de la adopción, *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional* y *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

2. Un único tipo de adopción desde 1987 con plena equiparación en el derecho a heredar

Tras las reformas por *Ley 11/1981* y *Ley 30/1981* y, finalmente por *Ley 13/1983* sobre tutela del Cc., la adopción fue nuevamente reformada por *Ley 21/1987*. Desde entonces solo se admite la adopción plena.

Extramuros de la legislación civil, existen reminiscencias de concepciones superadas. Así, en el ámbito tributario, el artículo 20 de la *Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, que ha servido como modelo para las legislaciones autonómicas al establecer los grupos de parientes a los que se aplican las deducciones por parentesco, alude a «descendientes y adoptados» como si los segundos no estuvieran incluidos en la categoría de descendientes. Es una distinción que carece de fundamento.

La STC de 22 de marzo de 1999 afirmó que la ley no podía tratar de modo diferente situaciones iguales, y lo son la filiación por naturaleza y la adoptiva, sin que exista justificación objetiva y razonable. Por ello consideró inconstitucional el requisito temporal del artículo 41.2 del Texto refundido de la *Ley de Clases Pasivas de 1987* que exigía que el adoptante hubiese sobrevivido, al menos dos años desde la fecha de la adopción para que el adoptado pudiese tener derecho a pensión de orfandad. Esta sentencia tuvo el voto particular de JIMÉNEZ DE PARGA que, conforme con la parte dispositiva, subrayó en la fundamentación jurídica que la equiparación de filiaciones venía impuesta en derecho español, más todavía, después de la ratificación (vigente en España el 1 de noviembre de 1995) del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de la Haya de 29 de mayo de 1993, cuyo artículo 26.1 establece que «el reconocimiento de la adopción

⁴⁴ BERCOVITZ, Comentarios a las reformas, pp. 1044 y 1150; Comentarios Edersa, t. III, 2.º-2.ª ed, 2004, pp. 276 y ss.

comporta el reconocimiento: A) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos...» (STC y voto particular, RTC 46/1999).

Es importante que el voto particular concurrente de Jiménez de Parga intentaba conciliar la STC 46/1999, con la anteriormente citada STC 33/1983, de 4 de mayo que había considerado constitucional la distinción entre adopción en forma simple o menos plena y adopción plena, al indicar que la equiparación entre filiación adoptiva y natural solo era un imperativo constitucional si la adopción estaba configurada como una forma de filiación.

Estas afirmaciones del voto particular fueron ratificadas después en la STC 200/2001, de 4 de octubre, en la que la Sala 1.^a, decidió elevar al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 41.2 del TRLCP⁴⁵.

3. Adquisición por el adoptado del completo *status familiae* en la familia del adoptante

Después de la reforma del Cc. por Ley de 1970 (modificando el sistema que había establecido la reforma de 1958) la adopción solo causaba parentesco entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes pero no con el resto de la familia de aquél (art. 176), una situación que duró hasta la reforma del Cc. por Ley 11/1981 y que, posteriormente, tuvo algunas vicisitudes fruto de errores del legislador⁴⁶.

El artículo 176.2 en la redacción por *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, decía expresamente que «la adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante». Dos meses más tarde, la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, suprimió el contenido textual del precepto por un *lapsus* del legislador, pero el régimen jurídico sustantivo no había cambiado. Un par de años después, ese clarísimo error fue subsanado por la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela* con técnica deficiente; su artículo 5.º estableció lo siguiente: «El artículo 176 del Código civil quedará redactado conforme al texto del mismo que fue aprobado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo».

⁴⁵ Otros detalles en AGUILERA RULL y LAMARCA MARQUÈS, 2014, pp. 64-65.

⁴⁶ Los exponen HUALDE SÁNCHEZ, 1993, p. 138, y SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, 1994, p. 71.

Así que el texto del artículo 176.2 Cc. tal como había sido redactado por la Ley 11/1981 (*la adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante*) desapareció durante un par de años del tenor literal del Cc. (entre la Ley 30/1981 y la Ley 13/1983), pero hay que insistir en que el régimen jurídico sustantivo no había cambiado, a pesar de la omisión del precepto.

Después, en la amplia reforma de la adopción llevada a cabo mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, el texto del artículo 176 fue nuevamente modificado y, desde entonces, el Cc. no afirma expresamente la relación de parentesco del adoptado con la familia del adoptante. Lo correcto es entender que desde la reforma del Cc. por Ley 11/1981 y hasta hoy, sin solución de continuidad, el adoptado está integrado completamente y a todos los efectos en la familia del adoptante⁴⁷.

No obstante, y con base en la falta de afirmación expresa en la letra de la ley, la STS de 23 de mayo de 1991 (RJ 3786/1991) negó la relación de parentesco entre el adoptado y la familia biológica del adoptante, una conclusión incorrecta como acertadamente subrayó la mejor doctrina, tanto por desconocer dicho fallo judicial el artículo 108. II Cc., como el sentido de las reformas constitucionales del derecho de familia en España que desterraron completamente la consideración de la filiación adoptiva como negocio jurídico⁴⁸. Aunque *obiter dicta*, también negó la relación de parentesco la STSJ Cataluña de 19 de julio de 1993 (RJ 1993, 2851), al interpretar el Cc.

Como decimos, semejante concepción de la filiación adoptiva carece de fundamento jurídico. El adoptado no solo es hijo del adoptante, con los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico con filiación establecida (patria potestad, alimentos en ambas direcciones, etc.), sino que también es hermano de los demás hijos del adoptante, nieto de los padres del adoptante y sobrino de sus hermanos, de modo que tiene idéntica posición familiar y de parentesco que el hijo por naturaleza⁴⁹. Y, en consecuencia, existen recíprocos derechos sucesorios entre adoptado y adoptante y parientes por naturaleza de éste⁵⁰. Correlativamente también tiene obligación de alimentos de los artículos 142 y siguientes Cc. de acuerdo con su posición en la familia.

⁴⁷ BERIAIN FLORES, 2014 a), pp. 319 y ss.

⁴⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, *CCJC*, n.º 26, pp. 614-630.

⁴⁹ Como afirma PÉREZ ÁLVAREZ, en los términos de los artículos 915 y ss. del Código civil, la adopción ocasiona el parentesco, no solo entre el adoptante y el adoptado, sino además entre el adoptado y quienes son sus parientes por naturaleza (1989, p. 209).

⁵⁰ Como sostiene GUILARTE, existen desde la reforma de 1987 recíprocos derechos sucesorios entre el adoptado y el adoptante y los parientes por naturaleza de este (1989, p. 63).

Como indica el artículo 178 Cc. y salvo las excepciones que expresamente prevé, la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior. Ciertamente existe una cierta diferenciación tanto en su configuración como en la permanencia futura pues persiste el impedimento matrimonial con los parientes por naturaleza después de la adopción (art. 178.3 Cc.) y, si bien la adopción es irrevocable, conforme al artículo 180 se puede extinguir en determinados supuestos (también se puede suspender).

El artículo 235-47 de la Ley 10/2008, del CCC, regula estas cuestiones con minuciosidad y alude expresamente a la relación de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante.

4. **Derechos sucesorios de los adoptados en forma simple o menos plena. Referencia a la adopción internacional**

4.1 EFICACIA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL MENOS PLENA

Debe hacerse una puntualización en relación con la adopción internacional simple o no plena constituida por autoridad extranjera. Conforme al artículo 30 de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, levemente retocado por Ley 26/2015 (alude ahora a «menor» en lugar de a «niño» como antes en las letras d) a g)⁵¹, la adopción simple o no plena surtirá efectos en España, como adopción simple o no plena, si se ajusta a la ley designada por el artículo 9.4 Cc. (art. 30.1 LAI). Según el artículo 30.2 LAI, «La ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad».

Este último precepto también ha sido modificado por la Ley 26/2015. Interesa el nuevo párrafo segundo del artículo 9.4 Cc., a cuyo tenor, «La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños».

La adopción simple o no plena no es una figura de la legislación española, salvo lo dispuesto en el derecho derogado y las normas transitorias espe-

⁵¹ El artículo 30 de la Ley 54/2007, se considera «norma especial en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil» por la disposición adicional primera de la Ley 29/2015 (LCJI).

cialmente diseñadas para el derecho a heredar de los adoptados en forma simple con anterioridad a la Ley de 1987. La doctrina, pese a que existe bastante jurisprudencia de Audiencias Provinciales contradictoria, como se verá en el apartado siguiente, considera que «del derecho vigente parece indudable que los adoptados en forma simple no ostentan derechos sucesorios forzosos en la herencia de sus adoptantes en ningún caso»⁵². Entiendo que, *a fortiori*, considerarán que con mayor razón tampoco ostentarán derecho a heredar abintestato. Sin embargo, en mi opinión, existen razones que apoyan tesis contraria.

Conforme al artículo 30.3 LAI, la adopción simple o no plena constituida en el extranjero no se puede inscribir en el registro Civil español como adopción ni comporta la adquisición de nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Cc.

Ni la Ley 54/2007, ni el artículo 9.4 Cc. aluden expresamente a la ley que rige los derechos sucesorios de los adoptivos simples y el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 se aplica exclusivamente a las obligaciones derivadas de la «responsabilidad parental». Como indica la doctrina, la referencia del artículo 30 al artículo 9.4 Cc. no resulta especialmente clarificadora⁵³.

Entiendo que para establecer los derechos sucesorios de los adoptados en forma simple o no plena constituida por autoridad extranjera hay que estar a la ley que regula la sucesión del adoptante. Si es español, como estamos planteando, y se entiende que no existe elemento extranjero o transfronterizo, se aplicará el artículo 9.8.^a, es decir, la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Si se trata de sucesión internacional, o se considera que hay elemento extranjero o transfronterizo (el adoptante reside habitualmente fuera de España en el momento del fallecimiento, por ejemplo), desde el 17 de agosto, la ley aplicable es la que corresponde según el Reglamento (UE) n.º 650/2012, ya citado, en cuyo caso se aplicará la ley elegida por el causante que corresponda a su nacionalidad, o la de la residencia habitual en el momento del fallecimiento o la del Estado con el que el fallecido mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho en el momento del fallecimiento [arts. 21 y 22 del Reglamento (UE) n.º 659/2012].

Aunque se ha dudado si el criterio de conexión establecido en el artículo 21 de Reglamento, implica la sustitución o derogación del derecho interno, en especial del artículo 9.8.º Cc., lo cierto es que una parte de la doctrina entiende que se puede sostener que el primero desplaza al segundo en su ám-

⁵² TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012, p. 41; AGUILERA RULL y LAMARCA MARQUÈS, 2014, p. 59.

⁵³ ESPLUGUES, IGLESIAS, PALAO, 2015, p. 494.

bito subjetivo de aplicación, pero no lo deroga. Será de aplicación la conexión «ley de la residencia habitual» a toda sucesión de españoles residentes en países de la UE donde se aplica el Reglamento, a la de los nacionales de los países miembros de la UE, excepto Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, y a la de los residentes de países terceros en cualquier país de la UE, todo ello desde su entrada en vigor. Y se mantiene la aplicación del criterio «ley nacional del causante» (art. 9-8.º Cc.) para todos los demás supuestos así como para los de derecho interregional. No obstante, existen autores que entienden que hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 20 del Reglamento, esto es: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aún cuando no sea la de un Estado miembro...»; lo que solamente puede ser interpretado, como creen algunos, en el sentido de que el criterio de conexión que aquél establece debe aplicarse cualesquiera que sean los estados o Estado implicados con el del Foro en la sucesión transfronteriza; con lo cual el artículo 9.8.º del Cc. quedaría relegado en su aplicación al ámbito del Derecho Interno, por razón de la remisión que realiza el artículo 16 del mismo cuerpo legal⁵⁴.

Es posible convertir la adopción simple o no plena constituida en el extranjero en adopción plena siempre que se den los requisitos del artículo 19 de la Ley 54/2007 (art. 30.4 LAI) y en tal caso el adoptado tendrá plenos derechos a heredar.

Pero mientras ello no tenga lugar, lo cierto es que no se prevén la legislación española derechos sucesorios para el adoptado simple o en forma no plena cuya adopción se haya constituido en el extranjero de modo expreso. La situación del menor en este caso, en relación a sus derechos a heredar, es de franca desventaja.

En el supuesto de fallecimiento del adoptante español una vez iniciado el expediente de conversión en adopción plena o siempre que aquél hubiera dejado explícita su voluntad de adoptar en forma plena en documento público o en testamento, podría plantearse la aplicación de lo previsto para la adopción póstuma en el artículo 176.4 Cc., claramente cuando se dé el supuesto del artículo 176.2.3.ª Cc. («Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo»). Y en casos en que no pueda acreditarse un año, acaso sería aplicable por analogía.

No obstante, bastantes Audiencias Provinciales, como veremos, están reconociendo al adoptado simple con arreglo a la legislación española anterior a

⁵⁴ Es la opinión de IBÁÑEZ ÁLVAREZ, p. 38; en el mismo sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 154; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, 2013, p. 8; HIDALGO GARCÍA, 2014, pp. 42, 51-52. La misma idea en relación al artículo 9.8.º Cc. para su aplicación al derecho interregional, en RODRÍGUEZ MATEOS, 2014, pp. 5-6.

la reforma de 1987, el derecho a la legítima (no hay sentencias sobre el derecho a heredar abintestato). Parece claro que, como mínimo, debiera reconocerse al adoptado simple o no pleno en el extranjero ese mismo derecho.

4.2 LA CUESTIÓN SOBRE LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LA ACTUALIDAD DE QUIENES FUERON ADOPTADOS EN FORMA SIMPLE CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL DEROGADO

Como se vio, la fecha de fallecimiento del causante, que coincide con la apertura de la sucesión en el sistema sucesorio del Cc., es la relevante para conocer el derecho vigente en tal momento, *ex* artículos 657 y 758 Cc. Así lo considera la jurisprudencia pacíficamente, como la STS de 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6547) y otras anteriores: SSTS de 23 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3786) y de 27 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9597). Según esta última, fallecido el abuelo biológico del nieto, éste puede sucederle por repudiación de su padre biológico, aunque con posterioridad a la apertura de la sucesión del abuelo, el nieto fuese adoptado en forma plena por su tío. Cuando heredó, pudo hacerlo por representación de quien era entonces su padre en la herencia de su abuelo, aunque después fue adoptado por su tío. La fecha a tener en cuenta para la capacidad de heredar (incluido el parentesco) es también la de la muerte del causante.

Este mismo criterio fue seguido por la SAP Sevilla de 1 de febrero de 1995 (AC 1995, 392) dictada en un caso en que los descendientes de una hija adoptiva pretendían impugnar el testamento de su abuela. La AP consideró completamente cerrada la sucesión testamentaria de la abuela, causante fallecida en 1933, que había dejado una hija adoptada un año antes (1932). Los descendientes biológicos de la adoptada, fallecida a su vez en 1956 y abintestato, pretendían la impugnación del testamento de su abuela. La AP consideró que la sucesión abierta en 1933 había sido completamente respetuosa con los derechos que entonces preveía para la hija adoptiva el artículo 177 Cc. y el testamento, plenamente válido.

En cuanto a los derechos de los adoptados en forma simple o menos plena, vimos que la doctrina considera que no ostentan derechos sucesorios forzosos en la herencia de sus adoptantes en ningún caso⁵⁵. *A fortiori* habría que entender que tampoco tienen derecho a heredar abintestato como si fueran hi-

⁵⁵ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012, p. 41; AGUILERA RULL y LAMARCA MARQUÈS, 2014, p. 59.

jos adoptados plenos. Se entiende que las sucesivas leyes de reforma del derecho de la adopción en el Cc. de 1981 y 1987 establecieron un régimen transitorio bastante definido, sobre los efectos de las adopciones simples en lo sucesivo, en especial en lo atinente a sus derechos a suceder⁵⁶. Desde la reforma de 1987 se ha considerado mayoritariamente, que la equiparación de derechos entre adoptados simples y plenos no debía tener lugar ni aplicarse la reforma de 1987 retroactivamente⁵⁷.

La misma conclusión se encuentra en la jurisprudencia del TS: según la sentencia de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1781) la equiparación de derechos hereditarios entre los hijos adoptivos no se extiende a los que fueron en su día adoptados simples.

Sin embargo, la SAP Asturias, Sección 6.^a, de 25 de febrero de 1998 (AC 1998, 3514) reconoció el derecho a suceder abintestato sobre todo el caudal de la hija adoptada en 1962 con adopción menos plena, habiendo fallecido el causante en 1989 y fundamentándolo en la disposición transitoria 8.^a de la Ley 11/1981.

La misma argumentación se encuentra en la SAP de Las Palmas de 31 de julio de 2006 que estimó el recurso de apelación interpuesto por una adoptada en forma simple que solicitaba la declaración de ineficacia de los testamentos de sus padres adoptivos, en los que consideraba había sido preterida. Fue declarada heredera forzosa de éstos.

En cuanto a la SAP de Burgos de 11 de diciembre de 2006, estimó parcialmente el recurso interpuesto por la hija adoptiva simple de los causantes declarando la ineficacia de las disposiciones testamentarias de los padres adoptivos por limitar sus derechos legitimarios. La hija había sido adoptada judicialmente el 18 de noviembre de 1960, constando en la resolución judicial que los adoptantes se comprometieron entonces a dejar dos tercios de la herencia de la adoptada, aunque no se hizo constar este pacto sucesorio en el momento de otorgar la escritura pública.

La SAP de Asturias de 12 de septiembre de 2008 fundamenta el derecho a la legítima del adoptado en forma simple en la pérdida de los derechos hereditarios que pudiera ostentar respecto de la familia de origen.

La doctrina ha criticado esta jurisprudencia por entender que se aparta de la aplicación del sistema transitorio de las sucesivas acciones legislativas de 1981 y 1987⁵⁸. La disposición transitoria 2.^a de la Ley 21/1987 decía que

⁵⁶ AGUILERA RULL y LAMARCA MARQUÈS, 2014, p. 45.

⁵⁷ FERNÁNDEZ COSTALES, J., 1993, p. 405; ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2001, p. 317.

⁵⁸ AGUILERA RULL y LAMARCA MARQUÈS, 2014, p. 45.

«las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma». La interpretación que patrocina la mayoría de la doctrina y el TS vendría a dejar congelados o petrificados los derechos de los adoptivos simples tal como estuvieran en la legislación que sirvió de cobertura a dicha modalidad. Esa interpretación sería además coherente con la jurisprudencia constitucional que rotundamente afirmó que el diferente trato en la sucesión a los adoptados plenos y simples no constituía contravención del derecho a la equiparación y no discriminación (visto en el epígrafe 1).

A pesar de lo indicado, la interpretación de las audiencias provinciales tiene argumentos a favor, a añadir a su propia fundamentación jurídica.

En primer lugar, se puede proponer una interpretación similar a la del magistrado O'Callaghan en su célebre voto particular a la STS de 31 de julio de 2007 que se ha citado más arriba, y considerar que hoy no tiene sentido tener por desiguales en la sucesión a determinados hijos adoptivos, y aplicar normas discriminatorias, con independencia de que estuvieran en vigor en su día y de que existan disposiciones transitorias, que tampoco son muy claras, que no reconozcan derechos a heredar al adoptado en forma simple o menos plena.

En segundo lugar, que la actual configuración como filiación y, en algunos casos, como medida de protección de la adopción⁵⁹ hace difícil mantener distinciones y diferenciaciones en los derechos a heredar y discriminaciones pues no se alcanza a precisar la finalidad de dicha distinción para poder evaluar la proporcionalidad de la medida. Las afirmaciones valen no solo para la legítima (supuestos resueltos por las AAPP hasta ahora), sino también para la sucesión intestada.

En tercer lugar, reconocer en la actualidad al hijo cuya adopción en forma simple o menos plena se constituyó en país extranjero (art. 30 Ley 54/2007) los mismos derechos a suceder que al adoptado pleno, parece racional. Carecería de sentido negar a quienes fueron adoptados en forma simple en su día conforme a la legislación española el mismo trato.

⁵⁹ Vid. al respecto BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., *Tratado de derecho de familia. Las relaciones paterno-filiales (I)*, vol. V, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 511-525; ESPADA MALLORQUÍN, S., «La adopción en el derecho civil común», en Díez-Picazo Giménez, G. (coord.), *Derecho de familia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 1753.

En cuarto lugar, como han indicado Aguilera Rull y Lamarca Marquès y aunque hayan criticado las resoluciones de las AAPP, existen tres argumentos en defensa de la jurisprudencia de apelación:

a) La STS de 8 de octubre de 2010 que confirmó que hubo preterición intencional de un hijo adoptado simplemente al no haber dispuesto nada en testamento los padres adoptivos a su favor.

b) La STS de 1 de marzo de 2013 que, aun en el contexto de una sustitución fideicomisaria, ha entendido que el principio de igualdad de trato sucesorio a todos los hijos llevaba necesariamente a considerar descendientes del causante fideicomitente, que había incluido una cláusula testamentaria de acuerdo con la cual sólo podían sucederle como fideicomisarios sus «descendientes legítimos», a los hijos del adoptado simple por el heredero fiduciario, lo que, consideran los autores, puede interpretarse como la consagración jurisprudencial de los adoptados simples como hijos y, por consiguiente, como su equiparación a todos los efectos a los hijos biológicos.

c) La constatación de que aquellos ordenamientos que mantienen una figura equiparable a la adopción simple, sí garantizan al adoptado derechos legitimarios respecto de sus adoptantes⁶⁰.

En quinto lugar, se puede afirmar que todo adoptado, el que lo fue en forma simple o no plena también tiene derecho a la «vida familiar» y, el TEDH al interpretar el artículo 8 del Convenio considera, como se verá *infra* que el derecho a heredar forma parte de la vida familiar como cualquier otro aspecto de la filiación.

Finalmente, puede añadirse que resulta un tanto anacrónico plantear restricciones de derechos en la sucesión (y creo que no solo vale el argumento para la legítima) a los hijos adoptados en su día en forma simple o menos plena (o en la actualidad cuando se constituya en el extranjero) en un sistema jurídico en el que está planteada desde hace tiempo la necesidad de ampliación de la libertad de testar, entre otros motivos, para atender los deseos y el libre desarrollo de la personalidad de quienes al formar nuevas familias que ahora se denominan «recompuestas» o «reconstituidas» prefieren, en razón de la convivencia que han tenido con hijos de sus nuevas parejas o cónyuges (no comunes) dejarles parte (si no toda) de su herencia sin que quieran adoptarlos,

⁶⁰ AGUILERA y LAMARCA, 2014, pp. 68-69 y 73.

lo que no pueden hacer con plena libertad pues deben respetar los derechos de los herederos forzosos o legitimarios⁶¹.

Si el adoptivo en forma simple está integrado en la familia adoptiva (incluso perdiendo el parentesco con la anterior) debe formar parte de la familia *mortis causa* y, a mi juicio, tanto en el derecho a la legítima, como en la sucesión intestada, y ello con independencia de que concurra a la sucesión con otros descendientes del causante biológicos o naturales.

5. **Jurisprudencia en sustituciones fideicomisarias con cláusula *si sine liberis deceserit*: el adoptado es «hijo legítimo»**

Existe jurisprudencia sobre equiparación de filiación adoptiva y biológica dictada al interpretar testamentos con sustituciones fideicomisarias y cláusulas testamentarias *si sine liberis deceserit*, esto es, con cláusulas que instituyen herederos de forma sucesiva y prevén sustituciones a favor de los descendientes del instituido en caso de su fallecimiento, para antes de pasar al siguiente sustituto.

Se dictaron en supuestos de muerte del causante anterior a la entrada en vigor de la CE, con testamentos otorgados también con anterioridad y en los que se debe aplicar el mecanismo sustitutorio estando ya en vigor la CE. La cuestión controvertida es si cuando fallece el fiduciario (el sustituido) estando en vigor la CE y con descendientes adoptivos, pueden éstos sustituirle o si, por el contrario, hay que llamar como fideicomisarios a otros hermanos del fiduciario como si éste hubiese fallecido sin descendencia.

Cabe citar una S del TEDH y otra del TC. Y recientemente, la ya citada del TS de 1 de marzo de 2013. Todas consideraron que las cláusulas testamentarias de sustituciones fideicomisarias que aluden a «hijos y descendientes legítimos o de matrimonio legítimo», deben incluir a los hijos adoptivos, es decir, a los hijos adoptados por un matrimonio.

La primera fue la STEDH, Sección 4.^a, de 13 de julio de 2004 (TEDH 2004, 49), caso *Pla y Puncernau* contra Andorra. La segunda, para la que sin duda fue guía la anterior, la STC 9/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 9). Y la tercera, del TS, de 1 de marzo de 2013.

⁶¹ Permitir mayor libertad al testador para disponer a favor de descendientes de su cónyuge o pareja, en razón de los nuevos modelos familiares imperantes en la sociedad, ha sido justificación destacada para la reforma del Derecho de Sucesiones en Francia por Ley 23 de junio de 2006: LEROYER y ROCHFELD, 2006, en especial, pp. 621 y 624.

En ambos casos se trataba de testamentos otorgados en la primera mitad del siglo pasado, la del TC en 1927 y la del TEDH, en 1939. En los dos, los testadores habían previsto que, fallecido el primer hijo instituido y antes de pasar los bienes al hijo siguiente, los recibiese como herederos fideicomisarios «algún hijo legítimo» (cláusula del testamento de 1927) o «un hijo o un nieto de un matrimonio legítimo y canónico» (cláusula del testamento de 1939).

Las sentencias afirmaron que los hijos adoptados por sus progenitores casados debían considerarse «legítimos» o nacidos «de matrimonio legítimo y canónico» a efectos de la aplicación de la sustitución fideicomisaria al fallecer sus padres, en virtud del principio de no discriminación por filiación. En consecuencia, y antes de pasar los bienes a otro hermano del fiduciario se consideró con mejor derecho su correspondiente descendencia «matrimonial» sin importar que la filiación fuese adoptiva y no biológica⁶².

La STC tuvo un voto particular disidente del Sr. Rodríguez-Zapata por entender que debía primar la libertad del causante, dado que el otorgamiento del testamento y su fallecimiento se produjeron tiempo antes de la CE y que no debía estar vinculado por las prohibiciones del artículo 14 CE pues «nadie tiene derecho a un acto de liberalidad» *inter vivos* ni *mortis causa*⁶³.

El fenómeno sucesorio en los supuestos de sustitución fideicomisaria es complejo y las decisiones del testador pueden tener eficacia y cumplirse en épocas muy alejadas no solo de la fecha de la disposición, sino también de la fecha del fallecimiento y apertura de la sucesión originaria. Acaso en estos supuestos, más que la fecha de la muerte del causante, que coincide con la apertura de la sucesión inicial, debe considerarse relevante la fecha de la delación y vocación, y a tal momento hay que referir la ley aplicable al llamamiento⁶⁴.

Aunque según el artículo 784 Cc., el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, hay que entender que son relevantes dos momentos distintos. Al fallecer el causante se producirá la apertura de la sucesión y, cuando fallezca el fiduciario, procederá la sustitución ordenada por el testador. Es en ese momento cuando se producirá la verdadera delación y voca-

⁶² La STC declaró la nulidad de todas las sentencias dictadas por los tribunales *a quo*, es decir, STSJ Cataluña núm. 5/2004, de 22 de enero de 2004 (RJ 2004, 1037), SAP Barcelona de 2 de abril de 2003 (PROV 2003, 200864) y la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villafranca del Penedés de 15 de septiembre de 2000, ordenando la «retroacción de las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento» de la de primera instancia e instrucción para que se dictase «otra respetuosa con el derecho fundamental de las recurrentes a no ser discriminadas por razón de su filiación».

⁶³ En contra de la STC y a favor del magistrado disidente, BERCOVITZ, 2010, *i.t.* y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., 2014, pp. 356-361.

⁶⁴ Fases de la adquisición de la herencia, LACRUZ y ALBALADEJO, 1956, *i.t.*

ción a favor del fideicomisario⁶⁵. Esa es la fecha en la que el sustituto puede aceptar o repudiar, y no otra anterior. En este sentido, hay analogía con la institución de heredero o legado condicional y, conforme al artículo 758. III Cc., ese es el momento al que habrá que estar para calificar la capacidad del heredero o legatario (y no al de la muerte del causante).

Finalmente, es verosímil que la redacción de la cláusula testamentaria por los testadores en la primera mitad del siglo pasado, obedeciera más al contexto social en que se otorgó el testamento, y a una simple cláusula de estilo en los formularios notariales de la época que a una clara voluntad del testador de excluir a los descendientes no nacidos de procreación biológica del instituido, pero esto no es sino una conjetura.

En este sentido, y en relación con la posibilidad de valorar actos jurídicos privados, parece pertinente citar la STEDH de 7 de febrero de 2013, *Fabris contra Francia*, cuando dice que, si bien en su competencia no se encuentra el control sobre actos jurídicos privados, entiende que no puede quedar impasible «cuando la interpretación realizada por parte de una jurisdicción nacional de un acto jurídico, bien una cláusula testamentaria, un contrato privado o un documento público, una disposición legal o incluso una práctica administrativa, parece poco razonable, arbitraria o en flagrante contradicción con la prohibición de discriminación establecida con el artículo 14 y más ampliamente con los principios subyacentes al Convenio» (F. 60).

6. Sucesión del adoptado con vínculos de parentesco con la familia biológica: la nueva «adopción abierta»

La adopción provoca la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, como dispone el artículo 178.1 Cc. Al constituirse la adopción queda establecida una verdadera filiación y el adoptado tiene el *status familiae* completo, incluidos los parentescos con la nueva familia. El precepto aludía antes de la reforma por Ley 26/2015 a «familia anterior»; aunque el tenor literal haya cambiado, no debe excluirse la posibilidad de que

⁶⁵ ALBALADEJO consideraba que en la sustitución fideicomisaria se producen diversas «aperturas de la sucesión», primero al fallecer el causante originario instituyente, y después cada vez que fallecía alguno de los sustitutos sucesivos (1991, pp. 1932-1933). En realidad hay una sola apertura de la sucesión al fallecimiento del causante y, cada vez que se produce el supuesto de hecho que provoca la sustitución del fiduciario por el fideicomisario (sea una o varias sustituciones) se producirá una nueva delación y vocación.

exista una familia anterior adoptiva⁶⁶. Los términos «de origen», parecen aludir a familia anterior biológica.

Sin embargo, existen algunas excepciones. El artículo 178.2 Cc. prevé expresamente que no se extingan los vínculos jurídicos del adoptado con su familia biológica en los siguientes supuestos:

a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.

b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

La Ley 26/2015 ha introducido reformas profundas en la adopción por vía de este precepto. En primer lugar ha ampliado el ámbito de aplicación del supuesto a) (antes, art. 178.2.1.º Cc.) y ahora no solo se prevé la persistencia de vínculos con la familia biológica en el supuesto de adopción por el cónyuge, sino también por la pareja de hecho (persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal)⁶⁷, incluyendo en ambos casos la posibilidad de adopción póstuma (art. 176.4 Cc.).

Y además introduce una importante novedad: la denominada en el Preámbulo «adopción abierta». La intención declarada por el legislador es reconocer legalmente una nueva tipología de adopción, cuya fundamental característica es el mantenimiento con la familia de procedencia o con algún miembro de aquella, alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, y para ello es preciso que así se acuerde por el Juez en la resolución de constitución de la adopción. Parece que ello ha de ser a propuesta de la Entidad Pública, previa valoración positiva en interés del menor por parte de los profesionales de la misma, y con el consentimiento de la familia adoptiva y el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años cumplidos. Según el legislador, es una figura inspirada en la legislación «de diversos países, tales como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. En unos casos está configurada como un «acuerdo privado entre las partes» con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y en otros debe ser confirmado por un Juez, a quien correspondería la decisión sobre su posible modificación o fi-

⁶⁶ Antes de la reforma lo subrayaba SERRANO GARCÍA, I., 1991, p. 593.

⁶⁷ El anterior artículo 178.2.1.º Cc. aludía exclusivamente a la adopción del cónyuge y no de la pareja de hecho, lo que había sido criticado por la doctrina: YSÀS SOLANES, 2011, p. 1583.

nalización, como es el modelo que se incluye en esta ley. La oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la «pérdida» y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho» (apartado III del Preámbulo de la Ley 26/2015).

Esta nueva modalidad lleva a poner en cuestión nuevamente el derecho a suceder (desde el punto de vista activo y pasivo, como heredero y como causante) del adoptado y, a la vista del Preámbulo, no solo en los casos del artículo 178.2 Cc., sino también en cualquier supuesto de adopción plena que se constituya en la resolución judicial como «adopción abierta» (art. 178.4 Cc.).

En relación a la cuestión de los derechos a suceder del adoptado existen ciertos paralelismos, aunque también marcadas diferencias, entre tres situaciones: la de adoptado en forma simple o menos plena, la del adoptado con base en el artículo 178.2 Cc. (subsistencia de vínculos jurídicos con la familia de origen) y la del que lo sea en virtud de constitución por la nueva adopción abierta.

Lo relevante para el derecho sucesorio es si el adoptado puede heredar y ser causante en la familia anterior («ahora de origen») o si se extinguen completamente los vínculos hereditarios anteriores (recalco «hereditarios»).

Existen algunos pronunciamientos judiciales que pueden servir para conocer la orientación del TS. La ya citada STS de 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6547) parece que optó por entender que el adoptado pleno pierde todo derecho a suceder en la familia de origen, pues el TS casó la sentencia dictada en apelación por la AP de Madrid el 23 de junio de 1999 (rollo núm. 951, 1996) que había reconocido el derecho a heredar abintestato de una hija biológica del causante adoptada por una tía abuela.

En el mismo sentido, y catorce años antes, la STS de 27 de noviembre de 1992 (RJ 9597, 1992) falló que el hijo adoptivo tiene derecho a ser llamado a la sucesión intestada en la familia biológica pero siempre que la sucesión se haya abierto antes de la adopción.

En la ya citada STS de 12 de enero de 2015 (Cendoj: 28070119912015100005), si bien *obiter dicta*, el TS da a entender que la ac-

tuación de la demandante al aceptar la herencia de la madre cuya maternidad se impugna después, puede constituir un acto suyo propio contra la pretensión de heredar después a la madre biológica, pero lo cierto es que dicha cuestión no es la que se resuelve en el pleito que llega a casación.

Con anterioridad a la reforma, la doctrina se ha pronunciado a favor de la pérdida de derechos hereditarios en la familia anterior⁶⁸. Pero existen disposiciones en el Cc. que llevan a mantener posturas más flexibles. Así, por ejemplo, se plantea el *quid iuris* en relación con la reversión legal de donaciones. Decimos que el adoptado ha podido heredar abintestato a su familia biológica. En tal caso, cabe preguntarse si los derechos de reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. persisten a favor del ascendiente donante o si desaparecen con la adopción. La enmienda número 24 presentada durante la tramitación de la Ley 21/1987 proponía la supresión de la reversión de donaciones en este supuesto pero, finalmente, no se aprobó. No debería haber obstáculo para su aplicación, en razón de su finalidad y de la naturaleza del derecho que el Cc. concede al reversionario puesto que, a diferencia de figuras análogas, como el recobro de liberalidades de los artículos 424 y 425 CDFA que solo se admite si los mismos bienes existen en el caudal, el artículo 812 Cc. permite la subrogación real en caso de enajenación y la sucesión en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos⁶⁹. Se trata de un derecho sucesorio intenso.

Existen otros argumentos para matizar una postura rotunda y categórica en relación a los derechos a heredar en la familia de origen del adoptado. Se trataría de tener en consideración si, a pesar de la adopción, ha seguido existiendo relación y trato familiar entre la familia de origen (o anterior, que incluiría otras adopciones anteriores) y la adoptiva. Son argumentos más bien *de lege ferenda*, a la vista del derecho comparado. La relevancia de las relaciones de hecho en los derechos a suceder, no solo en la legítima sino también en los llamamientos abintestato, es cada vez mayor.

En concreto, el CCC atiende a este tipo de supuestos en los artículos 443-2 a 443-5. Cuando regula la adopción del hijo del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en relación de pareja con carácter estable, la norma dice que el adoptado conservará los derechos a heredar respecto de los ascendientes y hermanos biológicos (éstos siempre que no hayan sido adoptados junto con él) siempre que «se mantenga entre ellos el trato familiar existente

⁶⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010, p. 925 (no solo en la sucesión intestada sino también en la legítima *ex art.* 809 Cc.); YSÀS SOLANES, 2011, pp. 1582-1584.

⁶⁹ Propone soluciones en función de los distintos intereses en juego, BERIAIN FLORES, 2014 a), pp. 356-361.

con anterioridad», derecho que decae si se puede acreditar la pérdida del trato familiar. Asimismo, la ausencia de relación familiar, es presupuesto objetivo de la causa de desheredación del artículo 451-17.2.e) CCC y, desde la entrada en vigor del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, dicha causa pasó a constituir una nueva causa de extinción de la obligación de alimentos *ex* artículo 237-13.1.e) CCC⁷⁰.

En relación al Cc., la doctrina no solo plantea en este momento el derecho a heredar abintestato del conviviente extramatrimonial⁷¹, sino que incluso se ofrecen datos y argumentos en torno a la racionalidad de incluir en los llamamientos abintestato a las personas que cuidaron en vida al fallecido⁷². Se apunta también la oportunidad de actualizar las causas de desheredación del Cc. teniendo en cuenta especialmente la necesidad de introducir la ausencia continuada de relación familiar entre descendientes y ascendientes, por causa imputable al legitimario, al modo en que se recoge en el artículo 451-17.2.e) CCC⁷³ y observando la línea aperturista en la interpretación de las causas de desheredación iniciada por la STS de 3 de junio de 2014⁷⁴.

Sería oportuno que el Cc. clarificara los derechos sucesorios en la familia de origen y la adoptiva, tanto de los hijos adoptados cuyos vínculos jurídicos con la familia anterior hayan de persistir (art. 178.2 Cc.), como de los adoptados menos plenos en el extranjero (art. 30 Ley 54/2007) y de los adoptados plenos con «adopción abierta» (art. 178.4 Cc.). Y acaso debería derogarse expresamente el sistema transitorio que restringe los derechos sucesorios abintestato de los hijos que en su día fueron adoptados en forma menos plena conforme a la legislación en vigor con anterioridad a la reforma del Cc. de 1987.

⁷⁰ Como señala FANDÓS AMORÓS, 2014, pp. 461-462.

⁷¹ Especialmente desde que en virtud de la reforma del Cc. por Ley 15/2005, la separación de hecho provocara la extinción tanto del usufructo por legítima (art. 834 Cc.) como del derecho a suceder abintestato (art. 945 Cc.). Ampliamente analizado desde el punto de vista del fundamento del derecho a heredar abintestato por PÉREZ ESCOLAR, 2007.

⁷² Se ha señalado que si el fundamento de los llamamientos abintestato se encuentra en la voluntad presunta del causante medio, es de suponer que la voluntad de una persona media está más próxima a recompensar a las personas que le han cuidado que a no hacerlo, aun reconociendo que en sistemas hereditarios como en los europeos continentales parece existir poco margen para la toma en consideración de estas situaciones en la sucesión *ab intestato* (García Rubio, 2014.a, pp. 503-504).

⁷³ PÉREZ ESCOLAR, 2014, pp. 1151-1153.

⁷⁴ FANDÓS AMORÓS, 2014, pp. 459-460.

7. La STS de 12 de enero de 2015: adopción, linaje, consanguinidad y sucesión en títulos nobiliarios. Reducto de discriminación. Voto particular disidente

El TS ha fallado en sentencia de 12 de enero de 2015 que un hijo adoptivo no puede suceder en títulos nobiliarios por no ser consanguíneo ni pertenecer a la «estirpe o linaje» del adoptante. Entiende asimismo, que la diferencia de trato con hijos consanguíneos no entraña discriminación por filiación, y que respeta la CE puesto que «hay que reiterar que tal sucesión viene predeterminada por vínculos de naturaleza consanguínea, siendo así que la consanguinidad constituye un axioma del derecho nobiliario fuertemente afianzado en su legislación, así como por la doctrina del Consejo de Estado (...) e implica la pertenencia a una estirpe o linaje cuyo nexo de unión es el vínculo de sangre».

Según el TS, las «mercedes nobiliarias» no forman parte de la herencia y, al fallecimiento de su titular, no pasan a integrarse en la herencia, sino que siguen «su curso natural»⁷⁵. Según el TS, el hijo por adopción ni participa biológicamente de la sangre del adoptante, ni de su linaje⁷⁶. Considera asimismo que en España pueden existir normas, instituciones y símbolos completamente al margen de la CE⁷⁷. El TS sigue así la doctrina sistemática y pacíficamente mantenida por el Consejo de Estado en sus informes no vinculantes sobre la cuestión (*ad ex*. Dictamen ref. 636/2003).

⁷⁵ Afirma el TS que, «Desde la perspectiva del Derecho civil, dado que los títulos nobiliarios no constituyen, en sentido estricto, un bien integrante de la herencia del *de cuius* (arts. 657, 659, 661 del Código Civil), se transmiten *post mortem* sólo dentro del linaje o familia del beneficiario, según lo dispuesto en la Real concesión o, en su defecto, por lo establecido en el precepto legal específico que determina el orden regular de la sucesión, la Partida 2.15.2. La transmisión *post mortem* de los títulos de nobleza es de carácter vincular, y, por tanto, excepcional o extraordinaria, lo que entraña la existencia de un orden de llamamientos objetivo y predeterminado que, en principio, es indefinido en cuanto a los sucesores en el uso y disfrute del título nobiliario que se transmite. Pues si éste ha constituido tradicionalmente una prerrogativa de honor vinculada a una familia o linaje –el de la persona a la que el Rey concedió la merced– ello permite perpetuar indefinidamente su uso y disfrute por los descendientes en línea directa de aquel a quien fue concedido»...

⁷⁶ «El hijo por adopción no participa biológicamente de la sangre del adoptante, ni de su linaje, y su introducción en la sucesión nobiliaria vendría a quebrar el principio de que siempre se sucede al fundador y según el orden preestablecido en el título de concesión y por la naturaleza. El linaje es una cadena unida por los eslabones de la consanguinidad y así lo ha proclamado reiteradamente la doctrina del Consejo de Estado al afirmar que «el requisito de la consanguinidad, propio de las sucesiones nobiliarias, no deja lugar para que la filiación adoptiva pueda tomarse en consideración en este campo».

⁷⁷ «(8) Resultaría paradójico que el título de nobleza pudiera adquirirse por vía sucesoria no tal como es y ha sido históricamente según los criterios que han presidido las anteriores transmisiones, sino al amparo de criterios distintos. Pues ello supondría tanto como proyectar valores y principios contenidos en la Constitución y que hoy poseen un contenido material en nuestro ordenamiento sobre los derechos que carecen de ese contenido por su carácter simbólico».

Es doctrina que concuerda con la consideración de que el título nobiliario es una merced que se concede a una persona determinada «y a los de su linaje», pero no es un derecho sucesorio ni tiene nada que ver con el parentesco⁷⁸. Se entiende que al fallecimiento del titular se produce una ficción jurídica, como si lo recuperara el primer fundador, para su entrega a quien corresponda por linaje, siguiendo una cadena unida por eslabones de consanguinidad de la que queda excluido el hijo adoptado: STC 3 de julio de 1997⁷⁹.

Los magistrados O'Callaghan Muñoz y Arroyo Fiestas, emitieron voto particular disidente, con fundamento en la relevancia del derecho a la igualdad que «tiene su base en la igual dignidad de los seres humanos» y en la imposibilidad de «admitir espacios blindados frente a la Constitución, por antigua que sea su data».

Sin desconocer las particularidades del caso concreto (adopción de un sobrino que contiene judicialmente contra su tío, hermano a su vez del fallecido) y sin entrar a valorar la naturaleza y régimen jurídico de la sucesión en los títulos nobiliarios, un supuesto de sucesión especial en nuestro Ordenamiento, resulta difícil compartir la tesis mayoritaria y las afirmaciones de la sentencia en torno a la caracterización actual de la adopción, marcadamente desde las intensas reformas de la adopción (Leyes 11 y 30 de 1981, 13/1983, 24/1987, 54/2007, 26/2015 y de la LO 1/1996 y LO 8/2015). Tampoco se encuentra justificación objetiva para discriminar a los adoptivos en este caso, ni proporcionalidad en los medios utilizados, aunque el TS haya seguido fielmente la información no vinculante del Consejo de Estado y la doctrina sobre la exclusión de los adoptivos.

Por lo que respecta a las afirmaciones del TS sobre la posible vigencia de instituciones y símbolos al margen de la CE y que pueden quedar «fuera» de los valores y principios constitucionales, hay nuevamente que estar de acuerdo con el voto particular. Con el debido respeto, otra interpretación supone desconocer que la CE no es solo un texto legal a la cabeza del Ordenamiento español, sino que es fundamento y fundamenta al resto del derecho interno y es contexto de aplicación de toda norma jurídica (art. 3.1 Cc.). No cabe dejar al margen la CE, tratándose de derechos humanos del que es paradigma singular el derecho a la igualdad y no discriminación que, como indican los dos magistrados en su voto particular, configura la propia dignidad del ser humano.

⁷⁸ Se considera que en el campo nobiliario no hay equiparación del adoptivo, de modo que el adoptado no se incluye en los linajes del adoptante ni en los llamamientos de la merced: CONDE DE BORRAJEIROS, RGLJ, 1987, p. 952.

⁷⁹ MAYOR DEL HOYO, 2011, p. 918.

Una cosa es la naturaleza de la sucesión en títulos nobiliarios, que acaso puede situarse (aunque es bastante dudoso), como indica el TS, completamente al margen del derecho sucesorio, y otra muy distinta es afirmar que el hijo adoptivo no pertenece al linaje ni estirpe de su progenitor, lo que no solo contraría la CE sino también el Cc. Así, por ejemplo, el derecho de representación se aplica en la sucesión intestada a la estirpe del representado y, sin lugar a dudas, los adoptivos pueden heredar *in stirpes* y forman parte de la estirpe del representado y de cualquier causante; inequívocamente es así en el derecho civil en vigor. Los hijos adoptivos forman parte de la estirpe y el linaje del adoptante. La adopción no solo confiere al adoptado un *status filii*, sino que le confiere un auténtico y completo *status familiae*.

Modestamente opino que para la resolución del caso concreto (en el que acaso subyacen otros intereses de justicia material atendibles) pudieron aplicarse, por identidad de razón, principios deducibles del artículo 178 Cc. (que no han cambiado, para lo que aquí mantengo, en la reforma por Ley 26/2015) y entender que, a los solos efectos de la sucesión en el título nobiliario en cuestión, «subsisten los vínculos jurídicos con la familia anterior» del adoptado, que podrían prevalecer en este caso. Había argumentos atendibles en el caso concreto para excluir al adoptado (que realmente es un sobrino biológico del titular fallecido) del derecho a heredar el título nobiliario pero en modo alguno puede serlo afirmar que los adoptados no pertenecen al linaje del adoptante.

VI. DOCTRINA DEL TEDH EN RELACIÓN CON LA EQUIPARACIÓN EN LOS DERECHOS A SUCEDER. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «VIDA FAMILIAR» DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

Todo lo hasta ahora visto muestra que, pese a reductos singulares en los que prevalecen discriminaciones por el origen de la filiación, se da en nuestro país una paulatina extensión en la interpretación, y más claramente en la jurisprudencia, en favor de la supresión de cualquier tipo de discriminación por razón del origen de la filiación en los derechos a heredar. Es lógico que la reclamación del derecho a la legítima, por ser imperativo y estar tan íntimamente ligado a la consideración como hijo y descendiente, haya sido el foco de atención jurisprudencial. Pero también tiene plena aplicación en materia de sucesión intestada.

La equiparación en el derecho a suceder abintestato de los hijos y descendientes en los derechos europeos ha sido relativamente tardía. De hecho, se ha

subrayado por autores extranjeros que el derecho español es modélico entre los europeos por establecer más tempranamente la igualdad de trato a los descendientes sin consideración al origen de su filiación⁸⁰.

En efecto, mayoritariamente, la equiparación se ha producido como consecuencia de la jurisprudencia dictada por el TEDH que obligó a los estados condenados a suprimir las normas discriminatorias de los textos legales. La jurisprudencia del TEDH también ha evolucionado desde el siglo xx y en la más reciente se encuentran bastantes argumentos para considerar que la filiación, sea del tipo que sea, no solo debe incluir reconocimiento, apellidos, derecho de alimentos, educación, asistencia y protección, sino también derecho a suceder en pie de igualdad, y tanto en la legítima, como en la sucesión intestada (incluso en algunas reservas). Es lo que puede deducirse de la interpretación del TEDH del concepto «vida familiar» a que alude el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no solo incluye la relación personal con los progenitores sino también el legítimo derecho a ser sus herederos cuando fallecen.

Es especialmente interesante sobre esta materia la jurisprudencia dictada en relación al derecho francés. Por ello parece útil una primera exposición de la evolución de los derechos europeos hasta la total equiparación, incluido el derecho francés, para contextualizar la trascendencia de la STEDH de 7 de febrero de 2013, caso *Fabris* contra Francia, en la que se profundiza en el derecho a la igualdad de los hijos en la herencia de sus padres. Se trata de doctrina de interés para iluminar la interpretación del derecho español en supuestos de reconocimiento de filiación extramatrimonial antes o después de la división de la herencia, y que acaso pueden amparar algunas interpretaciones jurisprudenciales.

1. Evolución tardía de los derechos europeos hasta la equiparación. El papel decisivo del TEDH de Estrasburgo

En buena parte de los derechos europeos de nuestro entorno el trato igualitario en la sucesión a los descendientes matrimoniales y extramatrimoniales (*legítimos e ilegítimos*, como se les denominaba) ha sido fruto de una evolución paulatina y relativamente reciente propiciada por la jurisprudencia del TEDH con sede en Estrasburgo. Las sucesivas condenas a distintos estados por tener vigentes normas discriminatorias en su derecho interno fueron im-

⁸⁰ TISSERAND, 1992, pp. 695-704, nota en pp. 703-704.

pulsando las correspondientes reformas legales. Son casos paradigmáticos Bélgica, Irlanda, Alemania o Francia.

En derecho belga los hijos naturales heredaban abintestato a sus progenitores pero no al resto de parientes (demás ascendientes y colaterales) tanto de la línea materna como paterna. La STEDH de 13 de junio de 1979, caso *Marckx* contra Bélgica, resolvió que ello contravenía la Convención Europea de los Derechos del Hombre y desde entonces la jurisprudencia aplicó la misma normativa a los hijos naturales y a los legítimos, aunque el Cc. no fue reformado hasta el 31 de marzo de 1987. Conforme al artículo 745 del *Code civil belge*, los descendientes son llamados a la sucesión sin distinción por filiación⁸¹.

En Irlanda, hasta el *Status of Children Act* de 1987, los hijos naturales carecían de derechos en la sucesión de la línea paterna, lo que también fue declarado por el TEDH contrario a la Convención en el *affaire Johnston* de 18 de diciembre de 1986.

En Alemania, los hijos naturales entre la edad de 21 a 27 años tenían desde la reforma de 1969 derecho a pedir una compensación sucesoria anticipada, si bien en ese momento no se sabía si el hijo llegaría a sobrevivir al causante. No obstante, persistían restricciones en el derecho anterior a 1949. La STEDH de 28 de mayo de 2009, caso *Brauer contra Alemania*, consideró que la regla de excepción derivada del derecho anterior a la Constitución alemana y a la unificación en la que se discriminaba a los hijos no matrimoniales era contraria a los principios de la Convención, y a la doctrina de la «vida familiar» del artículo 8 del Convenio: ser hijo y formar parte de la familia incluye el derecho a heredar sin discriminación. Doctrina que ya recogió la STEDH de 1 de junio de 2004, caso *Lebbink contra Países Bajos*.

Hoy los descendientes tienen los mismos derechos a la sucesión intestada con independencia de su filiación en casi todos los países de nuestro entorno. En Inglaterra la equiparación rige desde la *Family Reform Act* de 1969, la misma fecha que en Suecia. En Portugal, están equiparados desde la reforma de 1977.

En Italia los hijos legítimos y naturales están equiparados en la sucesión intestada desde la reforma de 19 de mayo de 1975, pero para los naturales no reconocidos se prevé un derecho a título particular consistente en la asignación

⁸¹ *Les enfants ou leurs descendants succèdent à leur père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils n'aient pas les mêmes parents et quel que soit le mode d'établissement de leur filiation.*

Ils succèdent par égales portions et par tête quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation.

Vid. BERGER, 1991, pp. 201 y ss.

de una renta vitalicia que se califica como legado *ex lege* y que corresponde a la cuota de herencia a la que hubiera tenido derecho el hijo si su filiación hubiese sido reconocida o declarada judicialmente⁸².

2. Evolución del derecho francés y nueva condena en STEDH de 7 de febrero de 2013: la seguridad jurídica debe ceder frente al derecho a la igualdad

El derecho francés es de especial interés por las singularidades de su evolución legislativa en lo que respecta a la equiparación de los hijos y descendientes por el origen de la filiación.

Tiene asimismo interés su estudio para comprender mejor el alcance de la nueva condena al Estado francés en la STEDH de 7 de febrero de 2013 (JUR 2013, 35557), caso *Fabris* contra Francia. Esta última resolución del TEDH declara contraria al artículo 8 del Convenio una norma transitoria que fue introducida en la Ley de 3 de diciembre de 2001 (en virtud de la cual se suprimió la discriminación en la sucesión intestada de los hijos adulterinos) para dejar a salvo las sucesiones consumadas con anterioridad a la reforma. El Tribunal resuelve abiertamente, y ello tiene interés para una lectura desde el derecho español, que el principio de seguridad jurídica debe ceder ante el derecho del hombre a la igualdad y a no ser discriminado. Esta doctrina quizás pueda tener relevancia en reconocimientos de filiación *postmortem*, y fundamentar el derecho a una nueva distribución de la herencia, más claramente, cuando todavía no se ha cerrado completamente la sucesión por el motivo que sea.

⁸² El artículo 537 del *Codice Civile* llama por igual a la sucesión intestada a los hijos legítimos y naturales: *Al padre ed alla madre succedono i figli legittimi e naturali in parti uguali*. Debe concordarse con los artículos que establecen el derecho sucesorio como heredero del viudo y con el 580: *Ai figli naturali aventi diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, a norma dell'art. 279, spetta un assegno vitalizio pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbero diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta. I figli naturali hanno diritto di ottenere su loro richiesta la capitalizzazione dell'assegno loro spettante a norma del comma precedente, in denaro, ovvero, a scelta degli eredi legittimi, in beni ereditari*.

Este tipo de *legado legal vitalicio* también se impone para la sucesión testada del causante en el artículo 594: PALAZZO, 1996, pp. 465 a 472.

La Corte Constitucional italiana no consideró inconstitucional la discriminación de los hijos naturales en la sucesión intestada vigente con anterioridad a la reforma de 1975 (recibían la mitad de lo que les hubiese correspondido de haber sido legítimos): *Non è fondata –in riferimento agli artt. 3 e 30.3.º co. Cost.– la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 574 cc, abrogato dall'art. 187 l. 19 maggio 1975, n. 151, nella parte in cui, nel concorso «ab intestato» di figli legittimi con figli naturali, attribuiva a questi metà della quota che avrebbero conseguito i legittimi, anziché un pari diritto ereditario* [Corte cost. 8.4.92, n. 167, GC, 1992, I, 1659; GiC, 1992, 1271]. Vid. CENDON, *Codice...*, cit., p. 763].

El TEDH reconoce el tradicional criterio modulador del derecho a la igualdad que puede amparar trato diferente, siempre necesariamente legítimo, y si hay justificación objetiva y razonable, o sea, si se acredita relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido⁸³. Sin embargo, declara que la negación de los derechos hereditarios a alguno de los hijos no puede contribuir, por ejemplo, a reforzar la paz en el seno de una familia, por mucho que se deban proteger derechos adquiridos para garantizar la seguridad jurídica. Esa fue la respuesta que dio al Gobierno Francés cuando éste alegó que las disposiciones transitorias cuestionadas se habían planificado limitando el efecto retroactivo de la Ley de 3 de diciembre de 2001 a sucesiones todavía abiertas en la fecha de su publicación y que no hubiesen sido aun efectivamente repartidas, para no vulnerar derechos adquiridos por terceros, en este caso, los demás herederos, hijos matrimoniales.

La sentencia consolida también la doctrina que integra el «derecho a heredar» en el concepto de la «vida familiar» del artículo 8 del Convenio. Un apunte sobre la evolución del derecho francés contribuirá a clarificar el alcance de esta jurisprudencia.

2.1 DERECHO ANTERIOR A LA REFORMA POR LEY DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001

Desde la reforma de 3 de enero de 1972 del *Code civil*, los hijos naturales legalmente reconocidos y los legítimos (matrimoniales) quedaron equiparados en sus derechos en la sucesión intestada⁸⁴, pero no los «adulterinos» e «incestuosos» que sufrían todavía cierta discriminación al recibir menor porción que el resto de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, tanto en la legítima como en la sucesión abintestato (art. 745 del *Code* anterior a la reforma de 2001)⁸⁵.

⁸³ En España, este principio está explicado en las dos SSTC 273/2005, de 27 de octubre, y 171/2012, de 4 de octubre.

⁸⁴ Los hijos naturales legalmente reconocidos fueron equiparados en sus derechos a la sucesión intestada por Ley de 3 de enero de 1972. Conforme al artículo 334.2 del *Code civil* el hijo natural entra en la familia de su progenitor. La única exigencia del artículo 756 es que la filiación esté legalmente establecida.

⁸⁵ Los hijos naturales legalmente reconocidos fueron equiparados en sus derechos a la sucesión intestada por Ley de 3 de enero de 1972 y, conforme al artículo 334.2 del *Code civil* el hijo natural entra en la familia de su progenitor. La única exigencia del artículo 756 es que la filiación esté legalmente establecida.

La discriminación y consiguiente minoración de sus derechos abintestato dependía de las personas con quienes concurriesen:

a) Concurriendo con hijos legítimos, tenían derecho a la mitad de la parte que les hubiera correspondido si todos los hijos del causante, incluidos los adulterinos, hubiesen sido legítimos (art. 760). Ello provocaba una especie de «acrecimiento» de la mitad que hubiera correspondido a los hijos adulterinos, a favor de los legítimos. La *Court de Cassation* mantuvo que dicha restricción para el adulterino debía aplicarse no solo en la sucesión el «padre o madre adúlteros», sino también en la sucesión del resto de ascendientes (Sentencia de 24 de junio de 1980).

Cuando a la muerte del causante quedaban hijos legítimos de diferentes matrimonios junto a hijos adulterinos, era controvertido a qué hijos legítimos debía acrecer la porción del adúltero, a todos o solo a los legítimos del matrimonio «violado» (como se le solía denominar). Esta última solución gozó de mayor predicamento en la doctrina francesa que consideraba necesaria una reforma para clarificar este punto⁸⁶.

b) Concurriendo con el cónyuge víctima del adulterio y no habiendo hijos legítimos o naturales del causante (que, de haberlos habido, hubieran excluido del llamamiento en propiedad al cónyuge y hubieran provocado que solo tuviera derecho de usufructo) el *Code* preveía unas reglas algo complejas en los artículos 759 y ss. que, en definitiva, provocaban que el hijo adulterino no pudiese excluir al cónyuge sobreviviente que sufrió el adulterio del derecho a recibir bienes en plena propiedad (derechos del cónyuge deducibles de los entonces arts. 765 y 766). Para ello se reducía la porción del hijo adulterino en la mitad y dicha mitad se entregaba al cónyuge. En suma, se consideraba que el hijo adulterino había privado de ciertos derechos en la sucesión al cónyuge viudo y se le reparaba tal perjuicio asignándole la mitad de la porción⁸⁷.

El artículo 14 de la Ley de 3 de enero de 1972 introdujo una disposición transitoria que preveía que el nuevo reconocimiento de derechos sucesorios a los hijos naturales no podía ejercitarse en perjuicio de donaciones *inter vivos* (*donation-partage*) consentidas con anterioridad a su entrada en vigor.

El mismo criterio para el derecho transitorio siguió la Ley de 26 de junio de 1982 que modificó el artículo 334-8 del *Code Civil*, disponiendo que la filiación natural se podía establecer tanto por reconocimiento voluntario, como

⁸⁶ TAITHE et TAITHE, 1995, p. 38.

⁸⁷ LUCHAIRE, *RTDC*, 1982, pp. 245-328; NERSON, 1975, pp. 397-434; BIGOT, 1977, pp. 243-267; RASSAT, 1973, pp. 207-258, y 419-439; TAITHE et TAITHE, 1995, pp. 36-43.

por la posesión de estado, como por resolución judicial. En su artículo 2, la Ley puntualizaba que sus disposiciones eran aplicables a hijos naturales nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, pero que éstos no tenían derecho alguno a las sucesiones ya liquidadas.

2.2 REFORMA EN FRANCIA A CONSECUENCIA DE LA CONDENA EN EL CASO MAZURECK DE 2000. DISPOSICIÓN TRANSITORIA DEL ARTÍCULO 25-II-2.^a DE LA LEY DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001

La STEDH de 1 de febrero de 2000, caso *Mazureck* contra Francia, condenó al Estado francés por discriminar en la sucesión intestada a los hijos adulterinos (STEDH 2000, 45). El *Code Civil* fue modificado por Ley de 3 de diciembre de 2001 y, desde entonces, el artículo 733 los equipara completamente con el resto en la sucesión intestada⁸⁸.

La entrada en vigor de la Ley de 2001 estaba prevista para el 1 de julio de 2002 pero, dada la naturaleza de la condena, el Estado Francés decidió que la supresión de la discriminación tuviese vigencia con anterioridad, desde la misma publicación de la ley en el boletín oficial, que tuvo lugar el 4 de diciembre de 2001, y así lo dispuso el artículo 25-II-2.^o de la Ley de 3 de diciembre de 2001. El precepto incluía la siguiente disposición transitoria: «bajo reserva de acuerdos amistosos ya celebrados y decisiones judiciales irrevocables, las disposiciones relativas a los nuevos derechos sucesorios de los hijos nacidos fuera del matrimonio cuyo padre o madre estuviera, en el momento de la concepción, comprometido por vínculos matrimoniales, serán aplicables a las sucesiones abiertas en la fecha de publicación de la Ley en el Diario Oficial de la República Francesa en la medida en la que estas sucesiones no han dado lugar a una partición antes de dicha fecha»⁸⁹. De su tenor se deduce que la ley de 2001 pretendía dejar intactos e inalterados por la nueva regulación igualitaria, los acuerdos amistosos ya celebrados (consentidos) y las decisiones judiciales irrevocables.

El artículo 25-II-2 fue nuevamente modificado por Ley de 23 de junio de 2006, para suprimir las frases «cuyo padre o madre estuviera, en el momen-

⁸⁸ Sobre la reforma: BELLIVIER et ROCHFELD, 2002, pp. 156-165; PEREÑA VICENTE, *RCDI*, 2003, pp. 1855-2878; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2007 a), *i.t.*

⁸⁹ Traduzco el texto francés: «sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, seront applicables aux successions ouvertes à la date de publication de la présente loi au Journal officiel de la République française et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date les dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage».

to de la concepción, comprometido por vínculos matrimoniales», por considerarse inelegante e inoportuno. Se pretendía con ello erradicar completamente, incluso de la letra de la ley, cualquier referencia al carácter adulterino de la filiación y al origen del nacimiento de los hijos.

2.3 NUEVA CONDENA EN STEDH DE 7 DE FEBRERO DE 2013 (*FABRIS C/FRANCIA*). LOS HECHOS Y FECHAS DE INTERÉS. *ITER JUDICIAL* INTERNO EN FRANCIA Y EN EL TEDH

A pesar de las reformas incorporadas al derecho francés, el TEDH, en sentencia de 7 de febrero de 2013 (JUR 2013, 35557), *caso Fabris*, volvió a condenar a Francia, no por la existencia de normas discriminatorias en el *Code*, que ya no las había desde la reforma de 2001, sino porque la norma transitoria introducida entonces, que declaró inatacables los *acuerdos amistosos ya celebrados y las resoluciones judiciales irrevocables*, impedía al demandante, Sr. Fabris (hijo adulterino), impugnar una *donation-partage* que se había cerrado completamente en 1970, es decir, muchos años antes del reconocimiento de filiación por su madre, causante de la sucesión, que estaba casada cuando el Sr. Fabris nació con un hombre que no era su padre. El Sr. Fabris nació el año 1941 y el reconocimiento materno de filiación tuvo lugar judicialmente y por posesión de estado en 1983. La causante, su madre, falleció el año 1994.

La madre y su esposo, del que se separó judicialmente en 1967, habían consentido un reparto de bienes exclusivamente entre sus hijos legítimos (una *donation-partage*) el año 1970, en el que no se tuvo en cuenta al hijo adulterino y al que éste no había prestado su consentimiento, pues en ese momento ni siquiera había sido reconocido por su madre. Tras el fallecimiento de la madre en 1994, el Sr. Fabris, que había sido reconocido en 1983, impugnó la *donation-partage* del año 1970. En 1998, pues, reclamó la parte completa que le hubiera correspondido de haber sido hijo legítimo.

La legislación francesa prevé una acción de reducción de donaciones por incumplimiento de legítima a favor de posibles perjudicados y a ejercitar durante los cinco años siguientes a la fecha de fallecimiento del causante, con independencia de la fecha de la donación (dejaremos al margen las discusiones doctrinales en torno al momento en que ha de considerarse plenamente eficaz un acuerdo de *donation-partage*, si el de su otorgamiento o el de la muerte—siempre posterior—del causante). Como se ha dicho, el Sr. *Fabris* interpuso la acción de impugnación de la *donation-partage* de 1970 en 1998, cuatro años

después del fallecimiento de la madre (que tuvo lugar en 1994) y tres años antes de la reforma del *Code Civil* de 2001.

La sentencia de primera instancia dictada el 6 de septiembre de 2004 por el tribunal de *Béziers* estimó la demanda al reconocer que «la vida familiar comprendía también los intereses materiales», incluida la sucesión en pie de igualdad con los demás hijos.

En cambio, la de apelación de 14 de febrero de 2006 del tribunal de *Montpellier* la revocó y declaró que los nuevos derechos reconocidos en Francia tras la reforma de 2001 no podían aplicarse en perjuicio de donaciones *inter vivos* consentidas con anterioridad a su entrada en vigor, según la disposición transitoria de la Ley.

Se presentó entonces recurso de casación alegando que «la paz familiar no podía tener superior legitimidad que la igualdad en materia de derechos de carácter civil entre hijos nacidos de matrimonio o nacidos fuera del mismo». El recurso fue desestimado por la *Cour de Cassation* en sentencia de 14 de noviembre de 2007, al considerar que la reforma de 2001 era aplicable a sucesiones abiertas todavía pero no a las ya repartidas antes del 4 de diciembre de 2001.

El Sr. *Fabris* presentó demanda ante el TEDH el 1 de abril de 2008, y el 21 de julio de 2011, una sala de la Sección quinta del TEDH declaró la demanda admisible pero concluyó por cinco votos contra dos que no se había producido violación del artículo 14 del Convenio. El 6 de septiembre de 2011 el demandante solicitó el reenvío del asunto ante la Gran Sala del TEDH, y el 28 de noviembre de 2011 el Pleno aceptó la petición. Tras la audiencia pública de 4 de abril de 2012, la Gran Sala del TEDH dictó sentencia estimando la demanda del Sr. *Fabris* el 7 de febrero de 2013.

El TEDH consideró que al no haberse tenido en cuenta a quien ya era hijo del causante en el momento de la partición sucesoria, se vio completamente imposibilitado para impugnar cualquier acto de atribución hereditaria, vulnerándose el artículo 14 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1⁹⁰.

Conviene tener presente que el caso *Fabris* estaba en los tribunales franceses *sub iudice* cuando se dictó el fallo *Mazurek* (2000), y también cuando se reformó la legislación francesa (2001), lo que pudo ser relevante para la resolución final.

La STEDH de 7 de febrero de 2013 hace hincapié en que el hijo adulterino ya tenía establecida la filiación cuando falleció la causante (momento en

⁹⁰ LE CHUITON, 2013, pp. 45-47.

que se «consolidó» la *donnation-partage* otorgada cuando todavía no había sido reconocido) y por ello considera que hubo discriminación en ese momento.

Sin embargo, el propio TEDH considera que no es el mismo caso que el de su sentencia anterior de 21 de octubre de 2004, caso *Alboize-Barthes et Alboize-Montzume contra Francia (4421/04)*, en la que falló que las hijas adulterinas del causante no tenían derecho a la herencia porque cuando éste falleció y se cumplió el testamento en el que ni se las nombraba, la sucesión quedó completamente liquidada. Es decir, al no estar establecida la filiación en el momento de la muerte del causante, no hay derecho hereditario sobre los bienes del difunto ni se puede reclamar la titularidad de los mismos.

Para el TEDH (fundamento número 54), parece relevante para reconocer derechos a heredar de los hijos adulterinos, que la filiación ya se haya establecido al fallecer el causante.

2.4 VOTO PARTICULAR DE PINTO DE ALBUQUERQUE A LA STEDH DE 28 DE JUNIO DE 2013

Con posterioridad, el TEDH se pronunció en Sentencia de 28 de junio de 2013 (JUR 2013, 215943) sobre la indemnización que acordaron, en cumplimiento de la sentencia de 7 de febrero de 2013, el Gobierno Francés y el Sr. *Fabris*. Esta sentencia, exclusivamente limitada a la fijación de la correspondiente indemnización al demandante, tuvo un voto particular del juez Pinto de Albuquerque que sostuvo que, en un asunto de esta índole no basta con satisfacer una indemnización, y ello con independencia de que el demandante la acepte. En su opinión, la STEDH de 7 de febrero de 2013 debería haber provocado, como mínimo, las tres siguientes reacciones del estado condenado:

a) Establecer un procedimiento específico de revisión de juicios civiles para terminar con la discriminación de los hijos y la violación de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

b) Obligar a las jurisdicciones nacionales correspondientes a realizar una nueva partición reduciendo la efectuada en 1970 para proteger la legítima del Sr. *Fabris*, conforme al artículo 922 del *Code Civil*.

c) Reexaminar la disposición transitoria de la Ley de 3 de diciembre de 2001 por no ser acorde a la jurisprudencia del TDHE.

Según esta tesis del juez disidente estamos ante cuestiones que no deben depender de la voluntad de los interesados (que no pueden ser objeto de tran-

sacción) y, en suma, no basta con indemnizar al discriminado sino que debería haberse enervado la discriminación sufrida por las sentencias internas que han quedado consolidadas, distribuyéndose nuevamente los bienes entre los tres hermanos, y declarar sin vigor una disposición transitoria discriminatoria y contraria al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y adulterinos.

El voto particular lleva a sus últimas consecuencias el reconocimiento del derecho a no ser discriminado en la sucesión por motivos exclusivamente basados en el origen de la filiación.

Con posterioridad, la sentencia de la Corte de Casación de 20 de noviembre de 2013 consideró que los herederos pueden decidir, de común acuerdo, continuar aplicando las disposiciones discriminatorias entre ellos, y el hijo nacido fuera de matrimonio, renunciar a sus derechos (*Cass. Civ. 1.^a 20 nov. 2013: n.º 12-23.118*).

VII. DESCENDIENTES: PRIMEROS LLAMADOS A LA SUCESIÓN EN PROPIEDAD Y EN EXCLUSIVA

1. Sin límite de grado de llamamiento

El orden de los descendientes es el primero en la sucesión intestada del Cc. Se trata de un llamamiento ilimitado, así que si queda un solo descendiente del causante que pueda y quiera heredar no procede llamar a los ascendientes, al orden siguiente. Así se deduce del artículo 930 Cc. La línea recta descendente es llamada en primer lugar y en exclusiva a la sucesión intestada pues este primer rango jerárquico no lo comparten los descendientes con ningún otro orden de llamados, salvo el usufructo por legítima del cónyuge viudo.

Al llamar en primer lugar a descendientes coincide con todos los derechos civiles forales y especiales y con derechos extranjeros de nuestro entorno⁹¹. Existe algún caso singular, como el Derecho sueco que llama a la intestada en primer lugar al cónyuge relegando a la segunda posición a los descendientes, como se verá en el capítulo séptimo correspondiente a la sucesión del viudo.

⁹¹ Así, los artículos 731 y ss. *Code Civil* francés; los de los mismos del CC belga; artículos 2133 siguientes del Código portugués; artículos 566 y siguientes *Codice Civile* italiano; artículos 457 y concordantes del Código civil suizo; §§ 1924, siguientes y del BGB.

2. **Compartir el llamamiento de primer orden con el cónyuge (o la pareja estable): tendencia en derecho comparado y en legislación extramuros del Cc.**

El Cc. es por el momento ajeno a la tendencia de política legislativa reciente que muestra el claro protagonismo del cónyuge en el llamamiento a la sucesión intestada y que está presente en buena parte de los derechos extranjeros europeos y latinoamericanos. Muchos incluyen al viudo o viuda en el primer orden junto con los descendientes del causante, sean comunes o no y para recibir una porción en plena propiedad que difiere, según los casos, y a veces, depende del número de descendientes con quienes concurra el cónyuge superviviente. Constituyen ejemplos de esta tendencia los derechos alemán (§§ 1924 y 1931 BGB), austriaco (§ 757 ABGB), portugués (art. 2139 Cc.), italiano (art. 581 Cc.) y suizo (art. 462 Cc.). También el artículo 2433 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino de 2014: «Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo. En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge superviviente no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido».

El CCC previó la tradicional cuarta viudal en plena propiedad y en concurrencia con descendientes, sin conceder al viudo la cualidad de heredero y para el supuesto de carecer de medios económicos suficientes para su congrua sustentación, considerando el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relicto (antes, en los arts. 379 y ss. CSC). El CDFa reconoce usufructo viudal universal para el cónyuge viudo en los artículos 271 y ss., institución que conserva su naturaleza de derecho familiar más que sucesorio; aunque no tiene derecho a cuota en plena propiedad en la *sucesión legal* en concurrencia con descendientes, dado que la legítima es solo la mitad del caudal y colectiva para todos los descendientes, es posible dejar la otra mitad al cónyuge en plena propiedad en disposición voluntaria.

En el capítulo séptimo se encuentran referencias más detalladas sobre esta tendencia de política legislativa. Allí se remite para no reiterar.

VIII. DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA EN EL ORDEN DE LOS DESCENDIENTES

Los descendientes heredan conforme al principio de proximidad de grado con admisión ilimitadamente del derecho de representación que, de darse, provoca la distribución de los bienes por estirpes, conforme al artículo 926 Cc.

1. Hijos del causante

Con discutible terminología, dice el artículo 932 Cc. que los hijos heredan siempre *por su propio derecho*. Si se compara con el artículo 933 Cc., parece que la ley contrapone la sucesión *por derecho propio* con la que tiene lugar *por derecho de representación*. Sin embargo, como afirma la mejor doctrina y ya se dijo, también se hereda por derecho propio cuando se hereda por derecho de representación⁹².

El artículo 932 Cc. ha de entenderse en relación a los hijos, esto es, los descendientes que ostentan el grado preferente respecto del causante, puesto que son los más próximos descendientes del causante y todos tienen el mismo grado de parentesco con él. Si pueden y quieren heredar, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 921 Cc. y la herencia se distribuirá entre ellos en partes iguales o, lo que es igual, por cabezas⁹³. Dado que la legítima se da en la sucesión intestada, el desheredado injustamente y el preterido intencionalmente que sobreviva al causante solo tiene derecho a la legítima. La preterición no intencional provoca la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (salvo la institución de heredero a favor del cónyuge que solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas) y se abre la sucesión intestada sobre todo el caudal.

2. Resto de descendientes

El resto de descendientes de grado ulterior, más alejados que los hijos del causante, heredarán por derecho de representación (distribuyendo la herencia por estirpes) si se dan los correspondientes ámbitos de aplicación de aquél. En otro caso, como por ejemplo si hay repudiación del hijo único o de todos los hijos, los nietos heredarán en partes iguales o por cabezas (*por su propio derecho*, como también se dice para diferenciarlo), y así sucesivamente⁹⁴.

Para la distribución de los bienes remitimos al capítulo tercero donde se vio el derecho de representación y su ámbito de aplicación (premorienencia, indignidad, desheredación con justa causa e ilícita y la preterición) y efectos, especialmente las restricciones en la cuota de los descendientes de los indignos, desheredados y preteridos.

⁹² VATTIER, 1986, pp. 80 y ss., en especial, 106-107.

⁹³ YSÀS SOLALES, 2011, p. 1581; HUALDE MANSO, 2011, pp. 1339-1340; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, 1273-1274.

⁹⁴ HIDALGO, 2010, p. 1033; YSÀS, 2011, pp. 1580-1581; HUALDE, 2011, pp. 1340-1344; LÓPEZ MAZA, 2013, pp. 6816-6820 y 6823-6826; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, pp. 1274-1275.

En la línea recta descendente solo hay derecho a la total cuota abintestato de quienes heredan por representación en caso de premoriencia de su progenitor. En los supuestos de indignidad y desheredación, sea con justa causa o injustamente, los descendientes del indigno o desheredado (si es injustamente, solo se plantea la aplicación del derecho de representación en caso de premoriencia del hijo) ven restringida su cuota abintestato a la legítima conforme a lo dispuesto en los artículos 761 y 857 Cc. Allí también se refieren argumentos para mantener la aplicación del derecho de representación en caso de declaración legal de ausencia del llamado, declaración de fallecimiento y comorriencia. En el mismo lugar se alude a las obligaciones de colacionar que el artículo 1038 Cc. impone a los legitimarios cuando se hereda por representación.

Si el hijo repudia la herencia no se aplica el derecho de representación. Si repudia el único descendiente de grado preferente (supuesto de estirpe única) o todos los descendientes de grado preferente, heredarán los del grado siguiente «por derecho propio», en partes iguales y sin que se aplique la distribución de los bienes por estirpes. La repudiación del llamado provoca el acrecimiento en la sucesión intestada (más que derecho de acrecer, aunque algunos autores entienden que tan derecho de acrecer es el que se da en la sucesión intestada como el de los llamamientos testamentarios) o el llamamiento al orden siguiente. Aunque la primera parte del artículo 933 Cc. dice que los descendientes de grado ulterior (nietos y demás descendientes) heredarán por derecho de representación, no siempre será así, como en el caso de repudiación de todos los llamados de grado preferente o del único si es uno solo, como dispone el artículo 923 Cc. Lo reitera el artículo 934 Cc. cuando dice que *si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación*.

Fallecido el llamado a una herencia sin aceptar ni repudiar, no tiene lugar el acrecimiento entre coherederos ni se aplica el derecho de representación puesto que se transmite a sus herederos el *ius delationis*, según lo dispuesto en el artículo 1006 Cc. Si los herederos del «transmitente» (que podrán ser por testamento o *ab intestato*) repudian el *ius delationis*, éste se reintegrará en el caudal relicto del causante y seguirá el destino sucesorio que corresponda.

3. La criticable utilización del término «herederos» en el artículo 933 Cc.

Dice el artículo 933 Cc. que «Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales».

Cuando el precepto alude a que alguno de los llamados «hubiese fallecido dejando varios herederos» debería decir «dejando varios descendientes» pues otra cosa puede inducir a confusión. No cabe entender sino que el término «herederos» alude necesariamente a descendientes, y, además, tendrán que ser descendientes del mismo grado. En realidad, el precepto significa que, dentro de cada stirpe, los descendientes llamados por representación y que tienen el mismo grado de parentesco con el causante, distribuyen los bienes por cabezas o en partes iguales. El término «herederos» no puede interpretarse literalmente, es decir, incluyendo *herederos abintestato en general* o *herederos testamentarios* o *parientes*⁹⁵.

4. Los hijos y demás descendientes pueden ser reservatarios: artículos 811 y 968 y ss.

Los hijos y demás descendientes pueden ser reservatarios o titulares del derecho de reserva previsto en el artículo 968 en relación con el 973. Ya se mencionó en el capítulo tercero, así como los efectos que la aplicación de la reserva lineal o troncal podría tener para la distribución de los bienes. Se trata de derechos preferentes a detraer con exclusión de los que correspondan al causante fallecido.

Hay que subrayar que la aplicación de las reservas puede tener lugar existiendo reservatarios que sean descendientes de la persona de cuya sucesión se trata (caso probable en las reservas del bínubo) o que no tengan ni siquiera parentesco de consanguinidad ni adopción con el causante de la sucesión (más probable en el caso de la reserva troncal, pero tampoco a descartar en las que el Cc. impone al bínubo). El descendiente que fue desheredado con justa causa en su día pierde la reserva y sus correspondientes descendientes reciben la legítima conforme al artículo 857 Cc.

5. Legítima del cónyuge viudo en concurrencia con descendientes del causante

Aunque el texto del artículo 930 Cc. parece categórico y el orden de los descendientes es llamado con preferencia y en exclusiva en la sucesión intes-

⁹⁵ Como sugiere el profesor HIDALGO, 2010, p. 1033, podría llevar a confusión con la transmisión del *ius delationis*, ex artículo 1006 Cc., lo que no se da en el supuesto del artículo 933 Cc.

tada del Cc., en concurrencia con ellos el cónyuge tiene derecho de usufructo por legítima del tercio destinado a mejora (art. 834 Cc.)⁹⁶ y siempre que no esté separado legalmente o de hecho (Ley 15/2005 y Ley 15/2015). La legítima la tiene el cónyuge concurriendo con hijos, nietos y cuales quiera descendientes de grado ulterior y sean descendientes comunes o no.

⁹⁶ STS de 25 de enero de 2000; LÓPEZ MAZA, 2013, p. 6812.

CAPÍTULO QUINTO

LLAMAMIENTO A LOS ASCENDIENTES

I. RÉGIMEN JURÍDICO PRÁCTICAMENTE INALTERADO DESDE 1889

El título del epígrafe es sencillamente una constatación y no necesariamente entraña una crítica ni la propuesta de reformas por el mero hecho constatado.

1. Breve nota sobre antecedentes

Prescindiendo de antecedentes más remotos¹, la base 18.^a de la Ley de Bases recogía el llamamiento a los ascendientes en segundo lugar, después de los descendientes y con preferencia a todos los parientes colaterales, incluidos los hermanos. Desde la promulgación del Cc. el siglo XIX, los ascendientes han ocupado esta posición en el llamamiento a la sucesión intestada de sus descendientes, una posición que no se ha alterado en las sucesivas reformas.

No obstante, algunas les han afectado indirectamente. Al promulgarse el Cc. en 1889, los artículos 935 a 938 Cc. llamaban a los ascendientes inmediatamente a continuación de los descendientes legítimos y con preferencia a los hijos naturales reconocidos y a los legitimados por concesión Real. Eran lla-

¹ Referidos por LÓPEZ MAZA, 2013, p. 6827, quien subraya que el artículo 935 Cc. se aparta del Código justinianeo y Las Partidas. En la Novela 118 de Justiniano se llamaba a los hermanos y hermanas del difunto en unión con padres y ascendientes; también establecía un llamamiento conjunto la Ley 4, título 13, Partida 6.^a habiendo hermanos. A partir del Fuero Real se adopta posición distinta y los ascendientes pasan a tener preferencia respecto de los hermanos (Ley 6.^a de las de Toro, según refiere HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1033). Esta ordenación de llamamientos pasó al Proyecto de Cc. de 1851.

mados los ascendientes «legítimos». Los hijos naturales reconocidos y los legitimados por concesión Real, concurriendo con ascendientes legítimos del causante y si procedía la delación abintestato, solo tenían derecho a legítima de la mitad de la parte de herencia de libre disposición (según el entonces vigente artículo 841 Cc., al que remitía expresamente el artículo 942 Cc.). Si había cónyuge, concurría con los descendientes y ascendientes y recibía su cuota de usufructo por derecho de legítima.

Los ascendientes solo sucedían abintestato al hijo natural reconocido. Al hijo legitimado le podían suceder el padre o madre que los hubiese reconocido, pero solo si el hijo legitimado fallecía sin descendencia legítima. El resto de ascendientes no legítimos del causante no podía suceder abintestato, como se deduce del texto que entonces tenían los artículos 943 y 944 Cc. De modo que solo podían suceder al hijo natural y al legitimado por concesión Real el padre y/o la madre que los hubiesen reconocido, pero no los ascendientes de grado más alejado, a pesar de que el artículo 945 Cc., en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981 llamase a los hermanos naturales a suceder «a falta de ascendientes naturales». Teniendo en cuenta los artículos 943 y 944 Cc. entonces vigentes, los ascendientes a que aludían solo podían ser el padre o la madre del causante que fuese hijo natural o que hubiese sido legitimado por concesión Real, pero no otros ascendientes de grado ulterior.

La reforma por Ley 11/1981 también afectó indirectamente al llamamiento de los ascendientes al desaparecer los contenidos discriminatorios que ponían el foco más en los descendientes. Los ascendientes mantuvieron la segunda posición en el orden jerárquico pero después ya de todo tipo de descendientes y con independencia del origen de la filiación; en consecuencia, tenían pleno derecho a suceder a los descendientes, fuesen matrimoniales o extramatrimoniales, suyos o de sus descendientes. En la reforma de 1981 se reorganizaron los artículos pero sin alteraciones de fondo en lo atinente al llamamiento a la sucesión de los ascendientes. Como la doctrina ha subrayado, el contenido de los artículos 938 a 941 Cc., en la redacción anterior a la Ley 11/1981 se refundían en uno solo, unidad que se mantiene para la legítima de los ascendientes en el artículo 810 Cc. y que resultaba más clarificadora².

En cuanto al derecho preferente a la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc., ha estado vigente ininterrumpidamente desde la promulgación del Cc., con previsión expresa de subrogación real. Es una norma aplicable tanto en la sucesión testada como en la intestada, como dispone el artículo 942 Cc. En

² GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1278.

la Ley 11/1981 se incluyó expresamente el derecho de los ascendientes al recobro en la herencia de los hijos adoptivos en el artículo 179 Cc.

2. Distribución de los bienes

2.1 PADRE Y MADRE, PROGENITORES DE PRIMER GRADO

El padre y la madre del causante heredan en partes iguales si ambos concurren a la sucesión del hijo (936 Cc.). Si uno de ellos no puede suceder por premoriencia o indignidad, por ejemplo, o si repudia la herencia, el otro tiene derecho a recibir íntegramente la totalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 937 Cc.³ Si concurre el cónyuge viudo del hijo, y a pesar de los términos categóricos del precepto, tiene derecho al usufructo de la mitad de la herencia por legítima (art. 837)⁴.

Dado que en la línea ascendente no se aplica el derecho de representación (art. 925 Cc.)⁵, ni el sistema de *fente*⁶, los ascendientes de diferente grado no pueden heredar a la vez. En consecuencia, o heredan los padres o los abuelos (sean uno, dos, tres o cuatro) o los bisabuelos, y así sucesivamente. El límite lo pone la naturaleza.

En la sucesión abintestato de la línea recta ascendente se da el principio de proximidad de grado con total rigor, cumpliéndose lo dispuesto en el artículo 921 Cc.⁷

2.2 SUCESIÓN DEL RESTO DE ASCENDIENTES

En defecto del padre y la madre, suceden los ascendientes más próximos en grado, según el artículo 938 Cc. Hay que entender que también pueden ser llamados padre y padre y madre y madre, aunque en las reformas por

³ Se considere o no que es en virtud del derecho de acrecer. Para nosotros, con el PROFESOR LACRUZ BERDEJO, se da más bien el acrecimiento típico de la sucesión intestada.

⁴ HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1034.

⁵ DE LOS MOZOS, 1991, pp. 2244 y ss.; YSÀS SOLANES, 2011, p. 1584.

⁶ Referencias a los sistemas y modelos sucesorios de *fente* y *refente* en virtud de los cuales podían heredar ascendientes de grados diferentes, se pueden ver en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 215-216 y nota 464, gráficos 45 y 46. El sistema rige en el derecho francés vigente, GUÉVEL, 2014, pp. 67-77.

⁷ HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1034; LÓPEZ MAZA, 2013, p. 6829.

Ley 13/2005 y 15/2005 que alteraron ciertos artículos del Cc. y de la Ley del Registro Civil, el legislador no consideró oportuno retocarlos⁸.

2.2.1 *División de la herencia en líneas*

Los demás ascendientes del causante suceden conforme al principio de proximidad de grado matizado por la división por líneas, sin dividir en sublíneas. Es lo que se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 939 a 941 Cc. Así que no se cumple exactamente la regla igualitaria del artículo 921. II que, con carácter general, dice que *los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el artículo 949 sobre el doble vínculo*.

Dicho principio tampoco se aplica *ex* artículos 939 a 941 Cc., al ser posible que ascendientes del mismo grado con el causante hereden desigualmente. De hecho, los ascendientes del mismo grado más alejados del causante que el padre y madre, solo heredan en partes iguales si pertenecen a la misma línea (939).

La división por líneas implica división desigual, entre parientes del mismo grado, al no darse el derecho de representación⁹.

Concurriendo a la sucesión los dos abuelos paternos y la abuela materna por haber fallecido el abuelo materno, aunque los tres abuelos tienen el mismo grado de parentesco con el causante (segundo grado en línea recta ascendente), no heredan en partes iguales sino que cada abuelo paterno heredará 1/4 del caudal y la abuela materna heredará 1/2, es decir, el doble, por aplicación del artículo 940 Cc.

Si bien el Cc. recoge expresamente esta división de la herencia en líneas dentro del mismo grado, nada dice expresamente sobre si ha de hacerse división en sublíneas. Es lo que se deduce de la interpretación de los artículos 940 y 941 Cc.: dos líneas y en cada línea, división por cabezas, o lo que es igual, en partes iguales.

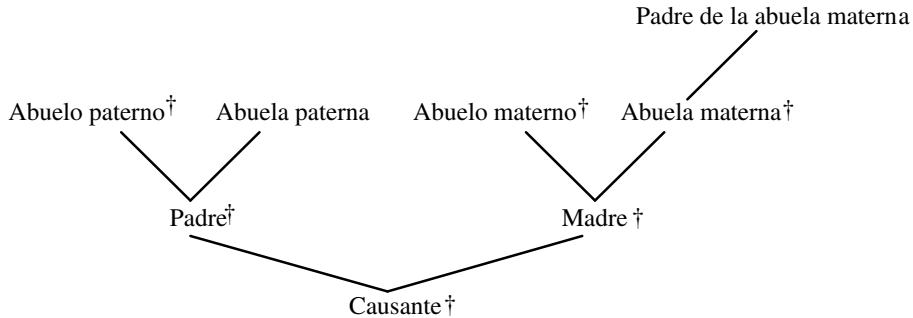
Para la correcta interpretación de lo dispuesto en el Cc. sobre el llamamiento a la sucesión legal de los ascendientes más alejados que el padre y la madre del causante hay que tener en cuenta los siguientes principios:

a) El principio de proximidad de grado es preferente frente a cualquier otro. Si concurre un abuelo paterno y dos bisabuelos maternos, los bisabuelos son excluidos de la sucesión por el abuelo. Del mismo modo, si sobreviven al

⁸ HUALDE MANSO, 2011, p. 1346.

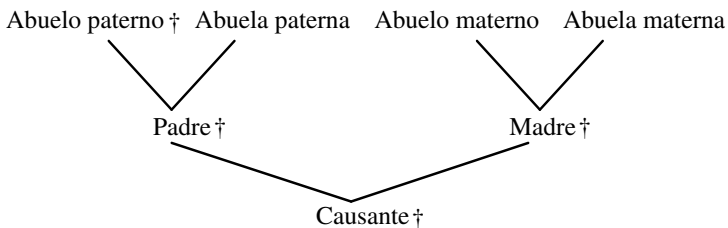
⁹ ROYO MARTÍNEZ, 1951, p. 207.

causante el abuelo paterno y el abuelo materno y este último repudia la herencia, su porción pasará al abuelo paterno aunque estén vivos dos bisabuelos maternos del causante (art. 938 Cc.).



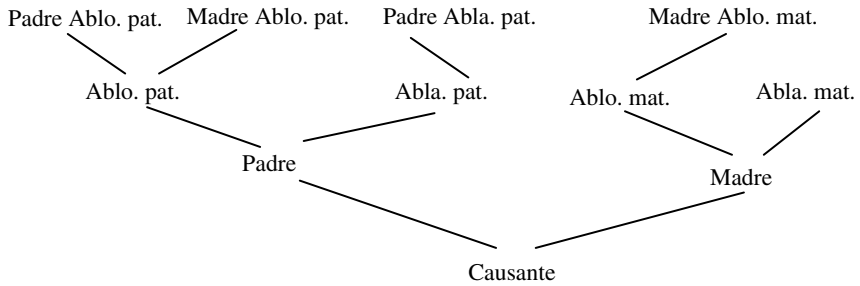
En el supuesto del gráfico, hereda todo la Abuela paterna.

b) Las reglas del artículo 940 Cc. se aplican entre ascendientes del mismo grado. En ese caso hay que distinguir la línea materna y la paterna. Los ascendientes de la línea materna reciben la mitad y los de la línea paterna la otra mitad. Dentro de cada línea, todos los ascendientes recibirán los bienes por cabezas, es decir, en partes iguales. Cuando todos los ascendientes que concurren a la sucesión sean del mismo grado de parentesco con el causante y pertenezcan a diferentes líneas, materna o paterna del causante. Dentro de la línea materna y paterna la distribución de los bienes se hará por cabezas o en partes iguales y si algún ascendiente de la línea repudia o no puede suceder, su parte «acrece» a los ascendientes de la misma línea (y grado).



La distribución de los bienes, será la siguiente: Abuela paterna, 1/2; abuelo materno, 1/4 y abuela materna, 1/4.

No hay diferenciación alguna entre sublíneas, es decir, dentro de la línea materna no cabe distinguir línea de los abuelos de la madre paternos y de los abuelos de la madre maternos.



Supongamos que concurren a la sucesión cuatro bisabuelos del causante, en concreto, los padres de su abuelo paterno, el padre de su abuela paterna y la madre de su abuelo materno.

Si no dividimos en sublíneas, la mitad del caudal sería para la madre del abuelo materno (único ascendiente vivo perteneciente a la línea materna del causante) y los otros tres bisabuelos tomarían una sexta parte del caudal cada uno, esto es, heredarían por cabezas al pertenecer todos a la línea paterna (los tres son abuelos del padre del causante). Si hubiese de aplicarse la división en sublíneas, la madre del abuelo materno del causante recibiría también 1/2 del caudal, pero entre los abuelos del padre del causante (pertenecientes todos a la línea paterna del causante), habría que diferenciar las sublíneas de los abuelos y entonces, los 2 abuelos paternos del padre recibirían 1/8 del caudal y el padre de la abuela paterna 1/4.

Los artículos 940 y 941 Cc. no parecen admitir más división que entre la línea materna y la paterna, lo que lleva a mantener que no hay en el Cc. división en sublíneas.

2.2.2 Efectos de la repudiación

Todo lo expuesto se da en caso de premoriencia pero la misma consecuencia tendría la repudiación de la herencia por parte de los ascendientes llamados.

Pensemos nuevamente en el supuesto propuesto más arriba de concurrencia de los cuatro abuelos. Si el abuelo paterno repudia, en lugar de haber premuerto a su nieto, la cuarta parte repudiada por él no acrecería a los tres coherederos en partes iguales (abuelos maternos y abuela paterna) sino que solo acrecería dentro

de la línea, es decir, la cuarta parte repudiada correspondería a la abuela paterna y recibiría en este caso la mitad de la herencia. Así es como debe cumplirse en el orden de los ascendientes lo dispuesto en el artículo 981 Cc.

Y del mismo modo, el acrecimiento se hará siguiendo el sistema de líneas, sin dividir en sublíneas; y si no quiere aceptar ningún ascendiente de la línea paterna, su parte será para el ascendiente o ascendientes de la línea materna del mismo grado.

Así, por ejemplo, si los dos abuelos maternos del causante no pueden heredar por premoriencia o indignidad o repudian la herencia, su parte será para la otra línea, es decir, para los ascendientes de la línea paterna, del mismo grado de parentesco, aunque esté vivo y sea capaz de heredar un bisabuelo de la línea materna del causante (por ejemplo, el padre de la abuela materna del causante).

2.2.3 *No se aplica el derecho de representación: sobre la posible aplicación del artículo 857 Cc. a la desheredación de ascendientes*

Lo expuesto en el apartado anterior es consecuencia de la distribución de los bienes en líneas en combinación con el principio de proximidad de grado de parentesco.

a) Sobre la posible aplicación del artículo 857 Cc. en la desheredación de ascendientes.

Asimismo, como indica el artículo 925. I Cc., el derecho de representación no se aplica en la línea recta ascendente, ni para que sucedan ascendientes de grado ulterior por representación del padre o madre o de otros ascendientes de grado más próximo con el causante, ni para llamar a descendientes del ascendiente premuerto de modo similar a como funciona el sistema de llamamiento a parentelas en defecto del «cabeza de parentela» de los derechos alemán, austriaco o suizo. No cabe siquiera aplicarlo en caso de desheredación de ascendientes con justa causa, supuesto planteado por ÁLVAREZ OLALLA¹⁰. Aunque el artículo 857 Cc. aluda a «descendientes del desheredado» (a diferencia del artículo 761 Cc. que se limita a descendientes del testador (*rectius*, causante) y alude exclusivamente al excluido de la herencia por incapacidad que sea hijo o descendiente del testador) no cabe interpretar que los descendientes del ascendiente desheredado con justa causa, que en tal caso serían los hermanos del causante, puedan ocupar su lugar, y ello no solo por las razones que esgrime la autora y porque en tales supuestos se produce el derecho de acrecer de los legitimarios de la misma cla-

¹⁰ ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pp. 6747-6748.

se¹¹, sino también porque el propio artículo 857 Cc., además de decir que los hijos o descendientes del desheredado «ocuparán su lugar» (lo que ampara la consideración como derecho de representación) también dice, y en plural (por tanto, referido a los descendientes del desheredado y no a este) que «conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

Evidentemente, al no ser los hermanos del causante (descendientes del ascendiente desheredado) legitimarios, no podrían conservar derecho de legítima alguno.

b) Tampoco se aplica el derecho de representación a favor de descendientes del ascendiente «sancionado» ex artículo 111 Cc.

Por los mismos motivos, hay que descartar la aplicación del derecho de representación pero merece alguna puntualización.

Cuando se dan las causas del artículo 111 Cc., el ascendiente no ostenta derechos sucesorios por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias. Si bien se ha descartado la consideración de las sanciones civiles del artículo 111 Cc. como supuestos de indignidad para suceder¹² (lo que parece dudoso), después de la reforma del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015 (LJV), la causa del artículo 111. I.1.º ha quedado refundida en el artículo 756.2.º I Cc., por cuanto será causa de indignidad para suceder al descendiente.

Y por lo que respecta a la causa del artículo 111. I.2.º Cc. (filiación determinada contra la oposición del ascendiente) al provocar ésta la pérdida de la patria potestad, también está ahora incluida en el artículo 756.2.º III.

En todos los casos del artículo 111 Cc. hay que descartar que los descendientes del sancionado civilmente puedan recibir legítima alguna tanto por no poder aplicarse el derecho de representación en la línea recta ascendente (art. 925. I Cc.) como por aludir el artículo 761 Cc. exclusivamente a los supuestos de exclusión por incapacidad del «hijo o descendiente» del testador. No puede pues aplicarse cuando el incapaz de suceder sea ascendiente del causante (mejor que testador, como indica el artículo 761 Cc.).

c) Reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. y derecho de representación.

La reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. se aplica en la sucesión intestada ex artículo 942 Cc.¹³, pero por análogas razones a las expuestas no cabe plantear la aplicación del derecho de representación pues no tiene cabida en la línea recta ascendente.

¹¹ BUSTO LAGO, 2013, p. 1188.

¹² BARBER CÁRCAMO, 2011, p. 597.

¹³ A diferencia del recobro de liberalidades aragonés que admite la sustitución legal a favor de descendientes de hermanos del causante (art. 524.2 CDFA).

El artículo 812 Cc. exige supervivencia del ascendiente titular de la reversión al causante. Y en los casos de indignidad y desheredación con justa causa del ascendiente, las opiniones de la doctrina son diferentes en función de que consideren que esta figura tiene naturaleza sucesoria, en cuyo caso, no procedería el recobro por el ascendiente indigno, desheredado por justa causa o incurso en alguna de las causas del artículo 111 Cc., pero sería diferente si se considera que el origen de la reversión está en una donación inter vivos; también hay quien diferencia y descarta la viabilidad de la reversión en caso de indignidad del donante, pero no en caso de desheredación de este por parte del donatario.

No cabe entender que los descendientes puedan ejercitar la reversión del ascendiente por derecho de representación en ningún caso.

3. **Indignidad para suceder de los ascendientes. Impacto de la reforma del artículo 756 Cc. en la desheredación del artículo 854 Cc.**

En el capítulo primero se estudió el artículo 914 Cc. y se aludió a la reforma por Ley 15/2015 (LJV) del artículo 756 Cc. sobre indignidad para suceder. Las modificaciones introducidas en los tres primeros números del precepto no solo tienen relevancia para la incapacidad por causa de indignidad sino también para la interpretación del artículo 854 Cc. que expresamente regula las justas causas para desheredar a los ascendientes. En relación a la regulación en concreto de las causas para desheredar a los ascendientes y a la vista de la reforma por Ley 15/2015, se observa lo siguiente:

a) El artículo 854 Cc. remite exclusivamente a las causas de incapacidad de heredar por causa de indignidad de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 756 Cc., pues todas son justas causas para desheredar a los ascendientes voluntariamente. En la reforma por Ley 41/2003, cuyo artículo 10 introdujo la causa 7.^a, no se retocó el artículo 854, para que se pudiera incluir como justa causa de desheredación, pero aunque la Exposición de Motivos de la Ley aludió solo a su aplicación en la sucesión intestada, la doctrina considera que es también justa causa de desheredación de legitimarios¹⁴.

¹⁴ Que también constituye justa causa de desheredación parece opinión unánime de la doctrina (PÉREZ DE VARGAS, p. 260; REGLERO, actualiza DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1060), aunque la exposición de Motivos parece que la limita a parientes y a la sucesión intestada (GARCÍA RUBIO, 2011, pp. 637-638). La causa afecta incluso a personas jurídicas, como indica el profesor VATTIER (2010, p. 870) cuando afirma que los alimentos a que alude el artículo 756.7.º Cc. lo son en toda su extensión legal al discapacitado, y están supeditados a la situación de necesidad acreditada por aquel, lo que «puede hacer ineficaz la percepción de un legado, por ejemplo, a favor de las entidades que velan por las personas dependientes si no le han prestado las atenciones debidas».

Tampoco se remite expresamente a la causa 4.^a del artículo 756 Cc., intacta en la reforma por Ley 15/2015 (LJV).

b) Debe interpretarse el artículo 854 Cc. a la vista de la reforma de la indignidad para suceder y revisar el alcance de las tres causas específicamente prevista para desheredar a los ascendientes.

Las causas a que alude el texto actual del artículo 854 Cc. son:

1.^a *Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.*

De la remisión del artículo 854 al 170 Cc., la doctrina ha deducido que la causa de desheredación puede subdividirse en otras tres que serían, privación de patria potestad:

- a) Por incumplimientos de los deberes inherentes a la misma;
- b) Como consecuencia de una causa criminal o
- c) Como resultado de un procedimiento matrimonial.

Se entiende asimismo que es necesaria privación, lo que no se da en el supuesto del artículo 111 Cc., pues se supone que la patria potestad nunca se ha llegado a ostentar respecto del menor en el supuesto que refiere la norma¹⁵.

Con anterioridad a la reforma por Ley 15/2015 (LJV), el artículo 756 Cc. no aludía en ninguno de sus números a la privación de la patria potestad como causa de indignidad para suceder, si bien, conforme al número 1.^o eran indignos «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos». Se trataba de una conducta que incluía los supuestos de privación de patria potestad, pero dicha privación no era imprescindible para que existiese la causa de indignidad que, además, podía apreciarse en relación no solo con menores e incapacitados sometidos a patria potestad, sino también a otros hijos; los padres indignos quedaban además excluidos de la administración de los bienes de sus hijos (art. 164.2.^o Cc.)¹⁶. La doctrina entendía además que los ascendientes, al no poder ser titulares de la patria potestad, nunca podrían ser incluidos en la causa de desheredación del artículo 854.1.^a Cc.¹⁷; la causa solo se aplica a los padres en cuanto titulares de la patria potestad¹⁸.

El artículo 170 Cc., al que remite textualmente el artículo 854.1.^a Cc., sigue aludiendo al «padre o la madre». Su párrafo primero en vigor establece

¹⁵ ALGABA ROS, 2011, p. 1021.

¹⁶ GARCÍA RUBIO, 2011, p. 632.

¹⁷ ALGABA ROS, 2011, p. 1021.

¹⁸ VATTIER, 2010, p. 968; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1891.

lo siguiente: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».

Aplicando conjuntamente los artículos 756.2.ºIII Cc. y 854 Cc., puede ser desheredado todo aquel que haya sido privado «por resolución firme» de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo. La norma no distingue ni la jurisdicción en la que se dicte la resolución firme, ni el tipo de causa que haya podido provocar la privación de la patria potestad.

El artículo 173.2 CP prevé que en sentencia penal se pueda condenar a *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años*, lo que podría llevar a cuestionar su subsunción en la causa del artículo 854.1.ª Cc.¹⁹ La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad acordada en sentencia firme penal es causa de desheredación. También se prevé en los números 1 y 2 del artículo 153 CP que constituye el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en el artículo 172.2 CP, artículo 39 LO 1/2004.

Es discutible si la «suspensión de la patria potestad o de la custodia de menores», acordada por el juez conforme al artículo 65 de la LO 1/2004 introducido por la LO 8/2015, debe considerarse justa causa de desheredación. Los artículos 854 y 855 Cc., dicen que son justas causas de desheredación las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad conforme al artículo 170 y este contempla el supuesto de privación total o parcial de la potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. La suspensión podría considerarse un supuesto de «privación parcial» de la potestad.

¹⁹ Conforme al artículo 173.2 CP, el juez o tribunal que lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, podrá castigar al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, además de a la correspondiente pena de privación de libertad y privación de tenencia y porte de armas, a *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años*, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica [subrayo].

La gravedad de la conducta (condena por violencia de género) y la identidad de razón con los supuestos de privación de la patria potestad, así como el sentido de la reforma por la LO 8/2015 de la LO 1/2004, que pretende proteger al propio menor sometido a patria potestad y a todo el grupo familiar (no exclusivamente a la «víctima») llevan a sostener que debe ser una justa causa de desheredación (es más dudoso, como se indicó en el capítulo primero, que pueda considerarse causa de indignidad para suceder pues el artículo 756 Cc. exige sentencia o resolución firme y la contempla exclusivamente en relación a la persona agraviada (art. 756.2.º, párrafos segundo y tercero).

Por lo demás, el paralelismo de la conducta del condenado por violencia de género al que se suspende la patria potestad con la situación de quien inflige un daño psicológico al causante es muy claro. Quiero decir que el descendiente cuyo ascendiente haya sido inculcado por violencia de género y respecto del que el juez ordene suspender la patria potestad, causa indudablemente un maltrato, como mínimo, psicológico al propio descendiente al someterle a él mismo junto a todo el núcleo familiar a tan denigrante situación (pues no solo sufre la que hasta ahora se considera «víctima directa» de la violencia de género). Indudablemente es tan reprochable y tan merecedora de justa desheredación como el maltrato a que aludieron las SSTS de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015, dictadas en relación al artículo 853.2.ª Cc. y que tantas veces hemos citado. Entiendo que si el descendiente quiere (puede otorgar testamento desde los 14 años) puede desheredar a su ascendiente si ha sido suspendido de la patria potestad por condena por violencia de género conforme al artículo 65 LO 1/2004 introducido por la reforma de la LO 8/2015, y es también libre de perdonarle.

Finalmente, para desheredar con justa causa, no es imprescindible que la privación de la patria potestad se haya acordado por juez penal, pues es suficiente condena en sentencia firme de cualquier orden jurisdiccional. Y todas las causas en que puedan incurrir los ascendientes previstas en los números 1.º y 2.º del artículo 756 Cc. tras la redacción por Ley 15/2015, son justas causas para desheredar a los ascendientes, dada la remisión expresa del artículo 854 Cc.

2.º Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

La doctrina entiende que, si bien la norma parece aludir a los alimentos debidos a hijos y descendientes mayores de edad (art. 142 Cc.), puesto que es causa de desheredación y a partir de los catorce años hay capacidad para otor-

gar testamento, la causa de desheredación se puede dar también en relación a descendientes sometidos a patria potestad (art. 154 Cc.)²⁰.

3.º *Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.*

Para que se dé esta causa de desheredación no es necesaria sentencia firme²¹, pero ha de haber atentado contra la vida²². La causa queda sin efecto en los supuestos de reconciliación, que ha de ser entre los propios padres del causante, necesariamente bilateral y expresa²³.

Con anterioridad a la reforma del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015, la doctrina entendió que no cabía la aplicación de esta causa de desheredación a otros ascendientes, ni siquiera aunque hubiesen sido condenados en sentencia firme, al imponerse la interpretación restrictiva de las causas de desheredación²⁴. Y algunos autores echaban en falta una expresa referencia a otros tipos delictivos tales como lesiones y malos tratos, cuya existencia «no es según el tenor de la norma causa justa de desheredación pese a la gravedad de la conducta de ofensa».

Interpretando el artículo 854 Cc. con el nuevo artículo 756.1.º Cc., hay que concluir que son justas causas de desheredación de los ascendientes (no solo de padre y madre) haber sido condenado por sentencia firme (la condena es necesaria y no basta simple atentado):

- a) Por haber atentado contra la vida,
- b) Por haber causado lesiones.
- c) Por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar,

Y estas tres conductas (con sentencia firme condenatoria) cuando se hayan infligido a las siguientes personas:

- a) Al propio causante.
- b) A su cónyuge o a la persona a la que esté unido el causante por análoga relación de afectividad.
- c) A alguno de sus descendientes.
- d) A alguno de sus ascendientes.

²⁰ ALGABA ROS, 2011, p. 1022.

²¹ VATTIER, 2010, p. 968; ALGABA ROS, 2011, p. 1022.

²² TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1892.

²³ ALGABA ROS, 2011, p. 1022; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1892; BUSTO LAGO, 2013, p. 1185. Este último autor entiende que la reanudación de la convivencia entre los cónyuges constituye presunción *iuris tantum* de reconciliación.

²⁴ BUSTO LAGO, 2013, p. 1184.

En definitiva, después de la reforma del artículo 756 por Ley 15/2015, a cuyos números 1.º y 2.º remite el vigente artículo 854 Cc., cabe entender que se ha ampliado el ámbito de la desheredación de los ascendientes. Hoy puede ser desheredado con justa causa todo ascendiente (y da igual si es padre o madre o más alejado puesto que el artículo 756. 2.º Cc. no distingue) condenado por sentencia firme por haber cometido delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. También el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada y también el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

4. Desheredación de ascendientes y sanción civil de los artículos 111 y 179 Cc.

Los artículos 111 Cc. y 179 Cc. excluyen por ministerio de la ley del derecho a heredar tanto en la sucesión intestada como en la testada, al ascendiente biológico y al adoptivo respectivamente cuando se den los supuestos que prevén y que son objeto de sanción civil. No obstante, como la indignidad y desheredación, se puede redimir por el propio hijo alcanzada la plena capacidad (arts. 111. III y 179.3 Cc.).

En relación con los artículos 111 Cc. y 179 Cc. no es necesario atender a la falta de privación de la patria potestad; no parecen tener consecuencias prácticas las discusiones en torno a si para desheredar es preciso privación de patria potestad que se haya ostentado previamente.

5. Efectos de la indignidad, desheredación y sanción civil a los ascendientes

En cuanto a los efectos de la indignidad, desheredación o privación de derechos a la herencia por ministerio de la ley, no cabe plantear cuestiones análogas a las de los descendientes, como ya se ha dicho.

La porción del ascendiente indigno o justamente desheredado corresponde a los demás ascendientes del mismo grado que concurran a la sucesión (arts. 809 y 810 Cc. para la legítima y 936 a 941 Cc, también 925 que impide la aplicación

del derecho de representación) y da igual que sea la legítima o la sucesión intestada, pues en ambos casos la porción es la misma: sin son padre o madre, la mitad del caudal y para el resto de ascendientes, se distribuirá por líneas. Es un efecto del artículo 985 Cc. No caben reflexiones como las que sí proceden en la legítima de los descendientes y deducibles de los artículos 761 y 857 Cc.

En el caso de desheredación injusta de ascendientes, conforme al artículo 851 Cc. habrá que considerar que el ascendiente conserva su derecho a la legítima (usufructo de la mitad del caudal conforme al artículo 809 Cc.) sin apertura de la sucesión intestada. Es de opinión contraria el profesor Miquel que considera que procede la apertura de la sucesión intestada para que el ascendiente reciba la total cuota que le corresponde²⁵. La STS de 14 de octubre de 1997 (en relación a un supuesto al que se había de aplicar la legislación anterior a la reforma del Cc. por Ley 11/1981) anuló el testamento por preterición de la madre de la testadora con apertura de la sucesión intestada pero fue por entender que se había producido preterición no intencional o errónea, «producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora, joven, a la madre de prolecta edad».

6. Sucesión intestada de los adoptantes y del resto de ascendientes en la «adopción abierta» del nuevo artículo 178 Cc.

En principio, los derechos de los ascendientes en la sucesión intestada de los hijos adoptivos y sus descendientes son los ya expuestos pues no hay que diferenciar si la relación de parentesco fue consecuencia de filiación biológica o adoptiva ni si fue matrimonial o extramatrimonial.

La doctrina y el TS han considerado que la adopción produce la extinción del derecho a heredar a la familia de origen (familia anterior) y que debe mantenerse la misma conclusión aun en los supuestos en que persistan los vínculos jurídicos en las situaciones que contempla el artículo 178.2 Cc., es decir, en los supuestos de excepción a la extinción de los vínculos con la familia de origen.

Sin embargo, como se ha expuesto en el capítulo anterior, tras la reforma del artículo 178 por Ley 26/2015 y a la vista de la regulación de la nueva «adopción abierta» (a que alude el Preámbulo), así como a tenor de la relevancia que las relaciones de hecho de afectividad y convivencia puedan tener para justificar el derecho a heredar abintestato, es posible que estas conclusiones puedan ser objeto de revisión, aunque por el momento, solo en virtud de propuestas *de lege ferenda* y en contemplación de las soluciones que se dan en otros derechos.

²⁵ MIQUEL, 2003, pp. 5345-5346 y 5351-5352.

En este sentido, entendemos que puesto que conforme al artículo 178 Cc. no se extinguen los vínculos jurídicos con la familia biológica en los supuestos del número 2, letras a) y b), no debería haber obstáculo para que concurrieran diversos ascendientes en la sucesión, lo mismo que es razonable entender que el descendiente puede tener derecho a heredar tanto en la familia adoptiva como en la biológica. Si se patrocina que debe ser posible desheredar al descendiente y al ascendiente por falta de trato familiar imputable al legitimario, lo contrario también debería contemplarse.

7. Usufructo del cónyuge viudo en concurrencia con ascendientes

El cónyuge tiene derecho por legítima, si concurre solo con ascendientes del causante, al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc.). Y en el término ascendientes ha de incluirse tanto al padre y madre del causante como al resto de ascendientes de grado ulterior.

A diferencia del artículo 834 Cc., el artículo 837 Cc. no alude expresamente a la exclusión en el supuesto de estar el viudo separado de hecho al fallecimiento del causante, pero hay que entender que se aplica la misma regla en ambos casos (lo mismo que para la sucesión intestada *ex* artículo 945 Cc.). Con anterioridad a la reforma por Ley 13/2005, la doctrina interpretó que la separación judicial privaba al cónyuge viudo del usufructo por legítima tanto en concurrencia con descendientes como con ascendientes²⁶.

En los mismos términos hay que interpretar el artículo 835 Cc. respecto a la eficacia de la reconciliación de los cónyuges.

II. LOS ASCENDIENTES: SEGUNDO ORDEN DE LLAMADOS A LA SUCESIÓN INTESTADA

1. Orden sucesorio en el Cc. y en los derechos civiles territoriales, salvo en el CCC y en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco

Agotado el orden de los descendientes del causante por no poder o no querer heredar, se produce la delación a favor del orden de los ascendientes

²⁶ GUILARTE ZAPATERO, 1989, pp. 230-233.

según dispone el artículo 935 Cc.²⁷ Antes de la reforma por Ley 11/1981 el precepto recalcaba que los ascendientes excluían a los parientes colaterales.

Los ascendientes ocupan la misma posición en la sucesión intestada en las dos legislaciones que remiten al sistema del Cc., esto es, en los derechos balear (arts. 53 y 84 del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares) y gallego (art. 152 de la Ley de Derecho Civil de Galicia).

También es así en derecho aragonés, en la sucesión no troncal (arts. 529 y 530 CDFA). En Navarra, los ascendientes son llamados en la sucesión no troncal con preferencia al cónyuge pero en defecto de hermanos y descendientes de hermanos (ley 304 del Fuero Nuevo).

En el CCC, los ascendientes heredan después de los descendientes y el cónyuge si bien ya era así en la Ley de Sucesión intestada de 25 de mayo de 1987 y en el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991 (arts. 333 a 335). El vigente CCC distingue entre «progenitores» (ascendientes de primer grado, padre y madre) y resto de ascendientes (art. 442-8 Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del CCC) y la distribución se hace por líneas como en el Cc. Cuando los progenitores concurren a la sucesión con el cónyuge (o conviviente) conservan el derecho a legítima (el artículo 442-3 alude a «padres» y el 451-4, a progenitores) que se extingue si no se reclama judicialmente o por requerimiento notarial después de la muerte del hijo causante (451-25 CCC).

La Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, ha antepuesto al cónyuge viudo (también a la pareja de hecho registrada) a todos los ascendientes en la sucesión intestada, incluida la troncal: artículos 110 y siguientes.

2. Orden distinto en derechos extranjeros

La posición sucesoria de los ascendientes en el Cc. no es la que ostentan en la mayoría de derechos extranjeros. Prácticamente ninguno llama a todos los ascendientes (incluidos más alejados que el padre y la madre) antes que al cónyuge a la sucesión abintestato.

El Código civil portugués llama a los ascendientes después de los descendientes y a la vez que el cónyuge²⁸. El *Codice civile* italiano llama al padre y madre a falta de descendientes; ambos tienen preferencia respecto de los de-

²⁷ YSÀS SOLANES, 2011, p. 1584. Un orden que no se cuestiona en la jurisprudencia de las AAPP, *ad ex.* SAP Albacete, 6 de abril de 2005.

²⁸ *Vid.* LEITE DE CAMPOS, 1997, p. 598.

más ascendientes pero reparten los bienes con los hermanos del causante y sus respectivos descendientes si los hay; también los abuelos concurren con los hermanos del causante; el cónyuge siempre tiene derecho a una cuota concurrendo con descendientes, con ascendientes y con hermanos del causante (arts. 565 a 582) ²⁹.

En los derechos alemán y suizo, que siguen el sistema de llamamiento a parentelas con cabeza, los ascendientes ocupan el lugar preferente dentro de cada parentela (458 y 459 del Código Civil Suizo).

Se pueden citar otros ejemplos de derechos latinoamericanos. En el Código civil cubano, el cónyuge es llamado en defecto de padre y madre del causante, pero con preferencia a los abuelos y demás ascendientes; si concurre con los descendientes o con los padres del causante, el consorte recibe una porción igual a la de ellos (arts. 517 a 520). Y el Código Civil y Comercial de la Nación argentino que rige desde 2015 llama a los ascendientes después de los descendientes y junto al cónyuge a heredar la mitad de la herencia (art. 2434), como el Código derogado (art. 3571).

3. Reforma del Código civil francés por Ley 3 de diciembre de 2001 y Ley de 23 de junio de 2006.

Dos son los retos cuando se propone la anteposición del cónyuge viudo en el orden abintestato respecto de los ascendientes. Por un lado, hay que sopesar si se decide anteponer al cónyuge respecto de todos los ascendientes o solo respecto de los que sean más alejados que el padre y la madre. Por otro, surge la necesidad de atender debidamente los derechos y necesidades de los postergados, nada menos que los ascendientes, nuestros mayores a quienes todo debemos, tan cuidadosamente atendidos en el Cc. (son legitimarios, están llamados en segundo rango a la sucesión intestada y tienen derecho de reversión legal de donaciones, además de integrar, como los demás parientes, los grupos de los órdenes de llamados a recibir los bienes objeto de reservas hereditarias de los artículos 811 y 969 Cc. al fallecimiento del reservista). Conviene tener presente también que el escenario arquetípico (aunque pueda darse otro tipo de concurrencias en razón de indignidades y desheredaciones de descendientes) será el de falta total de descendientes del causante.

Entiendo que la experiencia de las reformas recientes del Derecho Francés puede resultar útil y valiosa en vistas a hacer propuestas para nuestro Cc.

²⁹ Vid. CIAN Y TRABUCCHI, 1997, pp. 625-631; PALAZZO, 1996, pp. 477-483.

Aunque se tratarán estas cuestiones en el capítulo siguiente desde el punto de vista de los derechos del cónyuge, también se dejan aquí apuntadas por razones sistemáticas y de orden. Y la explicación se centra en la situación de los ascendientes cuyos derechos se han visto intensamente aminorados como consecuencia de la ampliación de los del cónyuge viudo (aunque los hermanos y su descendencia también han sufrido un fuerte impacto y una postergación importante en la sucesión intestada, en comparación con sus derechos hasta la reforma de 2001).

Hasta la *Loi n.º 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, el *Code* seguía un sistema intermedio entre el llamamiento a parentelas y la distribución por líneas; los padres del causante eran llamados junto con los hermanos y sus descendientes pero los ascendientes de grado ulterior eran llamados siguiendo el sistema de *fente* y *refente*, con preferencia a los demás colaterales (arts. 746, 748, 749, 751 y 753 del *Code* en su redacción anterior a la reforma de 2001)³⁰.

La Ley 3 de diciembre de 2001, mejorar radicalmente la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada llamándolo a recibir una parte del cau-

³⁰ Las reglas sucesorias eran las siguientes:

a) Si había padre y madre y hermanos del causante: recibían 1/4 cada progenitor y la otra mitad se distribuye en partes iguales entre los hermanos (arts. 748 y 751).

b) Si habían fallecido el padre y la madre y quedaban hermanos del causante o descendientes de ellos, heredan estos colaterales y excluyen de la sucesión a los ascendientes de grado ulterior: abuelos, etcétera (art. 748).

c) Si quedaban padre o madre y hermanos del causante: 1/4 era para el progenitor sobreviviente y 3/4 para los hermanos (749 y 751).

d) Si no había colaterales privilegiados y quedaban padre y madre distribuían los bienes por mitad entre ambos (746).

e) Si no había colaterales privilegiados y quedaban padre o madre, heredaba una mitad el progenitor sobreviviente y la otra mitad los ascendientes de la otra línea (753). Si no había ascendientes en alguna de las líneas, se llamaba a los demás colaterales que distribuían los bienes por cabezas si eran del mismo grado (753).

f) Para ascendientes de grado ulterior se seguía el sistema de la *fente* o devolución en dos líneas iguales (746). Si no quedaba ningún ascendiente ni colateral de alguna línea, se devolvían los bienes a los parientes de la otra línea. En cada línea se seguía el principio de proximidad de grado de parentesco (734).

Los ascendientes de grado ulterior eran llamados después de los descendientes, del padre y madre y de los hermanos y sus respectivos descendientes. Es decir, primero se llamaba a la parentela de los descendientes del causante. Después la segunda parentela, de la que los cabezas de parentela son los padres y sus respectivos descendientes. Pero en defecto de estos parientes, no se seguía un sistema parentelar sino que se llamaba a los ascendientes de grado ulterior (ascendientes ordinarios) siguiendo el sistema de la *fente*. Si no quedaba en alguna línea ningún ascendiente, antes de ser devueltos los bienes a la otra línea, se buscaba al colateral ordinario hasta el sexto grado y si no lo había, los bienes se devolvían a la otra línea, siguiendo también el sistema de la *fente*, es decir, preferencia absoluta de los ascendientes sobre los colaterales del causante.

Vid. en relación con el sistema de los artículos 746 a 755 *Code Civil* anterior a la reforma de 2001, TAITHE et TAITHE, 1995, pp. 31-36; TERRE y LEQUETTE, 1997, pp. 136-414.

dal relicto en plena propiedad con descendientes y padre y madre, hasta entonces completamente preferentes en el orden de suceder y postergando totalmente a los ascendientes de grado ulterior y a los hermanos y sus descendientes, que hasta 2001 también heredaban con preferencia al viudo.

Los impactos fueron significativos y para todos los órdenes de herederos abintestato:

a) Los ascendientes de grado más alejado que el padre y la madre del causante y los hermanos y sus estirpes de descendientes quedaron completamente postergados por el cónyuge viudo. Por decirlo de un modo gráfico, el viudo postergó a parentelas más alejadas e invadió completamente la segunda parentela permitiendo exclusivamente heredar con él al padre y madre del causante, es decir, solo a la cabeza de la segunda parentela.

b) Aun compartiendo el segundo grupo del llamamiento (en defecto de descendientes) con el padre y la madre su posición es prevalente por dos motivos: en primer lugar porque tiene derecho a la mitad de la herencia en plena propiedad y el padre y madre a una cuarta parte cada uno, y en segundo lugar porque goza de una especie de derecho de acrecer por premoriencia de cualquiera de los otros dos (que no se da a la inversa ni entre padre y madre). Tampoco tiene lugar el derecho de representación a favor de la estirpe del padre y madre que premueran al causante, con lo que el viudo bloquea la entrada de los hermanos y sus estirpes incluso en caso de premoriencia de los dos progenitores.

c) Y como decimos, los ascendientes de grado más alejado que el padre o la madre, son también postergados por el viudo que no hereda en usufructo, sino en plena propiedad.

d) Para el orden de los descendientes el impacto fue también importante al tener el viudo derecho a concurrir con una porción en plena propiedad o a disfrutar del usufructo universal en los términos que se explicarán en el capítulo siguiente.

Caso de no concurrir padre ni madre del fallecido, el cónyuge viudo hereda la totalidad de la herencia abintestato en plena propiedad, con preferencia a otros ascendientes y a los hermanos y sus estirpes de descendientes que, antes de la reforma de 3 de diciembre de 2001 ocupaban el segundo rango de llamamiento junto con el padre y la madre. Desde la reforma de 2001, los hermanos heredan en defecto de cónyuge.

Esta reforma integral del sistema hereditario supuso una desintegración del tradicional sistema sucesorio abintestato tan partidario de la distribución familiar de los bienes del causante en dos ramas, paterna y materna, con distri-

bución singular y proporcionada, entre hermanos y sus estirpes y ascendientes y colaterales más alejados.

La sucesión del viudo en plena propiedad ganando de una vez tantas posiciones llevó enseguida al legislador a diseñar un derecho preferente de reversión de los bienes de origen familiar que pudiera dejar el causante. El artículo 757-3 del *Code* introdujo lo que constituye un verdadero llamamiento a sucesión troncal en toda regla pero con ciertas peculiaridades pues solo se toma en consideración si han fallecido padre y madre. La troncalidad, pues, surge exclusivamente cuando padre y madre premueren al causante y en lugar de disponer el legislador que la mitad que les hubiera correspondido recibir, no acrezca al viudo y se destine a las estirpes del padre y madre (normalmente, hermanos y descendientes de hermanos), se decide que los hermanos del fallecido y sus descendientes puedan recibir con preferencia al cónyuge todos los bienes que existan en el caudal procedentes de sucesión o donación de ascendientes del causante, es decir, se produce un llamamiento abintestato troncal a favor de herederos troncales (hermanos y su estirpe) excluyendo totalmente al cónyuge viudo de cualquier derecho sobre los mismos.

Hay que insistir en que lo mismo no sucede cuando concurren padre y madre o solo uno de ellos a la sucesión intestada. La devolución troncal se limita a los supuestos de fallecimiento del causante sin padre ni madre y entonces, los hermanos (y su estirpe si han premuerto) heredan con preferencia los bienes que el padre o madre premuertos hubiesen donado al causante o le hubiesen transmitido por sucesión *mortis causa*³¹.

Nuevamente, la *Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités* introdujo reformas en la sucesión del viudo por vía indirecta sin alterar las posiciones en el llamamiento a la sucesión intestada, pues se suprimió la legítima de los ascendientes de grado más alejado del padre y madre del causante (=réserve), con lo que se ampliaron nuevamente los derechos del viudo. A partir de la reforma de 2006, los ascendientes ordinarios (más alejados del padre y madre) son llamados a la sucesión intestada después del cónyuge viudo, del padre y madre y de los parientes colaterales privilegiados (hermanos y sus descendientes) pero tienen derecho de alimentos en caso de necesidad y deben pedirlo dentro del año siguiente al fallecimiento o desde la división del causal (art. 758 *Code*). Es decir, los ascendientes ordinarios tienen derecho a pedir alimentos «contra la sucesión» concurren solo con el cónyuge viudo, o con el cónyuge, el padre y la madre del causante, o también si concurren con padre y madre si no hay cónyuge, o también si

³¹ GUÉVEL, 2014, p. 82.

concurrer con hermanos y sus descendientes (sin cónyuge). El *Code* no puntualiza si este derecho existe cuando solo concurre con el cónyuge uno de los ascendientes privilegiados³².

Desde la reforma por Ley 3 de diciembre de 2001, el viudo concurría en el mismo orden junto con el padre y madre y, como hemos dicho, en caso de premoriencia de alguno de ellos, su parte corresponde al viudo. Debido a la introducción en la misma reforma de 2001 del derecho de los hermanos y sus estirpes a recobrar las donaciones hechas por el padre o madre en representación del fallecido, resultaba una clara paradoja, puesto que el padre o madre superviviente se veían en peor situación al no poder ejercitar el recobro de las donaciones hechas al causante con preferencia a los demás. Es decir, la familia originaria de los bienes (en realidad, troncales) tenía mayor riesgo de pérdida de los bienes de origen familiar si sobrevivían el padre y madre del causante que donaron los bienes, puesto que concurrendo con el viudo distribuían la herencia correspondiendo la mitad al cónyuge y una cuarta parte a cada uno de los progenitores del causante y sin distinguir el posible origen familiar de los bienes. Sin embargo, si habían fallecido los dos progenitores inmediatos, sus descendientes (hermanos del causante y sus estirpes) podían ejercitar el derecho de recobro sobre los bienes (una verdadera troncalidad entonces).

A esta contradicción hay que añadir la que provocaba el llamamiento conjunto entre padre y madre y hermanos y sus descendientes prevista en el artículo 738 del *Code* por la Ley de 3 de diciembre de 2001. En defecto de descendientes y de cónyuge, el padre y la madre tienen derecho a recibir una cuarta parte del caudal cada uno y los hermanos y sus descendientes concurren también con ellos y reparten la otra mitad.

En consecuencia, tanto en caso de heredar padre y madre del causante con el cónyuge viudo de su hijo, como en el caso de heredar con los hermanos del causante (sus propios hijos) carecían del derecho a recibir con preferencia frente a los demás los mismos bienes que hubiesen donado a su hijo fallecido y que todavía estuviesen en el caudal relicto.

Es decir, al reorganizar los llamamientos a la sucesión intestada en la Ley 3 de diciembre de 2001 y otorgar posición tan preeminente en los llamamientos al viudo, se echó de menos el antiguo derecho de recobro de donaciones a favor de ascendientes del artículo 747 del *Code* que fue suprimido por la *Loi n.º 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation*, derecho de recobro que continuó vigente en

³² Como subraya la doctrina, es un punto dudoso: GUÉVEL, 2014, p. 98.

Derecho Belga (con el mismo número) y que la doctrina española considera antecedente del vigente artículo 812 Cc.³³

En consecuencia, la Ley de 23 de junio de 2006 introdujo en el artículo 738-2 un derecho de recobro de donaciones a favor del padre y madre donantes, que se imputa a la cuota correspondiente a su cuarta parte en concurrencia con hermanos del causante y que se puede ejecutar en valor, es decir, aunque el mismo bien no se encuentre en el caudal. Sigue el modelo del artículo 812 Cc. (porque sigue el del derogado artículo 747 del *Code*).

En la actualidad, pues, aunque se ha mejorado sustancialmente la posición del cónyuge viudo frente a los ascendientes, ha de soportar el posible ejercicio del recobro de liberalidades por parte del mismo ascendiente que donó el bien (art. 738-2 del vigente *Code*) y el llamamiento a la sucesión troncal en bienes troncales en caso de premuerte del padre y madre del causante directamente a favor de los hermanos del fallecido.

La reintroducción de estos dos derechos de reversión de donaciones, análogos, como he dicho a los que había previsto el Código de Napoleón de 1804 y que fueron suprimidos en la reforma del *Code* de 1972 (*Loi n.º 72 du 3 janvier 1972 sur la filiation*), está siendo muy criticada por la doctrina francesa tanto por razones dogmáticas como por los problemas que se dan en la práctica cuando concurren a la sucesión del causante fallecido sin posteridad, el cónyuge viudo y los ascendientes titulares del derecho de reversión o sus correspondientes descendientes. Hay que tener en cuenta que los descendientes de los hermanos del causante pueden ser llamados a heredar por derecho de representación y desde la reforma por Ley de 23 de junio de 2006, el derecho de representación se aplica también en caso de repudiación del llamado.

Las dos situaciones más conflictivas que se denuncian tanto por la doctrina como por los notarios en Francia son las siguientes.

Por un lado, los supuestos en que el inmueble que constituyó el domicilio conyugal es objeto de reversión, sea a favor de ascendientes o de hermanos. La doctrina diferencia entre dos derechos de alojamiento a favor del cónyuge previstos en los artículos 763 y 764 del *Code*. El derecho al disfrute durante un año del domicilio conyugal y del mobiliario es un derecho de orden público, imperativo, un derecho temporal que nace automáticamente a consecuencia de la celebración del matrimonio. Este no corre riesgo alguno y es preferente aunque proceda el ejercicio del derecho de reversión sobre el inmueble. Sin embargo, el derecho de alojamiento vitalicio que puede pedir el cónyuge sí tiene naturaleza sucesoria y puede entrar en conflicto con los derechos de re-

³³ LÓPEZ GARZÓN, 1959, p. 902; VALLET DE GOYTISOLO, 1991, pp. 1997-1998.

versión legal de donaciones de los artículos 757-3 y 738-2 *Code*. Si bien se entiende mayoritariamente que debe primar el derecho del viudo, las dudas interpretativas que suscitan las normas llevan a pedir la derogación de los derechos de reversión³⁴.

Y por otro lado, los casos en que todo el patrimonio (o una gran parte del mismo) era de origen familiar y/o había sido donado por ascendientes³⁵. Al recobrar automáticamente los ascendientes donantes (o los hermanos, por fallecimiento de los anteriores) dichos bienes y sin previsión en tales supuestos de usufructo ni de derecho alternativo alguno, el cónyuge queda en franca desprotección lo que ha llevado a proponer la supresión de ambos derechos de recobro o reversión legal³⁶. Es destacable que en Francia se llega a dudar de la posibilidad de repudiar a estos derechos por parte de sus titulares, por entender que ello puede suponer una contravención del orden público interno.

No obstante, algún autor ha subrayado que el artículo 738-2 del *Code* (procedente de la reforma de la Ley 23 de junio de 2006) no se puede aplicar salvo en defecto de descendientes y cónyuge puesto que pertenece a una sección titulada «Des droits des parents en l'absence de conjoint successible»³⁷.

Son reflexiones de indudable interés si se decidiera anteponer al cónyuge viudo en la sucesión intestada en el Cc. a la vista del vigente artículo 812 Cc.

Al margen de lo indicado, la sucesión de los ascendientes en el Código civil francés es como sigue. Fallecido el causante sin descendencia, y sin hermanos ni descendientes de hermanos, heredan el padre y la madre la mitad cada uno (art. 736). Si fallecen padre y madre, heredan los hermanos y su estirpe con exclusión de otros parientes, ascendientes o colaterales (737). Si el padre y madre sobreviven y concurren con hermanos o descendientes de hermanos, cada uno de los progenitores toma una cuarta parte y la mitad restante es para los hermanos o sus descendientes. Si sobrevive en el mismo caso solo el padre o la madre, la cuarta parte del premuerto, corresponde a los hermanos o sus descendientes (738). En defecto de padre y madre y hermanos y sus des-

³⁴ PARIS, 2012, pp. 180 y ss. y 308 y ss.; y pp. 140-154; accesible en <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/082a5770-642c-4892-80be-c7736ff93a0e>.

³⁵ Consideraciones y ejemplos de liquidación de la sucesión cuando concurren cónyuge y titulares de derecho de reversión de donaciones (ascendientes o colaterales), en *106.º Congrès des Notaires de France*, Bordeaux 30 mai-2 juin 2010, pp. 1095 y ss. Accesible en Internet.

³⁶ PARIS, 2012, pp. 251 y ss. Hace otras críticas derivadas de la introducción de sucesiones anómalas que provocan la falta de unidad de la sucesión. *Vid. tb. 106.º Congrès des Notaires de France*, 2010, pp. 1023 y ss. y 1070 y ss. donde se señalan otros problemas como los de liquidación de frutos, gastos y mejoras.

³⁷ GUÉVEL, 2014, pp. 111-112.

endientes, son llamados el resto de ascendientes (739) y, en defecto de ellos, al resto de colaterales hasta el sexto grado (740 y 745).

En defecto de descendientes del causante, si concurren padre y madre del fallecido con el cónyuge, este hereda la mitad de la herencia y la otra mitad se distribuye entre los dos progenitores (757-1. I). Si falta uno de los progenitores, su parte es para el cónyuge que tomará tres terceras partes (757-1. II). En defecto de padre y madre, el cónyuge hereda todo en plena propiedad (757-2).

4. La legítima de los ascendientes en el Código civil

Constituye la legítima de los ascendientes en el Cc. la mitad del caudal hereditario del fallecido y, si concurre cónyuge viudo del causante, de una tercera parte de la herencia (art. 809 Cc.). El resto (la otra mitad o los otros dos tercios según cada caso) es de libre disposición. El cónyuge viudo que concurre con ascendientes, sea por testamento o *ab intestato*, tiene derecho por legítima al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc.).

A los ascendientes les pueden afectar las causas de incapacidad por indignidad para suceder (art. 756 Cc.), las sanciones civiles de los artículos 111 y 179 Cc., y pueden ser asimismo desheredados con justa causa; son específicas para ellos las del artículo 854 Cc.

La doctrina entiende que en caso de repudiación, premoriencia, incapacidad y desheredación de ascendientes se producirá el acrecimiento entre colegitimarios en el sentido de la sucesión intestada³⁸.

Al no distinguir el Cc. entre legítima corta y larga de los ascendientes, a diferencia de lo que sucede con los descendientes, impide plantear cuestiones similares a las que se dan en la estirpe descendente del causante cuando se dan los ámbitos de aplicación del derecho de representación; y ni siquiera en los supuestos de sucesión mixta.

Como se verá en apartado separado, los ascendientes tienen derecho a ejercitar la reversión legal de donaciones conforme al artículo 812 Cc., y tanto en la sucesión testada como en la intestada (art. 942 Cc.). Es discutido si se trata de un derecho de legítima, una reversión legal contractual de la donación hecha en su día, una sucesión excepcional o anómala y si se ha de computar para calcular la legítima.

³⁸ BUSTO LAGO, 2013, p. 1123.

Parece que estas reglas están muy claras en el Cc. y que el legislador las ha tenido muy en cuenta en las sucesivas reformas. Caben al respecto las siguientes constataciones:

a) En la sucesión de los ascendientes (por legítima y abintestato) no se pueden plantear las cuestiones que se indicaron en capítulos anteriores en relación a los derechos de los descendientes del indigno y desheredado con justa causa y a su derecho a recibir la legítima (corta o larga, según las distintas interpretaciones de la doctrina). Lo dispuesto en los artículos 761 Cc. (para incapacidad por causa de indignidad del artículo 756 Cc.) y en el artículo 857 Cc. (para desheredación con justa causa) no se aplica para descendientes del ascendiente indigno o desheredado con justa causa. Tampoco tiene sentido plantearlo para descendientes del ascendiente sancionado civilmente *ex* artículos 111 y 179 Cc.³⁹ La imposibilidad de aplicar el derecho de representación en la línea recta ascendente ratifica esta conclusión (art. 925 Cc.).

b) Los términos de los artículos 809 y 810 Cc. son categóricos. La legítima de los padres es la mitad del haber hereditario (809), que debe calcularse conforme al artículo 818 Cc.⁴⁰, y si uno hubiere muerto, recae toda en el sobreviviente (art. 810. I Cc.). Y este mismo modelo de distribución entre las dos líneas, tiene lugar para ascendientes de grados más alejados que el padre y madre. Concurrirán los que sobrevivan del mismo grado y distribuirán con el sistema de líneas y sublíneas al que se aludirá, siguiendo el mismo modelo de la distribución abintestato. En la regulación de la legítima de los ascendientes solo se contempla el supuesto de premoriencia (art. 810 Cc.), lo que hace dudar sobre el destino de la porción en caso de indignidad y desheredación con justa causa del ascendiente legitimario, es decir, si puede disponer libremente el causante de dicha porción o pasa a engordar la legítima del ascendiente del mismo grado que pueda y quiera heredar.

c) Conforme al artículo 814 Cc., en la redacción dada por Ley 11/1981, la preterición intencional de ascendientes legitimarios provoca la reducción de la institución de heredero y demás disposiciones testamentarias para que reci-

³⁹ Para la desheredación *ex* artículo 857 Cc. ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pp. 6747-6748 lo descartaba. En efecto, la imposibilidad de aplicar el derecho de representación en la línea recta ascendente refrenda esta tesis, pero también el hecho de que el artículo 857 Cc. parece aludir a que quienes «ocupen el lugar» del desheredado, conserven su propia legítima (no la del desheredado), pero no parece razonable deducir que deban recibir el derecho de heredero forzoso de quien ha sido justamente desheredado. Hay que añadir que tampoco es posible que los descendientes del ascendiente indigno reciban su porción, pues el artículo 761 Cc. alude a «hijo o descendiente». Indigno un ascendiente, se produce el acrecimiento de los ascendientes del mismo grado. Si no quedan más ascendientes, se seguirá el orden abintestato llamando a quienes corresponda.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010, pp. 926-927.

ban su porción de legítima pero, a diferencia de los descendientes, la preterición de todos los ascendientes no provoca la apertura de la sucesión abintestato. Como prevé el artículo 814. IV Cc., en caso de premoriencia de todos los ascendientes herederos forzosos, el testamento del causante podrá surtir todos sus efectos. En caso de preterición no intencional de legitimarios que sean ascendientes, se abrirá la sucesión intestada, como resolvió la STS de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7408) ya citada *supra* (y que consideró que se trataba de un supuesto de preterición errónea en el testamento de la fallecida). Según la RDGRN de 13 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 2410) para que exista anulación de las disposiciones testamentarias preterición errónea de todos los legitimarios, es necesaria Sentencia dictada en procedimiento de impugnación del testamento o de anulación de las disposiciones de contenido patrimonial que así lo declare sin que el Registrador pueda inscribir derechos hereditarios de los herederos en virtud de declaración de herederos *ab intestato*⁴¹.

d) Los efectos de la desheredación injusta de ascendientes (art. 851 Cc.) tienen los mismos efectos que la de descendientes. La doctrina mayoritaria entiende que cuando el causante deshereda injustamente a su descendiente, deja claro que no quiere dejarle sino lo mínimo a que la ley le obligue y, en consecuencia, se considera que solo ha de recibir el injustamente desheredado (por bien que se haya portado con su progenitor) la legítima, siendo mayoritaria la tesis que patrocina además que solo ha de ser la material individual estricta y no la legítima larga. No se puede hacer esta última distinción tratándose de ascendientes. Si estos son injustamente desheredados, deben recibir la total cuota legitimaria (arts. 809, 810 y 813 Cc.), en opinión de la doctrina dominante. El profesor MIQUEL entiende que se debe el legitimario tiene en tales supuestos derecho a recibir la total cuota abintestato y no solo la legítima. Sea una u otra la interpretación que se siga, el ascendiente correspondiente tendrá derecho a la reversión legal de donaciones de los artículos 812 y 942 Cc.

III. RESERVA LINEAL O TRONCAL DEL ARTÍCULO 811 CC.

Como ya se indicó, el artículo 942 Cc. dispone expresamente que los artículos 811 y 812 Cc. se aplican tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria. El precepto establece la compatibilidad de las normas de llamamiento y reparto de la herencia a favor de los ascendientes y la posibilidad de que ciertos bienes del causante sigan determinado destino reservado o un des-

⁴¹ RDGRN comentada por MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, 2002, pp. 459-556).

tino diferente al que seguirían de aplicarse las normas de la sucesión intestada⁴². El tenor del artículo 942 Cc. lleva a mantener que los artículos 811 y 812 Cc. actúan también como frenos a la libertad de disponer del causante, en el caso del artículo 811 Cc., el reservista, y en el caso del artículo 812 Cc. el causante donatario del bien objeto de reversión (o, como se verá, de su valor).

Ambos preceptos son compatibles entre sí y con la sucesión intestada (objeto de nuestro estudio) del fallecido. También son compatibles con las reservas del bínubo de los artículos 968 Cc. En todo caso, hay que distinguir el supuesto de hecho de ambos que no es necesariamente coincidente. Para que opere la reversión legal de donaciones (art. 812 Cc.), lo que tiene lugar automáticamente al fallecer el causante, no ha de dejar descendencia (y el lo mismo que, de haberla, hubiese premuerto al causante). Sin embargo, la reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. opera aun dejando el causante descendencia que pueda y quiera heredarle siempre que no pertenezca a la línea de procedencia de los bienes objeto de reserva troncal. Esto es, si el causante que recibió los bienes objeto de reserva del artículo 811 Cc., con posterioridad a dicha adquisición *mortis causa* tiene descendencia, dicha estirpe quedará excluida de la posibilidad de adquirir los bienes objeto de reserva (siempre que dicha descendencia no pertenezca a la línea de procedencia de los bienes, lo que, nótese, bien puede ocurrir si por ejemplo dicho causante tiene descendencia común con algún miembro de la familia de procedencia del bien). Sin embargo, la descendencia del donatario de bienes que en otro caso serían objeto de reversión legal del artículo 812 Cc. siempre son preferentes y tienen derecho a heredar.

La reserva lineal del artículo 811 Cc. obligará a todo ascendiente que haya recibido bienes por ministerio de la ley de un descendiente, que a su vez hubiese recibido dichos bienes a título gratuito de un ascendiente o hermano suyo, a reservar dichos bienes a favor de ciertas personas.

En concreto, el ascendiente que reciba los bienes de su descendiente está obligado a reservarlos en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado de parentesco con el transmitente de los bienes al reservista y que pertenezcan a la línea de procedencia de los mismos. Se trata de una medida de protección del patrimonio familiar que evita la salida de la familia de origen provocada por lo que se considera un «accidente sucesorio» como es la muerte de un descendiente antes que su ascendiente añadido al hecho de tratarse de bienes que fueron, a su vez, recibidos por el descendiente que transmitió los bienes *mortis causa* a su ascendiente (reservista) a título gratuito y de un as-

⁴² HUALDE MANSO, 2011, pp. 1351-1352; ÁLVAREZ OLALLA, 2013, p. 5857.

endiente o hermano suyo. Como indicaba el profesor Lacruz Berdejo, de una modalidad sucesoria excepcional, que restringe la legítima de los ascendientes, limita el arbitrio del testador y altera el orden de la sucesión intestada (Lacruz, Elementos, p. 577).

Se puede añadir que la norma protege la permanencia en la familia del patrimonio familiar frente a riesgos de salida y complementa las reservas del cónyuge viudo de los artículos 968 y ss. Cc.

El artículo 811 Cc., pese a opiniones contrarias, entraña una verdadera sucesión troncal, si bien de la tipología de las que históricamente se considera «troncalidad simple» y que sigue el esquema «paterna paternis, materna maternis» sin hacer más indagación o investigación del origen de los bienes anterior a la última transmisión (y por contraposición a los sistemas de troncalidad pura y troncalidad continuada que algunos derechos históricos conocieron). Y el artículo 812 Cc. puede (o no) constituir un complemento razonable a la aplicación de la reserva lineal⁴³.

Un ejemplo demuestra el sentido de esta afirmación. Matilde donó a su nieto Carlos un grabado de Goya (en este caso, es un bien mueble pero lo mismo sería con un inmueble) viviendo su hija Laura (madre de Carlos). Fallecido Carlos abintestato sin descendientes ni cónyuge, hereda su madre, Laura, pero el grabado de Goya habrá sido objeto de reversión legal a Matilde (art. 812 Cc.), aunque Laura sea la única legitimaria de Carlos o su heredera abintestato.

Si Matilde premurió a Carlos, el artículo 812 Cc. no se puede aplicar y heredará el grabado Laura al integrarse en el caudal relicto el grabado. Eso sí, entonces el grabado será objeto de reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. pues entra de lleno en el supuesto de hecho de la norma (ascendiente que hereda bienes de un descendiente que, a su vez, este adquirió por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano). Si después fallece Laura dejando un hijo, Damián (hermano de Carlos sea de doble vínculo o de un solo lado y que necesariamente será nieto de Matilde), el grabado de Goya será objeto de reserva lineal o troncal (art. 811 Cc.) y seguirá el destino sucesorio previsto en la norma, en este caso, Damián, que presumiblemente es el pariente más próximo (tanto de la causante Laura como del transmitente Carlos) dentro del tercer

⁴³ Cumpliendo, en cierto modo, la misma finalidad del recobro de liberalidades aragonés en presencia de la sucesión troncal, al preservar el derecho del propio donante de los bienes objeto de recobro que quedaría postergado por colaterales del fallecido, herederos troncales, pues el bien donado por ascendientes entra de lleno en la calificación de bien troncal, si no fuera porque, con preferencia, se ha de tener en consideración que puede ser objeto de recobro si sobrevive el donante ascendiente. También tienen en Aragón derecho de recobro de liberalidades los hermanos del causante y, en este caso, sus descendientes pueden recobrar por sustitución legal.

grado y pertenece a la línea de procedencia del bien (el origen está en la abuela Matilde, no en la madre Laura).

Todo lo indicado no se da si el donante del bien fue un pariente colateral (tío, hermano, sobrino, tío-abuelo, o colateral de grado más alejado). El artículo 812 Cc. solo contempla en el supuesto de hecho la donación de ascendientes y el artículo 811 Cc. tan solo la de transmisión de ascendientes *o hermanas* (y no otros colaterales) al descendiente del *de cuius*.

IV. REVERSIÓN LEGAL DE DONACIONES DEL ARTÍCULO 812 CC.

1. Antecedentes

El artículo 812 Cc. consigna el derecho del ascendiente (no solo padre o madre) a adquirir con preferencia los bienes que donó al descendiente que le premuere que existan en el caudal, aunque se reconoce expresamente la subrogación real. Teniendo ello en cuenta resulta un tanto discutible su carácter troncal pues la afección familiar a los bienes queda bastante diluida al jugar la subrogación real, es decir, para ejercitar la reversión legal de donaciones no es preciso que el mismo bien exista en el caudal⁴⁴. En la genuina troncalidad la afección familiar sobre el bien es más relevante que el valor en dinero para justificar un destino sucesorio que se aparte de los llamamientos sobre bienes adquiridos por el causante de propia industria.

Es razonable admitir este derecho de reversión legal o de recobro de donaciones de los ascendientes no solo cuando los hijos y descendientes fallezcan sin posteridad, sino también cuando dichos descendientes no puedan heredar por indignidad o justa desheredación o cuando repudien la herencia.

Conforme al artículo 812 Cc.: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió».

El origen de esta figura está en la influencia del *droit de retour legal* del Código de Napoleón de 1804 y también, según Alonso Martínez, en las pro-

⁴⁴ En este punto es claramente distinto a otras figuras análogas como el recobro de liberalidades de los artículos 524 y 525 CDFa.

puestas de los representantes catalán (que proponía ampliar la sucesión troncal de los impúberes), aragonés (que propuso ampliar la reversión al supuesto de fallecimiento abintestato) y uno de los castellanos (que subrayaba que la reversión no ponía en duda que la donación de ascendientes a descendientes lo era en pleno dominio) durante la génesis del Cc. de 1889⁴⁵.

Es necesario que haya existido una donación previa sin que se incluya la renuncia de derechos, aunque favorezca a los descendientes, como indicó la RDGRN de 18 de mayo de 1955 (RJ 1955, 1938).

La reversión opera automáticamente cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma: SSTS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8698), SAP Salamanca de 17 de octubre de 1998 (AC 1998, 2092). Prácticamente actúa como un «legado legal» o *ex lege*.

2. Naturaleza

No existe criterio unánime en torno a si su naturaleza es exclusivamente sucesoria y su finalidad tendente a la permanencia de los bienes en la familia de procedencia o si más bien se trata de una delación singular que convendría sacar del ámbito de las sucesiones para interpretarla como la voluntad presunta del causante que, al donar bienes al hijo, implícitamente previó la reversión en caso de premoriencia, una discusión sobre la concepción «romanista» o «troncalista» de la reversión⁴⁶. Buena parte de autores considera que se trata de un supuesto de sucesión anómala y excepcional a título particular⁴⁷, aunque también se ofrecen buenos argumentos para considerar que se trata de un crédito de reversión «in natura» frente a la herencia⁴⁸.

Esta última interpretación tiene a favor la aplicación expresa de subrogación real pues si el bien donado se hubiera enajenado, el ascendiente sucede en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido o en los bienes en que se hayan sustituido si los permutó o cambió. En realidad, la norma propicia que el ascendiente recupere el valor de lo donado, más que el mismo bien. En este sentido, se aleja, pese a lo que pudiera parecer, de otras normas genuinamente troncales que protegen la

⁴⁵ VALLET DE GOYTISOLO, 1991, pp. 1997-1998.

⁴⁶ Todas estas cuestiones han sido estudiadas minuciosamente por MAS BADÍA, *RCDI* 1995, pp. 1631-1746; PANTALEÓN PRIETO, 1993, pp. 1835-1844.

⁴⁷ ROMÁN GARCÍA, 1984, pp. 17 y 100; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, pp. 1924-1925; Díez SOTO, 2011, pp. 820-821.

⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, 1990, p. 33; BUSTO LAGO, 2013, p. 1129.

permanencia del mismo bien en la familia de origen en razón de la afección sobre patrimonios y abolorios (bienes procedentes de padres y abuelos). Se ha dicho que el artículo 812 Cc. responde al presumible deseo del ascendiente de que los bienes no se aparten de la línea descendente que encabeza el donatario, por lo que puede desvanecer reticencias a la hora de realizar actos de donación a favor de hijos y descendientes, estimuladas por la reducción de la cuota del Impuesto de Donaciones en la mayor parte de las CCAA⁴⁹.

La reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. atiende a finalidades marcadamente diferentes a las del recobro de liberalidades de los artículos 524 y 525 CDFR (idénticos a los derogados 209 y 210 Lsuc. de 1999), institución claramente diseñada para remediar la exclusión sucesoria de los ascendientes que en derecho aragonés se da como consecuencia de la troncalidad⁵⁰. El legislador aragonés reformuló en 1999 el recobro de liberalidades y la sucesión troncal siguiendo con bastante fidelidad lo dispuesto en el Libro II de la Compilación del Derecho Civil aragonés que derogó y regulando aparte la sucesión no troncal de ascendientes para evitar la remisión al Cc. El artículo 812 Cc. no se aplica a la sucesión de aragoneses ni tiene sentido puesto que las donaciones de ascendientes a descendientes, si sobrevive el donante, son objeto de recobro de la liberalidad. La naturaleza del recobro aragonés se aparta de la reversión legal de donaciones en especial por no estar expresamente prevista en la norma aragonesa la subrogación real si el bien salió del caudal del fallecido.

En derecho balear tiene aplicación conforme al artículo 43 de la Compilación: STSJ Illes Balears de 28 de mayo de 1992 (RJ 1993, 430) y SAP Illes Balears de 22 de abril de 1993 (AC 1993, 1295).

3. Aplicación en caso de adopción posterior por el donatario

Es también polémica la cuestión en torno a su aplicación en el supuesto de adopción, es decir, si se debe aplicar la reversión del artículo 812 cuando el progenitor biológico donó bienes a su descendiente, y con posterioridad es adoptado por otra persona y fallece. Con anterioridad a la Ley 21/1987, el artículo 179 Cc. establecía expresamente que «los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, sin

⁴⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010, pp. 929-930.

⁵⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 a), pp. 143-174; 2000 b), pp. 91 y ss.; 2006, b), *Boletín JADO*, i.t., 2012, *Boletín JADO*, i.t.

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812», así que se interpretó que tanto podían ejercitar el recobro los ascendientes biológicos como los adoptivos si ambos habían donado bienes al descendiente que les premuriese⁵¹. El rechazo a la enmienda 24 presentada durante la tramitación parlamentaria de la Ley de 1987 que expresamente mantuvo tal pretensión llevaría a considerar que la extinción de los lazos familiares en virtud de la adopción excluye la posibilidad de ejercicio de la reversión legal por los biológicos. No obstante, existen argumentos solventes para mantener lo contrario especialmente si se considera que esta figura constituye más que un derecho hereditario de conservación de los bienes en la familia de origen el ejercicio de una resolución o reversión implícita en la donación originaria, fundamentada en la presunta voluntad del donante⁵².

4. Algunas cuestiones controvertidas en relación con la reversión legal

Al margen de estas cuestiones más relacionadas con la naturaleza de la figura (y que lógicamente tienen consecuencias para determinar los efectos), la doctrina ha discutido algunos aspectos de su régimen jurídico⁵³. Así, por ejemplo, si a los reversionarios les afectan las causas de indignidad y desheredación⁵⁴, si para ejercitarlo es suficiente con que los bienes se encuentren en el caudal sin ser relevante si salieron y volvieron durante la vida del descendiente⁵⁵, si se incluyen como objeto de reversión el dinero⁵⁶ y los bienes

⁵¹ TORRES LANA, 1993, p. 199.

⁵² Análisis de argumentos a favor y en contra de cada postura, en BERIAIN FLORES, 2014, pp. 356-361.

⁵³ Una comparación entre el régimen jurídico del recobro de liberalidades aragonesas y la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc., se puede ver en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 104-153. Allí se encuentran referencias al *droit de retour* del artículo 747 del Código civil belga y al derogado *droit de retour legal* del artículo 747 del Código civil francés.

⁵⁴ Cuestión a la que la doctrina ha dado respuestas afirmativas, negativas y afirmativa para la indignidad y negativa para la desheredación; como indica VALLET DE GOYTISOLO, este último es posiblemente el mejor criterio: 1991, p. 1998 (punto 2). Para una respuesta concluyente es importante la naturaleza pues si no es sucesoria, carece de sentido plantear la incapacidad por indignidad ni la posibilidad de desheredación.

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO considera que es suficiente que los bienes estén en el caudal al fallecer el descendiente: 1991, pp. 1998 y 1999 (punto 3). La doctrina francesa desechó la posibilidad de ejercitar el recobro sobre el bien readquirido durante la vigencia del derogado artículo 747, supuesto considerado de sucesión «anómala», y para justificarlo ponía el acento, más que en la salida de los bienes de la familia, en la exigencia de que el título gratuito de transmisión fuese inmediato: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), p. 112; FOIGNET, p. 293 y VVAA, *Précis*, 1927, p. 243.

⁵⁶ En este punto la doctrina no es unánime. A favor de la reversibilidad del dinero se han pronunciado MEZQUITA DEL CACHO, ADC 1958, pp. 59-61 y VALLET DE GOYTISOLO, 1991, pp. 1999-2000; en contra, LÓPEZ GARZÓN, p. 912 y SÁNCHEZ ROMÁN, 1910, p. 1056, si bien lo admitían en supuestos en que fuese fácilmente identificable la donación del dinero.

percederos y consumibles⁵⁷, si existe subrogación real sobre la indemnización por seguro o sobre cualquier tipo de indemnización por resarcimiento en caso de desaparición o pérdida del bien⁵⁸, si la reversión legal se puede ejercitar sobre pensiones y rentas vitalicias que hayan sustituido el bien donado en su día⁵⁹, qué régimen jurídico ha de tener la liquidación de frutos pendientes⁶⁰ o las mejoras industriales de consideración y las posibles accesiones⁶¹, o si procede la sucesión en las acciones para recuperar el bien si salió del patrimonio del descendiente.

También se discute si los titulares de la reversión legal están obligados a contribuir a las deudas⁶² y si pueden aceptar la herencia y repudiar la reversión y viceversa⁶³.

⁵⁷ Consideraron que los bienes percederos y consumibles son reversibles MEZQUITA DEL CACHO, *ADC* 1958, p. 61 y LÓPEZ GARZÓN, *ADC* 1959, p. 914. Este último autor consideraba que los deteriorables pueden ser recobrados tal como se encuentren en el momento de ejercicio de la reversión sin que quepa indemnizar al recobrante por la eventual minoración de valor sufrida desde la fecha de la donación.

⁵⁸ MEZQUITA DEL CACHO contestó afirmativamente siempre que no se dé en estos casos enriquecimiento injustificado por el ascendiente reversionario. El autor entiende que no se dará cuando la póliza de seguro fue concertada por él y sí cuando la concierte el descendiente; en su opinión puede haber lugar a reparto proporcional de la indemnización si contrató la póliza el ascendiente y luego fue ampliada por el descendiente: *ADC* 1958, pp. 99-100.

⁵⁹ Lo admitían para el supuesto en que el bien donado hubiese sido enajenado por el causante a cambio de una renta vitalicia, MEZQUITA, *ADC* 1958, p. 93-94 y VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2000 (punto 3, ap. g).

⁶⁰ MEZQUITA (*ADC* 1958, pp. 111-1112) y LÓPEZ GARZÓN (*ADC* 1959, p. 928) consideraron que los frutos pendientes en el momento de ejercicio de la reversión eran propiedad del ascendiente que no debía indemnizar a la masa hereditaria los gastos de siembra y laboreo, por estar compensados con los que él hizo antes de la donación.

⁶¹ La doctrina no es unánime sobre los supuestos en que existan en el bien mejoras industriales de consideración, como plantaciones o construcciones: MEZQUITA, *ADC* 1958, p. 113 y LÓPEZ GARZÓN, *ADC* 1959, pp. 928-930. DÍAZ ROMERO considera que los bienes se reciben por el reversionario tal como se encuentran y que han de aplicarse los artículos 453 y ss. Cc. para la liquidación de frutos, gastos y mejoras: 1997, pp. 203-204.

⁶² Los autores que mantienen el carácter sucesorio consideran que deben contribuir a las deudas, si bien «por el carácter singular o particular de esta figura no cabe hablar de responsabilidad propiamente dicha, sino de mera afección pasiva de los bienes o valor a recobrar al pago preferente de las deudas»: MEZQUITA, *ADC* 1958, pp. 107-110. Por su parte, LÓPEZ GARZÓN (*ADC* 1959, p. 927) considera que «debe ser el último baluarte que debe ceder ante los acreedores del causante» y VALLET DE GOYTISOLO (1991, p. 2002) que «la reversión opera en la herencia líquida de modo tal que las deudas deberán hacerse efectivas, en primer lugar, en los bienes no sujetos a reversión, pero subsidiariamente con los afectos a ella en cuanto aquellos no basten. El ascendiente reversionario no se halla personalmente obligado al pago de las deudas del descendiente, pero soporta la afección *ob rem* y *cum viribus* a su pago, sin perjuicio de su derecho a repercutir contra los herederos del descendiente las deudas de este (incluso hipotecarias) que satisfaga en virtud de esa afección».

⁶³ Si se considera que es una especie de «legado legal» (LACRUZ, *Elementos*, 1988, p. 498) cabe entender que el ascendiente podría aceptar la reversión y repudiar la herencia abintestato o al revés, lo mismo que cabe aceptar el legado y repudiar la herencia (*ex* artículo 890. II Cc.).

5. Reversión legal de donaciones y legítima de los ascendientes

Una de las cuestiones más relevantes en torno a la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc., es la de su relación con las legítimas.

Desde el punto de vista subjetivo, hay que afirmar que el derecho a recuperar la donación lo tiene cualquier ascendiente que donó los bienes en vida, sea o no legitimario en el momento de fallecer el causante. Así por ejemplo, un abuelo que donó bienes en vida al nieto, tiene derecho a la reversión legal de la donación si le sobrevive aunque también sobrevivan el padre y la madre del causante y sean ellos los titulares de la legítima de la mitad del caudal (art. 809 Cc.). En el mismo supuesto, fallecido el causante abintestato, el padre y madre repartirán los bienes por mitad pero el abuelo tendrá derecho a la reversión de la liberalidad que hizo a su nieto. En el ejemplo se prescinde de la posible concurrencia del cónyuge viudo.

Este es el sentido de la SAP de Álava de 23 de septiembre de 1992 (AC 1992, 1318) al resolver que la aplicación del artículo 812 Cc. no exige que el ascendiente tenga la condición de legitimario.

Desde el punto de vista objetivo, se plantea si el importe de la reversión legal de donaciones se ha de computar para calcular la legítima del causante o no, o si ha de computarse exclusivamente si concurre cónyuge viudo con los ascendientes. La mayoría de autores entienden que los bienes objeto de reversión legal del artículo 812 Cc. no se computan para calcular la legítima de los ascendientes ni la del cónyuge. Contrariamente, otros autores entienden que sí en atención a que el viudo podría recibir menos concurriendo con ascendientes que con descendientes.

En cualquier caso, el ejercicio de la reversión legal en nada afecta a los derechos a la sucesión intestada del ascendiente titular de la reversión (lo mismo que no le afecta en su legítima): tiene derecho a heredar su cuota abintestato en el resto del caudal, como si la reversión no se hubiese ejercitado. Y ello tiene consecuencias para los derechos del cónyuge viudo.

Con independencia de estas cuestiones, todas de indudable interés no solo teórico, sino también por sus efectos en la práctica, la figura de la reversión legal de donaciones hasta ahora no ha provocado apenas litigiosidad⁶⁴. Sin embargo, la situación podría cambiar radicalmente si se decidiera anteponer al cónyuge en el llamamiento a la intestada respecto de todos los ascendientes (y, en su caso a la pareja extramatrimonial) y se decidiera mantener la regulación de la reversión del artículo 812 Cc. tal cual.

⁶⁴ Más allá de interpretaciones relevantes para la fiscalidad de la figura: PANTALEÓN, 1993, *in totum*.

6. Efectos de la reintroducción del *droit de retour* en el artículo 757-3 del *Code Civil* francés por Ley de 23 de junio de 2006

Se ha aludido *supra* en este capítulo a las reformas del *Code Civil* en relación con la reintroducción de dos derechos de reversión legal de donaciones para compensar la anteposición del cónyuge frente a los ascendientes de grado más alejado que el padre y la madre en la sucesión intestada y frente a los hermanos y sus estirpes, así como para compensar la supresión de la legítima de los referidos ascendientes ordinarios. La cuestión será nuevamente tratada en el capítulo siguiente, al aludir a la sucesión del cónyuge viudo donde se expondrán razones y argumentos para su anteposición.

V. REFLEXIONES SOBRE PROPUESTAS DE REFORMA

El estudio de algunos derechos extranjeros lleva a la constatación de la preeminente tendencia de anteponer al cónyuge a todos los ascendientes en la sucesión intestada, especialmente a los de grado más alejado que el padre y madre. Entre los derechos civiles forales y especiales reformulados tras la CE, los únicos que anteponen al cónyuge respecto de los ascendientes en el llamamiento abintestato son el catalán y el vasco (en ambos, también la pareja estable). En derecho catalán no es decisión nueva sino continuista de su tradición, si bien este orden sucesorio podía haberse modificado y no se hizo. En derecho vasco es una decisión coetánea introducida en la reforma de 2015.

Existen datos estadísticos publicados sobre opiniones de juristas especializados del año 2006 en el seno de las XII Jornadas de la APDC (Asociación de Profesores de Derecho Civil) en un muestreo de en torno a 50 opiniones reflejadas tras la preparación de un cuestionario, sobre propuestas de reforma del Cc. Entre las de mayor consenso destacó la propuesta de anteposición del cónyuge en la sucesión intestada en relación a todos los ascendientes del fallecido, y todavía tuvo mayor respaldo la propuesta de anteponerlo a los ascendientes más alejados del padre y madre. En cambio, no tuvo la misma aceptación la supresión de la legítima de los ascendientes sustituyéndola por prestaciones asistenciales (alimentos). No se hicieron preguntas relacionadas directamente con el artículo 812 Cc. pero sí se preguntó si parecía oportuno que «para el caso de que el cónyuge herede por ministerio de la ley con prefe-

rencia a los ascendientes, es oportuno introducir una reserva del tipo de la del artículo 811 Cc.», y esta propuesta tuvo un elevadísimo consenso favorable⁶⁵.

La Comunicación también presentada en las XII Jornadas sobre la reforma de la sucesión intestada mostraba otros datos para constatar que en legislación española extramuros del Cc. protectora de personas físicas ante el fallecimiento de un familiar, se elegía sistemática y preferentemente a descendientes y cónyuge (también pareja de hecho) por delante de los ascendientes. Se ofrecían muchos y variados ejemplos entonces.

Siguen encontrándose ejemplos paradigmáticos actuales en el mismo sentido como la nueva *Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración e los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación* que ha reformulado algunos criterios del *Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*, aprobado por *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre* y la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 2014). La comparación entre normas permite concluir que los criterios adoptados para resarcir a víctimas perjudicadas por el fallecimiento de otro están socialmente asentados y no se cuestionan desde hace muchos años, salvo alguno como la distinción entre hermanos de doble vínculo y sencillo que, como ya se vio y se mencionará nuevamente en el capítulo octavo, se ha suprimido en la *Ley 35/2015*.

Asimismo, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre conflictos relacionados con el destino del cadáver y la modalidad de las exequias (incineración, lugar de enterramiento, etc.), existía unanimidad al conceder prioridad a la decisión del cónyuge frente a los ascendientes, una tendencia jurisprudencial que desde 2006 se ha consolidado⁶⁶.

Existen otro tipo de consideraciones aparte de todas las indicadas que introducen análisis sociológicos y económicos del Derecho en política legislativa, como los efectos económicos que previsiblemente tiene la percepción de bienes por ascendientes, en principio, personas de mayor edad que están en condiciones menos propicias para dinamizar la economía y la inversión y el gasto a diferencia de generaciones más jóvenes.

El tradicional principio de «la herencia no sube» propio de sistemas de sucesión troncal que atendían centralmente a la permanencia de los bienes en la familia propiciaba también (sin ser necesariamente consustancial a la troncalidad) la búsqueda de los representantes más jóvenes de cada grupo familiar

⁶⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, 2006, pp. 116-119 y 147-150.

⁶⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006 a), pp. 425-449.

(casa o casal) favoreciéndoles en la sucesión y propiciando que el «descendiente más joven de cada estirpe» recibiese los bienes para ser soporte de todos, normalmente el colateral-descendiente: sobrino, sobrino nieto, etc. El llamamiento a ascendientes se produce, en general, ante lo que se considera un «accidente sucesorio» pues no hay nada más antinatural ni triste que sobrevivir a un descendiente.

La atendible motivación del legislador que ante el fallecimiento de un descendiente no olvida a su ascendiente en la sucesión y el respeto debido a nuestros mayores merece reflexión en el inicio del siglo XXI y ponderación ante otros intereses en juego que acaso deben prevalecer en una situación de crisis tan aguda y larga en el tiempo, como son la solidaridad intergeneracional (en este caso, «hacia abajo») y la contribución desde el derecho sucesorio a dinamizar la economía y favorecer el acceso de generaciones más jóvenes a la riqueza pues, al menos en teoría, son más ambiciosas, motivadas y necesitadas de emprender actividad económica, generar riqueza y puestos de trabajo, y también gastan y consumen más. Consideraciones de este tipo se encuentran en la doctrina científica francesa cuando propone nuevas reformas para seguir favoreciendo al cónyuge, e incluso la derogación del derecho de recobro de liberalidades de ascendientes (introducido en la Ley de 23 de junio de 2006 que reformó el *Code*), en aras a un mayor dinamismo económico y a favorecer a generaciones más jóvenes. Las sucesiones «hacia arriba» (*remontantes*) se consideran antieconómicas y también se entiende que las herencias deberían dirigirse hacia los que más lo necesitan, especialmente, a quienes precisan apoyo económico para instalarse en la vida⁶⁷.

Se ha dicho que «el éxito social del individuo depende muy a menudo más de un eficaz sistema de relaciones sociales que de la existencia de un consistente patrimonio familiar», pero hay que revisar afirmaciones como que «el porvenir de la prole depende cada vez menos del capital acumulado por los padres durante su vida» o que «el estatus y los medios de vida se adquieren cada vez más sobre la base del capital cultural (sobre todo, educación) en lugar de por medio del capital material de la familia en que uno nació»⁶⁸. La profunda y persistente crisis económica ha evidenciado que la formación del indivi-

⁶⁷ LEROYER ET ROCHFELD, 2006, pp. 614 y ss.; PARIS, 2012, pp. 35 y 65. Este último autor considera que un derecho de alimentos es suficiente para garantizar la asistencia de los mayores sin necesidad de establecer un derecho de recobro de liberalidades. Es una conclusión lógica por los problemas que produce en la práctica la colisión del derecho del viudo o viuda con los recobrantes cuando el único bien valioso de la herencia es el inmueble que fue domicilio conyugal del matrimonio y fue donado por los ascendientes del cónyuge premuerto.

⁶⁸ Todas las afirmaciones están tomadas de la ponencia del profesor DELGADO (2006, pp. 86-90), parafraseando a Van Houtte, Keuleneer y van der Brande, Ferrari, etc.

duo no garantiza un puesto de trabajo que pueda ser sostén de la emancipación y creación de una nueva familia independiente.

Son reflexiones que inequívocamente precisan análisis sociológicos y económicos del Derecho más precisos, pero los datos demográficos, sociológicos y antropológicos son evidentes y, por notorios, están justificados. El envejecimiento de la población europea (también española) y el notable alargamiento de la esperanza de vida han propiciado que se dedique atención preferente y más recursos a la búsqueda de una mayor calidad de vida de los mayores desde todos los ámbitos, incluido el jurídico. Sin desatender esta prioridad, pues los parámetros indicados continuarán consolidándose, también requieren atención generaciones más jóvenes, desde hace ya muchos años, colectivo especialmente vulnerable. Estas reflexiones acaso confieren a la herencia y al derecho de sucesiones un impacto en la economía exagerado pero no se puede obviar el necesario reflejo social y demográfico en toda acción legislativa, especialmente en la sucesión *mortis causa*. En cualquier caso, no parecen argumentos extravagantes ni desdeñables.

En el capítulo siguiente se insistirá sobre esta propuesta y se ofrecerán nuevos datos para argumentar sobre su conveniencia.

De adoptarse esta solución en futuras reformas del Cc., es imprescindible reformular completamente el sistema de reservas, tanto de la troncal o lineal del artículo 811 Cc. como las del bínubo de los artículos 968 a 980 Cc., así como la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. y establecer claramente su relación con los derechos de legítimas de los ascendientes (si es que la legítima de ascendientes se conserva tal cual está hoy regulada).

Por lo que respecta a la reserva del bínubo, ya se ha subrayado por doctrina especializada la necesidad de su revisión al hilo de las nuevas formas familiares de familias reconstituidas o recompuestas y de la identidad de razón que puede haber en los supuestos de constitución de nuevas parejas de hecho.

Y como prestigiosos autores han señalado puede ser muy conveniente prever un llamamiento sucesorio específico para bienes de origen familiar si se antepone al cónyuge en el llamamiento abintestato: «la evolución que sigue la familia hacia un tipo de familia exclusivamente conyugal o nuclear impone también alguna mutación en el orden de preferencia de los llamamientos (p. ej., preferencia del cónyuge respecto de los ascendientes, salvo quizá en los bienes troncales de la familia)»⁶⁹.

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema IV-2*, 11.ª ed., 2012 (reimpresión 2015), p. 208.

CAPÍTULO SEXTO

**LLAMAMIENTO A LA SUCESIÓN INTESTADA
DEL CÓNYUGE VIUDO**

I. REGULACIÓN ACTUAL DEL LLAMAMIENTO ABINTESTATO
AL VIUDO

1. **Posición en el orden de llamados**

El cónyuge viudo no separado de hecho ostenta en la actualidad en el Cc. la tercera posición en el orden de los llamamientos abintestato, después de todos los descendientes del causante y de todos los ascendientes. Dichos órdenes son preferentes ilimitadamente. Por tanto, en defecto de disposición voluntaria del causante válida y eficaz, el cónyuge viudo hereda después de hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. y, en su defecto, de padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 913, 930, 935 y 944 Cc.

En concurrencia con todos ellos, el cónyuge viudo tiene derecho a un usufructo por legítima, que varía en función de quienes concurren a la sucesión (art. 807.3.º Cc.). En concurrencia con descendientes, le corresponde como mínimo el usufructo del tercio de libre disposición (art. 834 Cc.); en concurrencia con ascendientes, del grado que sean, tiene derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc.). En concurrencia con el resto de parientes o con extraños, tanto da, el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia (art. 838 Cc.).

Este orden en el llamamiento no se ha alterado, como se verá en el epígrafe siguiente (II) desde la reforma del Cc. por Ley 11/1981, momento en que

el cónyuge se antepuso a todos los parientes colaterales del causante, incluidos hermanos y sobrinos, que hasta entonces tenían mejor derecho a suceder abintestato.

Asimismo, el cónyuge que reciba bienes de su consorte por sucesión intestada (o testada, es igual) está obligado a reservar dichos bienes imperativamente a favor de descendientes del fallecido si pasa a siguientes nupcias conforme a lo dispuesto en los artículos 968 y 970 a 980 Cc. La reserva del artículo 969 Cc. no se da cuando hubo transmisión de bienes entre cónyuges¹. La reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. se tiene como ascendiente y no como cónyuge.

En la sucesión intestada el viudo tiene una posición ciertamente poco ventajosa pues es postergado por cualquier descendiente y ascendiente.

2. Un apunte sobre límites y limitaciones en los derechos sucesorios del cónyuge

2.1 LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO EN CONCURRENCIA CON LLAMADOS ABINTESTATO DE ÓRDENES PREFERENTES

Concurriendo con otros llamados de órdenes preferentes, el cónyuge viudo tiene, como mínimo, los siguientes derechos por legítima:

- a) En concurrencia con descendientes, al usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834 Cc.).
- b) En concurrencia con ascendientes, al usufructo de la mitad del caudal (art. 837 Cc.).
- c) En concurrencia con extraños (incluidos otros parientes) tiene derecho al usufructo de dos tercios de la herencia (art. 838 Cc.).

Todos esos derechos quedan extinguidos si al fallecer el cónyuge existe separación de hecho, aunque sea unilateral y con independencia de que haya sido impuesta por el fallecido. Es la interpretación que ha de darse a los tres casos, aunque la norma solo lo prevea expresamente para el de concurrencia con descendientes en el artículo 834 Cc.

¹ HUALDE MANSO, 2007, pp. 89-100.

2.2 LO MÁXIMO QUE PUEDE RECIBIR EL CÓNYUGE POR DISPOSICIÓN VOLUNTARIA

Hay que tener en cuenta así mismo que en la sucesión voluntaria, por mucho que el cónyuge quiera dejar todo a su viudo o viuda en testamento tiene ciertos derechos imperativos que frenan su libertad de disposición *mortis causa* en presencia de descendientes y ascendientes. Como máximo, el cónyuge puede dejar en testamento a su consorte lo siguiente:

a) En concurrencia con descendientes y dado que se deben respetar los dos tercios por legítima, el cónyuge viudo solo puede ser instituido en el tercio de libre disposición como heredero pleno (arts. 807, 808 y 834 Cc.).

b) En concurrencia con ascendientes y dado que se debe respetar la mitad del caudal por legítima, el viudo solo puede ser instituido en la mitad del caudal como heredero pleno (arts. 809, 810 y 837 Cc.). Asimismo, se prevé la reversión legal de donaciones del ascendiente donante *ex* artículo 812 y 942 Cc., y la mayor parte de la doctrina entiende que el bien objeto de reversión queda fuera del cómputo de la legítima del artículo 818 Cc., aunque existen opiniones contrarias razonables (se verán *infra*).

c) En todo caso, todo lo que el cónyuge reciba por sucesión testada o intestada de su consorte debe reservarlo si pasa a segundas o ulteriores nupcias a favor de descendientes del consorte premuerto conforme a los artículos 968 y 970 a 980 Cc. También tiene que reservar lo recibido de otros parientes del consorte en atención al matrimonio (art. 969 Cc.). Nótese que es posible la sucesión intestada del cónyuge viudo y la superveniencia al fallecer este de descendientes del primeramente fallecido, de grado más alejado que sus hijos, como en el supuesto de fecundación *post mortem*, adopción póstuma o reconocimiento de filiación extramatrimonial de descendientes.

d) Desde la reforma por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, del artículo 831 Cc., se pueden conferir al cónyuge en testamento facultades de mejorar y atribuir bienes, siguiendo el modelo de la fiducia sucesoria, pero debe respetar en todo caso la legítima material individual estricta de los descendientes; esta facultad deja de tener efecto por ulterior matrimonio del viudo o por tener descendencia no común o por pasar a relación de hecho análoga al matrimonio.

2.3 INTENSA LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD *MORTIS CAUSA* EN EL CC. E IMPOSIBILIDAD DE LOS CÓNYUGES, SIN LEGITIMARIOS, DE INSTITUIRSE RECÍPROCAMENTE HEREDEROS

Para conocer la verdadera situación del cónyuge, hay que añadir a todo lo expuesto las fuertes limitaciones a la autonomía de la voluntad para disponer *mortis causa* en el Cc. En concreto, está prohibido testar en mancomún a tenor del artículo 669 Cc. Está asimismo prohibido otorgar pactos sucesorios, lo que la doctrina deduce de los artículo 1271 Cc. Y, finalmente, resulta imposible conceder al viudo el usufructo viudal universal en presencia de descendientes y ascendientes a tenor de lo dispuesto en el artículo 813 Cc. y siempre que no concurra el acuerdo expreso de quienes con ello ven limitados sus derechos legitimarios².

Estas prohibiciones no solo privan a los interesados de la facultad de tomar decisiones consensuadas válidas y eficaces con vocación de permanencia (más todavía a convivientes extramatrimoniales) desde el punto de vista del otorgamiento de documentos determinados, sino que provocan también la correlativa imposibilidad de los consortes de instituirse recíprocamente herederos, por mucho que quieran, y aquí incluso sin tener legitimarios, es decir, descendientes ni ascendientes.

Dos cónyuges bien avenidos que hayan celebrado sus bodas de oro y que no tengan descendientes ni ascendientes tienen prohibido (no solo es que la ley no lo contemple, sino que está expresamente prohibido) que el notario pueda recoger en un solo documento con la necesaria eficacia *mortis causa*, su recíproca institución de herederos, o lo que es igual, la institución plena a favor del que primero fallezca por parte del otro con previsión expresa de consecuencias al fallecimiento del supérstite. Son muchos los cónyuges que careciendo de vecindad civil correspondiente a alguno de los territorios con derecho civil foral o especial que lo permita desean otorgar juntos su testamento (como cualquier otra decisión conyugal con repercusiones patrimoniales y personales) y el Notario no puede acceder a tal petición, puesto que quines tienen vecindad civil común solo pueden otorgar testamento unipersonal.

Cuando los matrimonios acuden a la notaría con la pretensión de tomar sus decisiones *mortis causa* en común, los Notarios suelen otorgar sendos testamentos unipersonales con números de protocolo sucesivos en los que comparece cada uno de los cónyuges pero la revocación por cualquiera de ambos de las disposiciones hechas no son (ni pueden serlo) notificadas al otro por el

² Por más que se intente soslayar a través de las cautelas de opción compensatoria: REAL PÉREZ, 1988, pp. 172 y ss.; EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, pp. 54-56.

Notario ni tiene modo cada uno de conocer disposiciones testamentarias posteriores del otro que puedan desvirtuar las acordadas en consenso por ambos y que pudieron ser determinantes para las disposiciones de cada uno. No obstante, las disposiciones patrimoniales de los otorgantes de testamentos mancomunados no tienen por qué ser correspondientes.

Si bien se entiende que la institución recíproca de herederos está prohibida en el derecho común si afecta a la totalidad de la herencia o a sus cuotas por vulnerar los límites del artículo 1271 Cc. lo cierto es que se admite la atribución de la vivienda familiar adquirida con pacto de supervivencia. Y el artículo 78.3 de la Ley Concursal otorga al cónyuge del concursado el derecho a adquirir los bienes que conjuntamente se adquirieron con ese pacto, tras satisfacer a la masa del concurso la mitad de su valor³. Ello lleva a reflexionar sobre si tiene sentido que un derecho acepte la plena validez de la institución recíproca de legado y no de herederos.

Sin desconocer la opinión de la doctrina autorizada en sentido contrario, entiendo que la institución recíproca de herederos no está prohibida como tal en el Cc. ni conculca derechos imperativos si no existen descendientes ni ascendientes del causante, es decir, legitimarios. Caso de existir bienes en el caudal de los instituyentes queda deban ser objeto de reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. u objeto de reserva por binupcialidad de los artículos 968 a 980 Cc. se aplicará el destino sucesorio que corresponda a los mismos pero no por haberlos en el caudal relicto de alguno de los cónyuges suponen un obstáculo para la recíproca institución. Y en relación a la sustitución fideicomisaria afectarán, en su caso, los límites, entre otros, de los artículos 781 o 785 Cc., pero ninguno más.

Sin embargo, la falta de un documento formal que pueda recoger la referida institución recíproca entre cónyuges con la eficacia natural que está llamada a desplegar, provoca que los cónyuges se vean imposibilitados (y cualesquiera otras personas no casadas entre sí aunque carezcan de herederos forzosos, descendientes, ascendientes o cónyuge) para su otorgamiento con plena eficacia. El problema no es de validez de la institución recíproca de heredero, que no tiene obstáculo en el Cc. (aunque la práctica totalidad de la doctrina dirá que el límite está en la prohibición del pacto sucesorio del artículo 1271. II Cc.), sino de la imposibilidad de dotar de plena eficacia a la institución recíproca de herederos especialmente la previsión de sustituciones fideicomisarias de residuo que suelen acompañar (y tienen pleno sentido) a decisiones de los cónyuges de esta tipología.

Las RRDGRN de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6279) y la posterior de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7807) fueron sensibles a esta necesi-

³ Supuestos apuntados por EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 51, nota 102.

dad y a la voluntad de los causantes que, teniendo prohibido testar en mancomún, acudieron juntos al notario con la intención de instituir «al más viviente», al que sobreviva de los dos, y previendo para cuando el último fallezca, ciertos destinos sucesorios en los bienes remanentes. Y para ello no es preciso establecer reservas hereditarias sino sencillamente sustituciones fideicomisarias de residuo ponderando los derechos de colaterales (seguramente sobrinos) de cada uno de los cónyuges o atendiendo a otros derechos que les parezcan más dignos de atención tratándose de personas libres que carecen de legitimarios (como, por ejemplo, la decisión común de dejar lo que quede cuando el último de los dos fallezca a ciertas ONGs u órdenes religiosas determinadas). Ello puede hacerse con toda libertad en derechos como el aragonés y lo decidido por ambos vincula al último que fallezca. Pero no es así para quienes están sometidos a la aplicación del Cc. que no solo no lo prevé en norma legal sino que, por la prohibición de testar en mancomún y de «pactar al más viviente», impide que lo decidan con toda su extensión testadores sometidos a la vecindad civil común. El testamento unipersonal no sirve otorgar con plena eficacia institución recíproca de herederos. Fallecido el primero hereda el sobreviviente y ya no está en modo alguno vinculado por la decisión que pudo ser libremente consensuada por ambos cónyuges puesto que el supérstite puede revocar libremente su testamento unipersonal cuando le parezca.

Es todavía más paradójica la situación derivada de la plena aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, (Reglamento de Sucesiones Europeo) desde el 17 de agosto de 2015, puesto que un nacional español con vecindad civil común que fallezca con residencia habitual en un país europeo que admita la validez del pacto sucesorio o del testamento mancomunado, podrá haberlo otorgado válida y eficazmente, y se cumplirá⁴.

⁴ BONOMI y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, p. 348, subrayan las diferencias entre la validez posterior del testamento y del pacto sucesorio en el *Reglamento n.º 650/2012*, cuando el testador cambia la residencia habitual y en el momento de la muerte la tiene en un estado que no reconoce validez al testamento mancomunado; las disposiciones testamentarias pueden ser válidas (art. 24) pero las del pacto sucesorio, no (art. 25); *vid. tb.* pp. 321-374. El profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ ha destacado el papel del Derecho Internacional Privado, que ya no es de neutralidad en cuanto a la consecución de resultados materiales y que se pone de manifiesto especialmente en torno a la validez de los pactos sucesorios (2013, pp. 47-48, 50 y ss.).

Cabe reflexionar sobre este supuesto: español de vecindad civil común que teniendo residencia habitual en Alemania otorga un testamento mancomunado o un pacto sucesorio y, después, fallece con residencia habitual en Zaragoza (sin llevar más de 10 años, lo que hubiera modificado su vecindad civil pasando a ser aragonesa). El CDFA admite la validez del pacto sucesorio y del testamento mancomunado pero ¿se aplica el CDFA o el Cc. a la sucesión de dicho causante? El artículo 9.º8 Cc. sigue resolviendo las cuestiones de derecho interregional en el orden interno español. En consecuencia, al supuesto planteado debería aplicarse el Cc. y no el CDFA por lo que el pacto sucesorio no tendría validez. Si el fallecido hubiera sido español y hubiera tenido residencia habitual durante más de 10 años en territorio aragonés, hubiera adquirido la vecindad civil aragonesa (arts. 9.8.º, 14 y 16 Cc.) y el pacto sucesorio valdría.

3. Derecho a heredar: relevancia de la separación de hecho. Efectos de la reconciliación de los cónyuges

3.1 REFORMA POR LEY 15/2005: LA SEPARACIÓN DE HECHO PRIVA DE DERECHOS SUCESORIOS AL CÓNYUGE TANTO EN LA LEGÍTIMA COMO EN LA SUCESIÓN INTESTADA

La reforma de los artículos 834 y 945 Cc. por *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* dejó resueltas buena parte de las cuestiones dudosas sobre la sucesión del cónyuge en situaciones de crisis matrimonial. Por un lado, las relacionadas con la posibilidad de continuar con las acciones de separación y divorcio (personalísimas según doctrina del TS) por los herederos del fallecido una vez interpuesta la demanda⁵ y, por otro, las derivadas de las dudas interpretativas desde la reforma del artículo 945 Cc. por Ley 11/1981, sobre si había de regir lo mismo para la sucesión intestada del cónyuge que para el usufructo por legítima del artículo 824 Cc.⁶

Después de la reforma por Ley 15/2005, se impuso el mismo régimen jurídico para la exclusión del derecho a suceder del viudo tanto por legítima (art. 834 Cc.) como abintestato (art. 945 Cc.) y ello no ha cambiado después de la reformulación de ambos preceptos por la *Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, que ya no aluden a estar separado «judicialmente» sino «legalmente». En consecuencia, según el artículo 834 Cc., «El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

Y conforme al artículo 945 Cc., «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho». El artículo anterior (944 Cc.) dice que «En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente».

No se ha alterado el texto de los artículos 837 y 838 Cc. que regulan la legítima del viudo en concurrencia con ascendientes y con otros parientes o extraños respectivamente y no hacen referencia, a diferencia del artículo 834 Cc., a la posible separación legal o de hecho como supuesto de exclusión del llamamiento al viudo. Sin embargo, hay que interpretar que la separación legal y la de hecho

⁵ Analizadas con detalle con anterioridad por EGUSQUIZA BALMASEDA, 2003, *in totum*.

⁶ PÉREZ ESCOLAR, 2003, pp. 243 y ss.; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1926.

también provocan la privación del cónyuge del usufructo por legítima, del mismo modo que cuando concurre con descendientes⁷.

En relación con el tipo de separación de hecho relevante para que no proceda llamar al cónyuge a la sucesión intestada (lo mismo que para el usufructo por legítima), se ha subrayado que el Cc. no lo precisa y que puede haber casos dudosos⁸. Es razonable entenderla, con PÉREZ ESCOLAR, como «cese efectivo de la convivencia conyugal que se produce ante la desaparición de la voluntad de una o ambas partes de continuar su relación marital y, consecuentemente, de la *affectio maritalis*, lo cual es compatible con el mantenimiento por diversos motivos de la convivencia en el mismo domicilio (antiguo artículo 87 Cc., hoy derogado) e independientemente de su duración en el tiempo»⁹.

Después de la reforma por Ley 15/2005 y antes de la Ley 15/2015 (LJV), cabía entender que desde la admisión a trámite de la demanda de separación o divorcio (incluso es posible que desde la fecha de la interposición) al cesar la presunción de convivencia conyugal, podría bastar para alegar para la exclusión de derechos sucesorios entre cónyuges¹⁰. A juicio de EGUSQUIZA BALMASEDA, «una interpretación amplia de la idea de separación de hecho, entendida como la voluntad en la ruptura de la relación conyugal que se liga a la petición de separación o divorcio, puede ser la respuesta»¹¹.

Después de la reforma por Ley 15/2015 (LJV) y a la vista del nuevo artículo 82 Cc., habrá que añadir a los anteriores, los supuestos de formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario. Los cónyuges pueden acordar su separación de mutuo acuerdo pasados tres meses desde la celebración del matrimonio, y ello con independencia de que pueda todavía demostrarse que con anterioridad a la fecha del convenio (presentado ante el fedatario judicial o ante el Notario) hubo efectiva separación de hecho con la consiguiente exclusión del derecho a suceder tanto en el usufructo por legítima como abintestato, y aunque haya sido impuesta unilateralmente por uno solo de los cónyuges, sea o no el causante de la sucesión.

El nuevo artículo 83. I Cc. establece que tanto la sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida en común de los casados. Puede surgir la duda, a la vista de lo que dispone el nuevo artículo 83. II, pri-

⁷ CARRANCHO HERRERO, 2011, pp. 971-972; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1927; BUSTO LAGO, 2013, p. 1166.

⁸ PLAZA PENADÉS, 1999, *in totum*.

⁹ PÉREZ ESCOLAR, ADC, 2007, p. 1674.

¹⁰ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1927.

¹¹ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 53 y SAP de Almería de 18 de julio de 2012 (JUR 2014, 126260).

mera proposición Cc., tras la Ley 15/2015 (LJV) puesto que dice que «Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82». Sin embargo, lo razonable es entender que la mera separación de hecho aun sin sentencia o decreto judicial firme ni manifestación del consentimiento de los cónyuges en escritura pública ante notario tiene los mismos efectos que con anterioridad a la reforma, es decir, la privación del usufructo por legítima del artículo 834 Cc. y del derecho a suceder abintestato del artículo 945 Cc. La segunda proposición del artículo 83. II Cc. lleva a mantener que la primera proposición hace referencia a los «plenos efectos frente a terceros de buena fe», sin que deba entenderse que la Ley 15/2015 haya introducido modificaciones en relación con la eficacia de la mera separación de hecho para la privación de derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Y a la inversa, no existirá separación de hecho aunque los cónyuges no estén físicamente juntos o estén viviendo en domicilios separados por razones variadas siempre que «conserven el *animus* de reunirse cuando están ausentes [pues] la separación matrimonial surge cuando la convivencia así entendida desaparece, cuando los miembros de la pareja se apartan entre sí con la intención –de ambos o de uno– de no compartir su vida en adelante»¹².

Con todo, y aunque no siempre será fácil acreditarla aun iniciados los procedimientos judiciales o notariales tendentes a la obtención de la separación, divorcio o nulidad, la reforma de la Ley 15/2005 dotó de mayor seguridad jurídica al sistema¹³. Y fue coherente al prever los mismos supuestos para privar del derecho a la legítima y del llamamiento a la sucesión intestada al cónyuge viudo, aunque pueda defenderse que un tipo y otro de sucesión tienen finalidades no del todo coincidentes¹⁴.

¹² Como indica la SAP Baleares de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 22179). No aprecian separación de hecho por motivos análogos: SAP Cáceres de 19 mayo 2006 (PROV 2006, 183438) y SAP Soría 14 septiembre 2007 (AC 2009, 5).

¹³ La SAP Baleares, Sección 3.ª, de 3 de noviembre (AC 2011, 1604) considera que hubo separación de hecho de los cónyuges y que el superviviente no debe heredar abintestato y, entre otras pruebas (como la convivencia separada desde hace años cada uno con sus respectivos familiares para que les cuidasen por estar enfermos), destacan las manifestaciones del fallecido en el Convenio regulador firmado para interponer demanda de divorcio, en el que figuraba su declaración de voluntad de no volver a convivir con la sobreviviente; basta la separación de hecho, aunque sea voluntad unilateral de uno solo de los cónyuges para que no exista derecho del cónyuge a suceder abintestato.

¹⁴ Según la SAP A Coruña, Sección 4.ª, 22 de octubre de 2010 (AC 2010, 1816), «la sucesión abintestato está basada en la presunta voluntad del causante de disponer de sus bienes entre sus parientes más próximos, y la sucesión forzosa (sistema legitimario), es un derecho necesario con la finalidad pretendida de proteger jurídicamente al cónyuge viudo, haciéndole acreedor a una vida digna, al tiempo que permite

En casos como el de fallecimiento sin auto de eficacia civil de resoluciones ya dictadas por tribunales eclesiásticos (art. 80 Cc.) o con anterioridad al inicio de un procedimiento de nulidad matrimonial (art. 79 Cc.) no será difícil la prueba de la separación de hecho antes del óbito del causante, o que no la hubo¹⁵. Y lo mismo cabe afirmar cuando fallezca uno de los cónyuges pendiente de firmeza la sentencia de separación o de divorcio si se solicitó el divorcio directamente. El auto de medidas provisionalísimas dictadas al amparo del artículo 104 Cc. (que caducan a los treinta días prorrogables por otros treinta) podrá servir también como indicio de la separación de hecho de los cónyuges aunque las medidas hubieren caducado al fallecer el causante.

Por lo demás, la reforma del Cc. por Ley 15/2005 introdujo una clara asincronía entre los efectos de la separación unilateral de hecho, pues priva automáticamente del derecho de usufructo por legítima del cónyuge (art. 834 Cc.) y de la sucesión intestada (945 Cc.) pero el artículo 1.393. I.3.ª Cc. exige «llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar» para la disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges.

3.2 RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES NOTARIAL Y JUDICIAL: EFICACIA EN EL LLAMAMIENTO A LA SUCESIÓN INTESTADA DESPUÉS DE LA LEY 15/2015

La Ley 15/2005 no solo introdujo en norma legal escrita la separación de hecho como supuesto de privación del derecho a heredar abintestato y al usufructo por legítima sino que también modificó el artículo 835 Cc. que recogía, en sede del derecho de legítima del cónyuge, el efecto de la reconciliación de los cónyuges: «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».

La referencia expresa a la reconciliación no se introdujo en la sección correspondiente a la sucesión intestada del viudo, sino solo en las legítimas, con lo que se introdujeron algunas dudas sobre su aplicación en aquélla. El

la cohesión del grupo familiar, por lo que se ha negado buscar una razón de analogía entre los artículos 945 y 834 Cc.»

¹⁵ Sigue siendo aplicable el artículo 79 Cc. en casos como el resuelto por la SAP Tarragona, 29 abril 1993, que reconoce derecho a legítima al cónyuge de buena fe, en concurrencia con una hija del causante, tras declararse nulidad del matrimonio por tener el fallecido al contraer matrimonio con ella, vínculo de ligamen con la primera esposa todavía viva, desconociéndolo la segunda esposa (*RJC*, 1993, vol. IV, pp. 282-286).

origen de la reforma está en una enmienda presentada en el Congreso durante la tramitación de la Ley 15/2005 por el Grupo Parlamentario Catalán justificada para garantizar la seguridad jurídica¹⁶. Dicho origen en la modificación del artículo 835 Cc. quizás explica las incoherencias señaladas por la doctrina.

a) Por un lado, se plantea si hay que deducir que el derecho a la legítima solo se recuperaba entre cónyuges si la reconciliación había sido notificada al Juzgado que conoció de la separación conforme a lo dispuesto en el artículo 84 Cc. sin que «renaciase» si los cónyuges habían reanudado la convivencia marital con verdadero *animus* y *affectio maritalis*. La doctrina criticó que al aludir a la notificación de la reconciliación se apartaba el propio legislador de la nueva orientación de la Ley 15/2005 que dio relevancia destacada a la convivencia de hecho en el matrimonio pues la mera separación de hecho priva tanto de la legítima como de la sucesión intestada (arts. 834 y 945 Cc.)¹⁷. Si bien la notificación de la reconciliación al juzgado no era (lo mismo que hoy) constitutiva y era razonable entender que no es imprescindible para que existan derechos legitimarios entre cónyuges al fallecer el primero¹⁸, se dictó jurisprudencia por las AAPP en sentido opuesto¹⁹, amparadas en una regulación que produce cierta perplejidad. Así, la SAP de Valencia de 5 de marzo de 2007 (JUR 2007, 273900) entendió que sin notificación de la reconciliación no había derecho al usufructo por legítima y el Auto de la AP de Sevilla, sección 6.ª, de 24 de mayo de 2001 (JUR 2001, 284940) que la falta de notificación no es objeción para la delación abintestato al sobreviviente.

b) Por otro lado, la norma planteaba el interrogante de si debía aplicarse también a la sucesión intestada o, contrariamente, al ser una norma más bien restrictiva de derechos y estar solo prevista para el usufructo por legítima del cónyuge su aplicación se limitaba a éste²⁰.

Las mismas cuestiones se plantean después de la reforma por Ley 15/2015 y acaso puede considerarse que el sentido de la relevancia que se da al otorgamiento de escritura pública Notarial y de actas de manifestaciones ante Notario en el nuevo artículo 82 Cc., equiparándolos a la notificación al Juzgado de la reconciliación, refuerzan el argumento de que la mera reconciliación sin

¹⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-8, 15 marzo 2005, p. 44.

¹⁷ PÉREZ ESCOLAR, 2010, p. 956.

¹⁸ Por ser la reconciliación un efecto *ex lege*, que no depende de ninguna resolución judicial: BUSTO LAGO, 2013, p. 1165.

¹⁹ Como refieren CARRANCHO HERRERO, 2011, pp. 969-970 y VAQUER ALOY, 2011, pp. 1362-1363.

²⁰ La doctrina que se pronunció sobre ello consideró que no se aplicaba a la sucesión intestada: CRESPO ALLUÉ, 2005, p. 294; PÉREZ ESCOLAR, 2010, p. 956; LÓPEZ MAZA, 2013, pp. 6894-6895.

constancia de notificación es suficiente para que exista usufructo por legítima y derecho a suceder abintestato entre cónyuges.

Tanto el artículo 835 Cc. como el 84 Cc., al que remite, han sido reformulados por la Ley 15/2015 (LJV) fundamentalmente para adaptarlos a la nueva «separación notarial», pero el legislador no ha cambiado la orientación de la regulación de la Ley 15/2005, ni ha introducido la misma exigencia en la sucesión intestada del cónyuge, y ello a pesar de haber retocado los artículos 834 y 945 Cc.

Hoy el artículo 835 Cc. establece lo siguiente: «Si entre los cónyuges separados hubiera mediado 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, el sobreviviente conservará sus derechos».

Y el artículo 84 Cc. dice que «La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiese tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente».

El nuevo artículo 84 Cc. según la Ley 15/2015 (LJV) es coherente con la modificación del estado civil que se produce con la separación legal (judicial o notarial); tras acordarse la separación judicial, la reconciliación de los cónyuges debe comunicarse al juez que dictará en consecuencia un auto judicial y, a su vez, lo remitirá mediante oficio al Registro Civil²¹ y tras la separación notarial hecha conforme al nuevo artículo 82 Cc., la reconciliación debe formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones y para su eficacia frente a terceros, y también debe inscribirse en el Registro Civil correspondiente (art. 84, párrafos segundo y tercero Cc.).

El artículo 82 Cc. quedó sin contenido en la reforma por Ley 15/2005. La Ley 15/2015 (LJV) lo ha vuelto a rellenar para regular la separación de mutuo acuerdo mediante presentación de convenio regulador ante el Secretario judi-

²¹ Con anterioridad a la reforma por Ley 15/2015 y para la separación judicial, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, pp. 1930-1931.

cial o en escritura pública ante Notario, que es posible, pasados tres meses desde la celebración del matrimonio y siempre que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

En nuestra opinión, después de la reforma por Ley 15/2015 (LJV), y lo mismo valía después de la reforma por Ley 15/2005²², lo dispuesto en el artículo 835 Cc. no es más que una constatación para los supuestos que prevé y no excluye el mismo efecto (derecho a la legítima) cuando se produzca la mera reanudación de la convivencia con *affectio maritalis* de ambos cónyuges, aunque no haya sido notificada ni al Juzgado ni se haya otorgando escritura pública notarial o actas de manifestación ante el Notario correspondiente. En ninguno de ambos supuestos (menos todavía después de la reforma por Ley 15/2015) la notificación ni el otorgamiento de escritura pública o las actas de manifestación ante Notario tienen efecto constitutivo alguno²³. La reconciliación se puede dar completamente al margen de dichos actos jurídicos.

Con independencia de dificultades de prueba (que también se pueden dar para acreditar separación de hecho) no es imprescindible notificación de la reconciliación al Juzgado ni otorgamiento de escritura pública ni de actas de manifestación ante Notario para que haya derecho por legítima. Lo mismo cabe afirmar en relación con el derecho a heredar abintestato. El artículo 835 Cc. bien podría añadir al final la siguiente proposición: «... y si no se notificó, también» o «... lo mismo que si no se hubiese notificado». La efectiva reconciliación después de la mera separación de hecho de los cónyuges rehabilitará tanto el derecho al usufructo por legítima²⁴, como el derecho a suceder abintestato entre cónyuges, con independencia de las dificultades de prueba en cada caso²⁵, al igual que con anterioridad a la reforma por Ley 15/2015.

Al margen de todo lo expuesto, no se encuentra objeción en el Cc. para que el causante decida en su testamento que, aun con separación de hecho, el cónyuge sea su heredero abintestato (el único obstáculo lo constituyen las legítimas) pues el supuesto parece análogo al de remisión unilateral de parte ofendida en la indignidad sucesoria²⁶. Cosa distinta es que se entienda que en

²² Antes de la reforma por Ley 15/2015 (LJV), PÉREZ ESCOLAR, *ADC*, 2007, pp. 1675-1677 y 2010, pp. 1038-1039.

²³ Antes de las reformas, TENA PIAZUELO, 2000, pp. 194 y ss.

²⁴ Antes de la reforma, GUILARTE, 1986, p. 262. En contra, tras la reforma del artículo 835 por Ley 15/2005, CRESPO ALLUÉ, p. 294.

²⁵ Puede verse un supuesto de reanudación de la vida conyugal durante trece años anteriores al fallecimiento en la SAP Valencia de 5 de mayo de 1999 (RJA núm. 5352); PÉREZ ESCOLAR, *ADC*, 2007, p. 1676 y nota 75.

²⁶ Lo admitió LACRUZ BERDEJO, 1973, p. 89.

estos supuestos el llamamiento al cónyuge será testamentario y no *ab intestato*. Resulta más problemático que el causante pueda reconocer expresamente el derecho del cónyuge separado de hecho a la legítima por usufructo cuando concurren descendientes y ascendientes si no se hace en la porción de libre disposición, pues, en otro caso, podrían argumentar ambos grupos (descendientes y ascendientes) que se les impone ilegítimamente gravamen en sus derechos legitimarios, lo que prohíbe expresamente el artículo 813. II Cc.

Como con anterioridad a la reforma por Ley 15/2015 (LJV), el mero perdón entre cónyuges no necesariamente constituye reconciliación de los cónyuges, si bien, dicho perdón será imprescindible, además de la reconciliación, para desvirtuar la indignidad para suceder (art. 757 Cc.) o la desheredación hecha con justa causa (art. 856 Cc.). Y, evidentemente, ninguna relevancia tiene el perdón de los herederos del cónyuge premuerto al supérstite²⁷.

Si hay divorcio no hay cónyuges ni derechos de sucesión entre quienes lo fueron (por más que el TRLGSS aluda a pensión de viudedad de quien no lo era cuando falleció el causante de la pensión y reconozca derechos por la convivencia al divorciado). El divorcio disuelve el matrimonio (art. 85 Cc.). Para que vuelva a haberlos es necesario nuevo matrimonio²⁸.

4. Irrelevancia del régimen económico matrimonial de *lege lata*

Entiendo que el derecho español no ha tenido nunca en cuenta el sistema económico matrimonial para establecer los derechos a la sucesión intestada del cónyuge viudo o su posición en el sistema, a diferencia de otros ordenamientos en los que el aumento de los derechos a la sucesión intestada del viudo en detrimento de los descendientes ha dependido en buena medida del régimen de comunidad conyugal, como en EEUU e Inglaterra²⁹ o en Alemania, donde la cuota sucesoria para el cónyuge depende del régimen económico matrimonial³⁰.

Entre los derechos latinoamericanos también existen ejemplos de conexión directa entre sucesión del cónyuge y régimen económico matrimonial. Por ejemplo, el Código civil brasileño establece derechos a la sucesión del

²⁷ Conclusión de VALLET (1991, p. 1065), en relación al artículo 835 Cc. tras la reforma por Ley 11/1981, que vale lo mismo después de las modificaciones en el precepto por Ley 15/2005 y por Ley 15/2015.

²⁸ VAQUER ALOY, 2011, p. 1363; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, pp. 1282-1283.

²⁹ Como en EEUU o Inglaterra: FRANK, 1996.

³⁰ CÁMARA LAPUENTE, 2003, 1119-1200.

cónyuge viudo distintos en función de si el régimen de bienes del matrimonio era o no de comunidad universal. Además, el cónyuge hereda si al fallecer el causante no está disuelta la sociedad conyugal (art. 1611, redacción posterior a la Ley n.º 6515 de 26 de diciembre de 1977). Y hay obligación de casarse en separación de bienes cuando se contrae matrimonio a cierta edad. Y en Argentina se delimita claramente el derecho a la disolución de gananciales con el derecho a heredar del viudo, y conforme al artículo 2433, párrafo segundo del Código civil y Comercial de la Nación de Argentina «en todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge fallecido».

Ello no significa que carezca de sentido en nuestro derecho analizar la conexión entre régimen económico matrimonial y sucesión *mortis causa*³¹, sobre todo, porque permite constatar que la situación del cónyuge viudo al fallecer el causante, y dados los exiguos derechos *mortis causa* que el Cc. le concede, es todavía más endeble cuando entre los cónyuges se pactó régimen de separación de bienes³².

No se puede tampoco negar que en la redacción del artículo 831 Cc., por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se permite que el cónyuge supérstite pueda, fallecido el testador, hacer atribución de bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar que, además, puede administrar. Se encuentra cierta conexión entre régimen económico matrimonial y sucesión *mortis causa* en esta norma.

Fuera de este supuesto especialísimo de otorgamiento de ciertas facultades de fiducia al cónyuge viudo, las cuestiones que anudan régimen económico matrimonial y sucesión del viudo no pertenecen al sistema del Cc. que, desde su promulgación, nunca las ha considerado para fijar o modular los derechos del cónyuge en la intestada. Y tampoco parece razonable plantearlas ahora. La última proposición del artículo 968 Cc., tiene la precaución de señalar que no está sujeta a reserva la *mitad de gananciales* del cónyuge sobreviviente pero, evidentemente, dicha porción de bienes no formó parte de la herencia del causante premuerto y no puede ser objeto de reserva; la norma alude a los bienes del cónyuge sobreviviente que los adquirió no por herencia sino

³¹ PÉREZ ESCOLAR, 2003, en especial, pp. 228-234.

³² EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, pp. 50-52.

por su propio derecho al liquidarse la comunidad conyugal de gananciales, operación previa a la delación sobre los bienes del causante.

Carece de sentido, a mi juicio, hacer depender el derecho a suceder abintestato del régimen económico matrimonial ni excluirlo o ampliarlo, por ejemplo, si los cónyuges habían otorgado capítulos matrimoniales de separación de bienes. El derecho del cónyuge superviviente sobre la mitad de gananciales no constituye adquisición lucrativa de ningún tipo, sino legítimo derecho *inter vivos* a la disolución y liquidación de la comunidad conyugal.

Cosa distinta es que el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de liquidación de gananciales pasando al régimen de separación de bienes, junto a otras evidencias de la escritura pública de capítulos (como decisión de vivir separados o fijar domicilios distintos) puedan servir como prueba y demostración (indicios, en su caso) de la separación de hecho de los cónyuges a los efectos de la privación de derechos sucesorios *ex* artículos 834 y 945 Cc., especialmente, después de la reforma por Ley 15/2005.

5. Exclusión del cónyuge del llamamiento abintestato: incapacidad por indignidad, desheredación, exclusión voluntaria

Al margen de la separación de hecho, otras causas privan al cónyuge del derecho a suceder, puesto que puede incurrir en causa de indignidad para suceder (arts. 756 y 914 Cc.) y puede ser desheredado con justa causa (art. 855 Cc.). Según algunos autores, también puede ser excluido de la herencia abintestato. Pero ello no es posible, sin concurrir justa causa, para el usufructo por legítima.

5.1 INDIGNIDAD PARA SUCEDER DEL CÓNYUGE

Como todo llamado a la sucesión intestada, el cónyuge puede estar incurso en alguna causa de indignidad prevista en el artículo 756 reformado por Ley 15/2015 (LJV). La indignidad excluye de la sucesión al indigno tanto para suceder por testamento como abintestato *ex* artículo 914 Cc., cuestiones tratadas en el capítulo primero.

El cónyuge ha sido especialmente tomado en consideración en la reformulación de las causas de indignidad en 2015 tanto desde el punto de vista activo como pasivo. Desde el activo, el cónyuge viudo es indigno para heredar al premuerto cuando haya sentencia firme condenatoria por atentado contra la

vida, por causar lesiones graves y también por haber sido condenado en sentencia firme por violencia física o psíquica en el ámbito familiar. Entre cónyuges hay indignidad para suceder.

Y desde el punto de vista pasivo, cualquier conducta de las anteriores infligida al cónyuge del causante, provocan indignidad para suceder respecto de éste.

La misma orientación se encuentra en el número 2.º del artículo 757 II Cc. cuando exista condena por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual.

Pese a la intención del legislador, manifestada en la Justificación de la Enmienda que dio lugar a la reforma del artículo 757 Cc. en la Ley 15/2015 (LJV), con anterioridad, bastaba el simple atentado contra la vida entre cónyuges para que concurriese causa de indignidad para suceder, sin necesidad de sentencia firme condenatoria, como ahora exige la norma. Era una regulación más razonable, precisamente si se quiere evitar todo tipo de violencia de género en el ámbito familiar, lo que se declara por el legislador como justificación para la reforma. Es irrelevante para esta conclusión que en la mayoría de los supuestos que prevé no será difícil probar la separación de hecho.

Remitimos a lo expuesto en el capítulo primero en relación con la nueva regulación de las causas de indignidad para suceder para no reiterar.

5.2 DESHEREDACIÓN DEL CÓNUGE

El cónyuge puede perder su derecho abintestato si ha sido desheredado con justa causa. En tal caso, no solo perderá sus derechos legitimarios sino también cualquier atribución sucesoria, incluida la intestada como indicaba el profesor LACRUZ³³. La desheredación del cónyuge es posible por su condición de legitimario y a tenor de los artículos 855 y ss. Cc.

Cabe pensar en supuestos diversos en que el cónyuge legítimamente desheredado no pueda suceder. Pensemos en un sujeto casado sin descendencia que decide otorgar testamento, pues tiene la intención de interponer demanda de separación o de divorcio o de separarse de hecho, y en él deshereda a su cónyuge, por ejemplo, por haber incumplido gravemente los deberes conyugales (art. 855.1.ª Cc.) e instituye heredero universal de todos sus bienes a su padre, único ascendiente. Si el padre del causante repudia la herencia deferida y se abre la sucesión intestada (supuesto del artículo 912.3.º Cc.), el cónyuge

³³ LACRUZ/SANCHO, 1988, p. 560.

no podrá heredar por haber sido justamente desheredado y tendrá lugar la delación a favor de los colaterales o, en última instancia, a favor del Estado. Si el casado sin descendientes ni ascendientes deshereda con justa causa a su cónyuge y nombra heredero universal a su sobrino, único pariente colateral vivo del causante, repudiando la herencia dicho sobrino, se producirá la apertura de la sucesión intestada, el cónyuge no podrá heredar y tendrá lugar la delación a favor del Estado. Asimismo, es claramente posible excluir al cónyuge de la sucesión intestada sin que concurra justa causa de desheredación, como mantuvo LACRUZ³⁴, aunque el testador no nombre heredera a ninguna otra persona.

Si no hay justa causa de desheredación ni es indigno, el cónyuge tendrá derecho al usufructo por legítima pero no necesariamente a la sucesión intestada. Al no ser legitimario, el causante tiene fácil excluirle otorgando testamento en el que se nombre a cualquier otra persona, lo que no podrá hacer es privarle del usufructo por legítima si no hay justa causa de desheredación (un tercio si concurre con descendientes, *ex* artículo 834 Cc., la mitad si con ascendientes, artículo 837 Cc., y dos tercios si con otros parientes, extraños o el Estado o cualquier institución, artículo 838 Cc.).

El artículo 855 Cc. regula causas específicas de desheredación del cónyuge viudo, en relación al cual caben algunas reflexiones.

En primer lugar, es razonable entender que todas las causas de indignidad para suceder son también de justa desheredación, incluidas las de los números 1.º y 7.º aunque no remita expresamente a tales números el artículo 855 Cc. después de las reformas por Ley 15/2015 (LJV) y Ley 41/2003, respectivamente.

El cónyuge que no haya prestado las debidas atenciones al descendiente discapacitado común con el fallecido puede ser desheredado por dicha causa (no solo en relación a la herencia del discapacitado y aunque la Exposición de motivos de la Ley 41/2003 solo aludiera a la sucesión intestada) puesto que se subsume en la causa 3.ª del artículo 855 Cc. No hace falta sentencia firme para la desheredación. Debe entenderse incluido en «haber negado alimentos» no haberlos prestado estando obligado a ello, y sea total o parcialmente. No es necesario para que se dé la causa de desheredación que exista sentencia firme que condene a abonarlos. No habrá justa causa de desheredación si se acredita que la negativa a prestarlos tuvo motivo legítimo³⁵.

³⁴ LACRUZ/SANCHO, *Elementos...*, V, 1988, página 583.

³⁵ BUSTO LAGO, 2013, p. 1186.

Y en cuanto a la causa 1.^a, condena en sentencia firme por atentado, lesiones y ejercer habitualmente violencia en el ámbito familiar (física o psíquica, tanto da) también constituyen justas causas de desheredación por estar subsumidas tales conductas en las causas 4.^a (atentado contra la vida, que no requiere sentencia firme³⁶) y en la causa 1.^a, *haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales*. No hay más grave incumplimiento de los deberes conyugales (arts. 67 y 68 Cc.) que el que se evidencia por haber causado lesiones o haber infligido habitualmente violencia en el ámbito familiar, y ni siquiera es precisa sentencia firme para que tales conductas (demostradas por cualquier medio) constituyan justas causas de desheredación³⁷, a diferencia de la indignidad que exige sentencia firme (art. 756 Cc.).

II. OBSERVACIÓN DE TENDENCIAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA: DATOS Y REFLEXIONES PARA PROPONER LA ANTEPOSICIÓN DEL CÓNYUGE EN EL ORDEN DE SUCESIÓN ABINTESTATO

Las dos acciones de política legislativa coetáneas que más claramente se encuentran en los derechos extranjeros para la regulación de la sucesión intestada han sido la mejora en la posición jerárquica del orden de suceder abintestato, normalmente mediante anteposición del viudo respecto de los ascendientes, incluso concurriendo con descendientes en el primer orden para recibir una porción en plena propiedad, y la equiparación de las parejas o convivientes extramatrimoniales o de hecho. Dejaremos el estudio de esta última opción de política legislativa para el capítulo séptimo y nos centraremos a continuación en aportar datos que refrendan la racionalidad y oportunidad de proponer la anteposición del cónyuge a los ascendientes en la sucesión intestada.

Desde la promulgación del Cc., las acciones legislativas más relevantes en materia de sucesión intestada han sido la limitación en el grado de llamamiento a los parientes colaterales del sexto al cuarto grado (Ley 24 de abril de 1958) y la mejora de la posición en el orden abintestato del cónyuge viudo que se llevó a cabo por Ley 11/1981. Aparte de estos antecedentes, que mues-

³⁶ BUSTO LAGO, 2013, p. 1186.

³⁷ El incumplimiento de los deberes conyugales no solo es causa de desheredación aunque no lo sea de indignidad para suceder, sino que «cobra un singular relieve por ser una de las pocas consecuencias jurídicas que se derivan del matrimonio. Por consiguiente, estos deberes hay que entenderlos en sentido amplio, de manera que abarcan tanto los previstos en los artículos 67 y 68 Cc. como los que se desprendan del régimen económico de gananciales o del establecido por los cónyuges, en especial los deberes impuestos por los artículos 1918 y 1319 Cc.»: VATTIER FUENZALIDA, 2010, p. 968.

tran una clara evolución del derecho hacia la consideración preferente de la familia nuclear en lugar de la extensa, parece oportuno traer a colación algunos datos de las legislaciones civiles forales y especiales que han reformulado sus derechos al amparo del artículo 149.1.8.^a CE y de sus correspondientes EEA (que configuran el denominado bloque de constitucionalidad) así como de algunos derechos extranjeros, tanto europeos como latinoamericanos. Todos muestran la misma tendencia, y atienden preferentemente a mejorar los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Así mismo, es oportuno mostrar normas que evidencian tendencias legislativas coetáneas que, extramuros del Cc., reconocen derechos *mortis causa* a perjudicados por el fallecimiento de parientes y allegados. También resulta ilustrativo el análisis de jurisprudencia que resuelve conflictos entre cónyuge viudo y ascendientes del finado cuando se plantean con ocasión de la toma de decisiones sobre cuestiones personales y personalísimas, incluido el derecho a decidir sobre el destino del cadáver. En todos los ámbitos que se analizarán, poder legislativo y judicial, conceden relevancia superior a la opinión, decisión e intereses del cónyuge viudo frente a la de los ascendientes, aunque el orden de llamamiento *ab intestato* del Cc. no refleje esta tendencia.

Es también interesante exponer las opiniones de la doctrina que desde hace años reclama la referida anteposición del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

1. **Paulatina anteposición del viudo en la sucesión intestada respecto a otros llamados. Antecedentes y evolución**

Llamar al cónyuge viudo a heredar ha sido una decisión legislativa relativamente tardía. En el Fuero Juzgo, el cónyuge del causante era llamado a suceder abintestato después de los parientes colaterales de séptimo grado³⁸. En Las Partidas heredaba después de los colaterales de décimo grado³⁹, si bien, la viuda pobre tenía el derecho a la cuarta marital en concurrencia con los llamamientos preferentes⁴⁰. La Nueva y Novísima Recopilación no modificaron la posición del viudo.

El artículo 2.º de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 16 de mayo de 1835 (Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1835, número 142), cono-

³⁸ Leyes 11.^a y 15.^a, título 2.º, libro IV.

³⁹ Ley 6.^a, título 12, Partida VI.

⁴⁰ Ley 7.^a, título 13, Partida VI.

cida vulgarmente como «Ley de Mostrencos», mejoró notablemente la posición del viudo llamándolo después de los descendientes, de los hijos naturales legalmente reconocidos y de sus descendientes e inmediatamente a continuación de los parientes colaterales del cuarto grado, con preferencia a los colaterales del quinto al décimo grado. Contestada la demanda de divorcio, el cónyuge no podía heredar, aunque no hubiese todavía sentencia, y se fijaba una especie de reserva y reversión legal de los bienes raíces de abolengo a favor de los parientes colaterales del causante para después del fallecimiento del viudo que los hubiese adquirido por sucesión intestada.

La base 18 de la *Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma* ordenó mejorar la posición en el llamamiento abintestato del cónyuge y que fuese llamado inmediatamente a continuación de los hermanos e hijos de hermanos. Así se hizo en los entonces artículos 946, 952 y 953 Cc. 1889 (en la Sección cuarta, *De la sucesión de los colaterales y de los cónyuges*) que llamaban al viudo después de los hermanos e hijos de hermanos y con preferencia a los demás colaterales. En ese momento se llamaba a los colaterales hasta el sexto grado de parentesco con el causante y, después, al Estado. Si el cónyuge concurría con hermanos e hijos de hermanos (colaterales privilegiados) tenía derecho por legítima a la mitad de la herencia en usufructo, como preveían los artículos 837 y 953 Cc.

La *Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil* (BOE de 25 de abril) aumentó la porción de legítima en usufructo del cónyuge en concurrencia con parientes colaterales privilegiados, pasando de la mitad a dos tercios de la herencia (nuevos artículos 953 y 838 Cc.) pero mantuvo la misma posición en el orden de llamamientos abintestato.

Desde la promulgación del Cc. en 1889 se dudó sobre si el cónyuge tenía derecho al usufructo por legítima cuando concurría con descendientes o ascendientes, puesto que el texto del artículo 953 solo parecía preverlo cuando concurría con hermanos e hijos de hermanos del causante. En la reforma del Cc. por Ley 24 de abril de 1958 la cuestión quedó zanjada en sentido afirmativo pues desde entonces el artículo 953 afirmaba en su tenor literal expresamente que la legítima *en todo caso* correspondía al viudo en la sucesión intestada.

La reforma por Ley 11/1981 suprimió el artículo 953 Cc. pues al mejorar la posición del cónyuge en detrimento de los colaterales privilegiados (hermanos e hijos de hermanos) no tenía sentido mantener la legítima en concurrencia con ellos. Desde entonces, el viudo tiene usufructo por legítima en la sucesión intestada en concurrencia con descendientes y ascendientes, únicos parientes

con preferencia en el llamamiento abintestato. Y tiene derecho al usufructo por legítima de dos tercios si concurre con parientes colaterales, con el Estado o con extraños (es indiferente), lo mismo que en la sucesión testada (art. 838). Es un derecho forzoso como legitimario.

La modificación más relevante en el llamamiento al cónyuge viudo se introdujo por la citada Ley 11/1981, de 13 de mayo, aunque el principal objetivo, según indicaba la exposición de motivos, fue la adaptación constitucional del Cc. El cónyuge pasó a ser llamado a la sucesión intestada inmediatamente a continuación de los ascendientes del causante, con preferencia a todos los colaterales, privilegiados y no privilegiados, que eran llamados solo hasta el cuarto grado de parentesco desde la reforma de 1928 (desde el RD-1 de 13 de enero de 1928, Gaceta de Madrid de 14 de enero de 1928, el llamamiento a los parientes colaterales pasó del sexto al cuarto grado). Se introdujeron asimismo modificaciones técnicas de carácter formal derivadas de los cambios y supresión de artículos concomitantes (por la supresión del llamamiento a hijos naturales del causante y sus descendientes, hasta entonces previsto en los artículos 939 a 945 Cc.). A partir de la entrada en vigor de la reforma por Ley 11/1981, los cuatro preceptos que llaman al cónyuge a la sucesión (además del artículo 913 Cc.) son el 943, 944, 945 y 954, todos dentro de la Sección Tercera, *De la sucesión del cónyuge y de los colaterales*.

El artículo 943 Cc. concuerda con el derogado artículo 946 al prever que el cónyuge y los parientes colaterales son llamados a falta de las personas llamadas en las dos secciones anteriores del capítulo y remite a los artículos siguientes para conocer las reglas concretas. Con acierto alude a cónyuge en singular, a diferencia del derogado artículo 946 Cc. y del titulillo de la antigua Sección Cuarta que utilizaban el plural como si más de un cónyuge pudiese ser llamado a la sucesión intestada del causante.

No hubo más reformas hasta la del artículo segundo de la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* que reformó el artículo 945 Cc. en el siguiente sentido: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho». Desde entonces coinciden los supuestos de exclusión de la herencia abintestato del cónyuge con los de exclusión del usufructo por legítima pues también se modificó el artículo 834 Cc. Esta decisión contribuyó a la seguridad jurídica, si bien, sigue sin estar claro qué sea la separación de hecho y resultan paradojas al comparar las consecuencias de dicha situación fáctica con otras en el

conjunto del sistema (así sucede, por ejemplo, si se compara con el artículo 1393.3.º que exige un año de separación de hecho por mutuo acuerdo o por abandono del hogar para la disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial).

Asimismo, la Ley 15/2005 suprimió el segundo párrafo del artículo 837 Cc. que reconocía mayor cuota de usufructo para el cónyuge que concurriese exclusivamente a la sucesión con hijos adulterinos del causante concebidos durante el matrimonio, como se refirió en el capítulo correspondiente a la sucesión de los descendientes.

Nuevamente se han modificados los artículos 834 y 945 Cc. por la Ley 15/2005, *de la Jurisdicción Voluntaria*. Conforme al nuevo artículo 945 Cc.: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere *separado legalmente* o de hecho» (subrayo el texto). En coherencia, el artículo 834 Cc. también se ha reformado: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste *legalmente* o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

El legislador ha sustituido la terminología «separación legal» por «judicial», dado que conforme a los nuevos artículos 82 y 87 Cc., tras la reforma por Ley 15/2015 (LJV) los notarios son competentes para tramitar ciertas separaciones matrimoniales.

2. Los derechos civiles forales y especiales: estado de la cuestión

2.1 EL CÓNUGE HEREDA ABINTESTATO CON PREFERENCIA A LOS ASCENDIENTES EXCLUSIVAMENTE EN LOS DERECHOS CATALÁN Y VASCO

Una primera constatación, al observar la acción legislativa de los poderes legislativos autonómicos, es que, por el momento, solo en Cataluña y en País Vasco el cónyuge es llamado en la sucesión intestada con preferencia a todos los ascendientes e inmediatamente a continuación de los descendientes.

En Cataluña, constituye una decisión respetuosa con su propia tradición histórica, como ya se indicó en la introducción y en el capítulo sexto, que estuvo vigente tanto en la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada (art. 13), como en La Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña; un orden preferente de

llamamiento siempre aplaudido por la doctrina⁴¹. Merece subrayarse también que, pudiendo haberse modificado tal orden abintestato, no fue alterado en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, ni en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, que introdujo algunas modificaciones en el derecho sucesorio, ni tampoco en el Decreto-ley 8/2012, ni en la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código civil de Cataluña. Conforme al artículo 442-3.2 CCC el cónyuge hereda en defecto de descendientes y, si concurre con éstos, tiene derecho a elegir el usufructo universal de la herencia, libre de fianza, o ejercer la opción de conmutación del artículo 442-5 CCC. Asimismo, el cónyuge superviviente tiene derecho, si carece de *suficientes medios económicos para su congrua sustentación, considerando el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relicto*, a la cuarta viudal, una cuarta parte del caudal en plena propiedad si concurre con descendientes y que no le atribuye la cualidad de heredero (art. 452-1 CCC).

Y por lo que respecta al País Vasco, la *Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco* ha antepuesto por primera vez al cónyuge viudo respecto de todos los ascendientes en la sucesión legal, denominación que ahora se utiliza junto a sucesión intestada, según los artículos 110 y ss., incluida la sucesión troncal⁴².

En el resto de derechos civiles territoriales, el cónyuge sigue ostentando la misma posición en el orden abintestato, es decir, es llamado después de todos los descendientes y después de todos los ascendientes, salvo en derecho Navarro, donde el cónyuge hereda en la sucesión no troncal, a falta de descendientes, hermanos y ascendientes⁴³.

Los derechos balear y gallego remiten al sistema de sucesión intestada del Cc. (el primero salvo para la cláusula de cierre llamando a la CA en lugar de al Estado)⁴⁴.

Y por lo que respecta al derecho aragonés, el CDFA de 2011, lo mismo que la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte, mantiene la misma posición del viudo en la sucesión no troncal (después de descendientes y ascendientes) a pesar de que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/1999 se propuso por el grupo parlamentario de Chunta Aragonesista su anteposición

⁴¹ CASANOVAS Y MUSSONS, *RJC*, 1990, p. 303; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. 2, pp. 1154-1159.

⁴² Artículos 68.b y 69 de la vigente Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

⁴³ La Ley 304 navarra llama a la sucesión no troncal en el punto 4 a los ascendientes después de los descendientes y los hermanos y descendientes de hermanos del causante, pero con preferencia al cónyuge que es llamado en el punto 5.

⁴⁴ Artículos 53 y 84 del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares y artículo 152 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

a todos los ascendientes. La propuesta fue rechazada por todos los demás grupos y no prosperó. En la sucesión troncal, el cónyuge viudo es postergado por todos los herederos troncales (incluso hasta el sexto grado si hubo bienes de abolorio), pero los parientes troncales no son legitimarios ni existe a su favor derecho de reserva legal alguno. El causante puede libremente decidir dejar todos los bienes troncales a su cónyuge por testamento.

Bien es cierto que tanto en derecho navarro como en derecho aragonés, el cónyuge disfruta de una situación claramente privilegiada y relevante (notoriamente más que en el Cc.) pues en Aragón disfruta del derecho de viudedad en sus dos fases, derecho expectante (vivos ambos cónyuges) y usufructo vidual universal al fallecer el primero de ambos, y en Navarra, del usufructo de fidelidad. A ello hay que unir el amplio margen de libertad que ambos derechos reconocen a todo causante, con un elevado grado de libertad de testar (muy superior al del Cc.) y la posibilidad de otorgar pactos sucesorios, testamentos mancomunados y fiducias sucesorias, mayor todavía en el caso aragonés cuya ley escrita no impone reservas hereditarias al bínubo a diferencia del derecho Navarro.

2.2 LA TRADICIONAL RELEVANCIA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNUGE ARAGONÉS

La Lsuc. 1999 no modificó sustancialmente la posición del cónyuge en la sucesión legal (como la denomina) y el mismo sistema rige en el CDFa 2011. Ya se ha explicado que no prosperó la propuesta de anteposición planteada durante la tramitación de la Ley en las Cortes de Aragón por el grupo mixto integrado por los diputados de Chunta Aragonesista (enmienda número 341 al Proyecto de Ley rechazada en el trámite de Ponencia; tuvo dos votos a favor, sesenta en contra y cuatro abstenciones⁴⁵).

Conforme al artículo 531 CDFa (trasunto del artículo 216.1 de la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte), el cónyuge es llamado a la sucesión legal en defecto de descendientes y ascendientes en la sucesión no troncal; lo mismo que sucedía en Derecho aragonés desde la reforma del Cc.

⁴⁵ Enmiendas número 327 y 341 en BOCA número 222/1998, páginas 9579 y 9582. Votaron en contra los Grupos Popular, Socialista y del Partido Aragonés; a favor, el Grupo enmendante; el Grupo de Izquierda Unida de Aragón se abstuvo. El Grupo Mixto se reservó la enmienda para su defensa en Comisión [BOCA número 240/1999, páginas 10614 y 10644]. Fue rechazada en el Pleno de las Cortes de Aragón celebrado los días 11 y 12 de febrero de 1999. Otros datos, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., 2000 b), pp. 223-229.

de 1981, por la remisión dinámica de la Compilación al Cc. No obstante, y como también se ha apuntado, el cónyuge disfruta del derecho expectante de viudedad y del usufructo viudal universal, incluso aunque concurra con descendientes no comunes del premuerto, limitación que puede imponerse voluntariamente pero que no se prevé ya en norma escrita, a diferencia del derogado artículo 73 de la Compilación que imponía esta limitación expresamente; la disposición transitoria undécima CDFa salva las situaciones nacidas bajo el derecho que fue derogado en 1999. Ambas instituciones (derecho expectante y usufructo viudal) se consideran en Aragón de naturaleza familiar y no sucesoria, pues nacen con la celebración del matrimonio y tienen importantes efectos en vida de ambos cónyuges (cuando ni siquiera se conoce cual de ambos ha de fallecer primero, ni si habrá disolución por divorcio). El derecho de viudedad (expectante y usufructo) fueron reformulados por la Ley 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad (hoy, en los artículos 271 a 301 CDFa). El usufructo viudal universal constituye una clara medida de protección del cónyuge. Como ya se vio en el capítulo sexto, se ha incluido como opción en el Código civil francés para el cónyuge viudo siempre que concurra con descendientes comunes y puede decidirse voluntariamente tal como está expresamente previsto en el derecho gallego desde 2006.

Hay otras decisiones del legislador aragonés tendentes a la protección de la posición del viudo al fallecimiento del consorte. En el Preámbulo de la Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte, la minoración de la legítima material colectiva a la mitad del caudal relicto (en lugar de los dos tercios del derogado artículo 119 de la Compilación) se establece, entre otras razones, para que el cónyuge pueda ser más favorecido en la sucesión voluntaria de todo causante de vecindad civil aragonesa⁴⁶. Asimismo, se limitó el llamamiento a la sucesión troncal al sexto grado de parentesco en bienes de abolorio (art. 526 CDFa), que antes podían heredar los colaterales troncales ilimitadamente (art. 133 Compilación posterior a la reforma de 1985), con lo que se aumentan las posibilidades de llamamiento al cónyuge sobre dichos bienes (en bienes troncales y troncales de abolorio, el cónyuge hereda en defecto de parientes troncales: artículos 517.2.b) y 526 a 528 CDFa).

El artículo 34 Lrem. 2003 (hoy, artículo 216 CDFa) introdujo otra medida para restringir la troncalidad y favorecer al cónyuge en el régimen económico matrimonial legal consorcial, al disponer que si cualquier bien procedente de la familia de uno de los cónyuges ingresa en el patrimonio común, se considera que el mismo ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro

⁴⁶ Párrafo tercero, apartado VIII del Preámbulo y artículo 171.1 Lsuc.

bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar. La disposición evita hacia futuro la preferencia de parientes troncales respecto del cónyuge en bienes recibidos de la familia o de origen familiar que ingresaron en el patrimonio común.

Asimismo, la DT 4.^a Lrem. 2/2003 (*idem* CDFA 2011) suprimió la limitación del usufructo viudal prevista en el derogado artículo 73 de la Compilación para el caso de concurrencia del viudo con descendientes del causante no comunes, aunque mantiene intactas las situaciones ya nacidas a la entrada en vigor de la Ley 2/2003.

El cónyuge viudo disfruta asimismo de clara preeminencia en la fiducia pues, a diferencia de cualquier otro designado fiduciario y si es el único designado por el causante (=comitente), se entiende que su nombramiento se ha hecho de por vida y puede, en consecuencia, ejecutar la fiducia incluso en su propia disposición *mortis causa* (art. 444 CDFA).

Son libres asimismo los cónyuges de otorgar institución recíproca de herederos con efectos diferentes si es en pacto sucesorio (arts. 395 y 396 CDFA) o en testamento mancomunado (arts. 419 y ss. CDFA).

Además de todo lo dicho, y a diferencia del Cc., el cónyuge aragonés no pierde por la mera separación de hecho ni su derecho de viudedad (en ninguna de sus dos fases: conclusión deducible de los artículos 276 y 301 CDFA) ni tampoco el derecho a suceder abintestato (art. 531.1 CDFA).

3. **Tendencia en los derechos extranjeros de nuestro entorno. Especial referencia al Derecho Francés**

3.1 EL CÓNUGE, HEREDERO DE PRIMER ORDEN JUNTO CON ÓRDENES DE PARIENTES PREFERENTES

La tendencia a mejorar la posición del cónyuge viudo en el llamamiento a la sucesión intestada es la tónica general consolidada en los ordenamientos de nuestro entorno desde hace ya bastantes años demostrando que, en las sociedades actuales, prima el protagonismo de la familia nuclear frente a la extensa. La atención a los intereses del viudo ha sido superior a la de otros parientes y allegados.

En la mayoría de derechos extranjeros, el cónyuge es llamado como heredero de primer orden junto con los descendientes para recibir menor porción que ellos aunque, por lo general, en plena propiedad. Así sucede en ordena-

mientos europeos como el alemán⁴⁷, austríaco⁴⁸, portugués⁴⁹, italiano⁵⁰, suizo⁵¹ o islandés⁵².

Lo mismo sucede en buena parte de los ordenamientos latinoamericanos, como por ejemplo en los estados mexicanos, Perú⁵³, Cuba⁵⁴, Argentina y Chile. El artículo 185 del Borrador del Libro VI, Derecho de Sucesiones, del Código civil de Puerto Rico revisado de 2005 proponía llamar a la sucesión intestada al cónyuge superviviente en primer lugar, junto con los descendientes del causante (<http://www.codigocivilpr.net>). Incluso algún derecho, como el Código de Herencias sueco⁵⁵ ha ido más allá y en su artículo 1 del capítulo 3 establece el derecho preferente del cónyuge del causante respecto de todos los parientes, incluidos los hijos, que son herederos forzosos pero no tienen derecho a la herencia hasta que fallece el cónyuge superviviente.

3.2 LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN EL SIGLO XXI FAVORECIENDO AL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN

Merecen atención especial las reformas operadas durante el siglo XXI en el *Code civil* que han mejorado sustancialmente los derechos del cónyuge viu-

⁴⁷ El BGB llama en primer lugar al cónyuge viudo sobre una cuarta parte de la herencia en plena propiedad si concurre con descendientes, que siguen considerándose parientes «de primer orden». § 1924 y § 1931 BGB.

⁴⁸ *Vid.* § 757 del ABGB.

⁴⁹ En el Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966 (en vigor desde 1 de junio de 1967) se establece la participación de la cuarta parte para el cónyuge, como en derecho alemán, en el artículo 2139.1, precepto redactado conforme al Decreto-Ley n.º 496/1977. Es una técnica adecuada por recoger en el mismo precepto el llamamiento al cónyuge viudo y a los descendientes: artículo 2133.1.a).

⁵⁰ En el Código civil italiano, tras la reforma de 19 de mayo de 1975 del Derecho de familia, el cónyuge es llamado junto a los descendientes en primer lugar, conforme a los artículos 565 y ss. y concordantes (ver 581). Si sucede con un solo descendiente legítimo o natural, reduce la porción de este en la mitad del caudal y si concurre con dos o más –legítimos o naturales o legítimos y naturales– la reduce en un tercio.

⁵¹ Hasta el 1 de enero de 1988 (fecha de la entrada en vigor de la ley de 5 de octubre de 1984 sobre efectos generales del matrimonio, régimen matrimonial y sucesiones), el Código Civil suizo establecía un derecho de opción a favor del cónyuge viudo en la sucesión intestada en concurso con descendientes del causante: o bien obtenía la mitad de la herencia en usufructo o la cuarta parte en plena propiedad. Desde entonces, el artículo 462 impone el llamamiento a la sucesión intestada al cónyuge sobre la mitad de la herencia en concurso con descendientes (ver también artículo 457).

⁵² La ley sobre sucesión 1962 n.º 8-14 de marzo, modificada por Ley 48/1989, establece el derecho del cónyuge a percibir un tercio de la herencia cuando concurre con descendientes del causante (art. 2).

⁵³ Artículos 822 y siguientes del Código civil. El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo (art. 822). En ciertos supuestos (conforme al artículo 823, el cónyuge puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia. Si concurre con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos (824).

⁵⁴ Conforme al artículo 517 del Código civil cubano, el cónyuge sobreviviente que concurre a la herencia intestada con descendientes o padres del causante, tiene derecho a una porción igual a la de los herederos con quienes concurra.

⁵⁵ Promulgado el 12 de diciembre de 1958, con modificaciones de 31 de diciembre de 1987.

do. Hasta la reforma introducida por la Ley de 3 de diciembre de 2001 (vigente desde 2002), el cónyuge era llamado a la sucesión intestada después de todos los ascendientes y de los parientes colaterales privilegiados (hermanos del causante y sus descendientes) y solo recibía una parte de la herencia en plena propiedad si concurría con hijos adulterinos del causante concebidos durante su matrimonio⁵⁶.

Desde hacía años, los juristas franceses habían abogado por mejorar la posición del cónyuge en el llamamiento abintestato, como muestran las conclusiones aprobadas en el 95.º *Congrès des Notaires de France*, celebrado en Marsella del 9 al 12 de mayo de 1999. La cuarta comisión del Congreso propuso que el cónyuge sobreviviente primase en el orden sucesorio sobre los colaterales privilegiados y sobre los ascendientes ordinarios (más alejados que el padre y la madre del fallecido)⁵⁷.

Esta decisión se adoptó en la Ley de 3 de diciembre de 2001 y, conforme a los artículos 756 y ss. y cc. del *Code Civil*, el cónyuge viudo que concurre a la sucesión con hijos o descendientes comunes con el difunto tiene un derecho de opción para recibir un cuarto de la herencia en plena propiedad o bien el usufructo de la totalidad del caudal relicto; si concurre con algún hijo o descendiente no común con el difunto, tiene derecho a la propiedad de un cuarto de la herencia (y no puede elegir el usufructo universal).

Si el cónyuge viudo concurre con los padres del causante, tiene derecho a la propiedad de la mitad de la herencia. Si premuere al causante el padre o la madre (solamente uno de ellos), el cónyuge del causante recibe su cuarta parte correspondiente como si de un acrecimiento se tratase. Si han premuerto el padre y la madre, el cónyuge viudo hereda la totalidad de la herencia abintestato.

Desde la reforma por Ley 3 de diciembre de 2001, ya no hay distinciones cuando concurre un hijo adulterino del fallecido, al haberse equiparado completamente los distintos tipos de filiación en Francia después de la STEDH 1 de febrero de 2000 (*Mazurek* contra Francia)⁵⁸.

En definitiva, el cónyuge es llamado como heredero de tercer orden en ausencia de hijos y descendientes del difunto y del padre y madre. Hereda, pues, con preferencia al resto de ascendientes. Y concurre con todos los an-

⁵⁶ *Loi n.º 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.*

⁵⁷ Actas publicadas en: *Notaires de France. Les Propositions. Quatrième commission. Demain la famille, les transmissions successorales.* 95 Congrès, Marseille 9-12 mai 1999.

⁵⁸ BELLIVIER y ROCHFELD, *RTDC*, 2002, pp. 156-165; PEREÑA VICENTE, *RCDI*, 2003, pp. 1855-1878.

teriores órdenes preferentes a una porción en la sucesión intestada en plena propiedad⁵⁹.

La reforma del *Code civil* por Ley de 23 de junio de 2006 introdujo otras modificaciones en los derechos sucesorios del viudo por vía indirecta, aun sin alterar las posiciones en el llamamiento a la sucesión intestada. En concreto, al suprimirse la legítima de los ascendientes de grado más alejado que el padre y madre del causante (=réserve) se ampliaron indirectamente los derechos del viudo⁶⁰.

Debe también destacarse, como ya se indicó en el capítulo quinto, que para paliar la anteposición del cónyuge en la intestada y la supresión de la legítima de los ascendientes se reintrodujo en la Ley de 3 de diciembre de 2001 el *droit de retour* legal de donaciones a favor de colaterales (que habían resultado postergados desde entonces por el viudo en la sucesión intestada) y, nuevamente, la Ley de 23 de junio de 2006 introdujo en el *Code Civil*, el *droit de retour* de donaciones a favor de ascendientes y con derecho de representación a favor de su correspondiente estirpe, una medida prevista con la finalidad de paliar los efectos de la supresión de la legítima de los ascendientes de grado ulterior.

La reintroducción de estos dos derechos de reversión de donaciones, análogos a los que había previsto el Código de Napoleón de 1804 y que fueron suprimidos en la reforma del *Code* de 1972 (*Loi n.º 72 du 3 janvier 1972 sur la filiation*), está siendo muy criticada por la doctrina francesa tanto por razones dogmáticas como por los problemas que se dan en la práctica cuando concurren a la sucesión del causante fallecido sin posteridad, el cónyuge viudo y los ascendientes titulares del derecho de reversión o sus correspondientes descendientes (pues gozan de derecho de representación y hay que tener en cuenta que desde la reforma por Ley de 23 de junio de 2006, el derecho de representación se aplica también en caso de repudiación del llamado).

Dos son las situaciones más conflictivas que se denuncian tanto por la doctrina en Francia como por los prácticos del derecho, especialmente, los notarios. Por un lado, los supuestos en que el inmueble que constituyó el domicilio conyugal es objeto de reversión⁶¹ (sea favor de ascendientes o de her-

⁵⁹ La solución adoptada en Francia tiene similitud con la del Cc. cubano donde el cónyuge es llamado en defecto de padre y madre del causante y con preferencia a los abuelos y demás ascendientes y recibe también, si concurre con los descendientes o con los padres del causante, una porción igual a la de ellos en plena propiedad.

⁶⁰ *Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*.

⁶¹ PARIS, 2012, pp. 180 y ss. y 308 y ss. El autor distingue entre los dos derechos de alojamiento a favor del cónyuge previstos en el artículos 763 y 764 del *Code*. El derecho al disfrute durante un año del domicilio conyugal y el mobiliario es un derecho de orden público, imperativo, un derecho temporal que nace automáticamente a consecuencia de la celebración del matrimonio. Este no corre riesgo alguno y es preferente aunque proceda el ejercicio del derecho de reversión sobre el inmueble. Sin embargo, el derecho de alojamiento vitalicio que puede pedir el cónyuge sí tiene naturaleza sucesoria y puede

manos). Y por otro, los casos en que todo el patrimonio (o una gran parte del mismo) era de origen familiar y/o había sido donado por ascendientes⁶². Al recobrar automáticamente los ascendientes (o los hermanos, en su caso) dichos bienes y sin previsión en tales supuestos de usufructo ni derecho alternativo alguno, el cónyuge queda en franca desprotección, lo que ha llevado a proponer la supresión de ambos derechos de recobro o reversión legal⁶³. Es destacable que en Francia se llega a dudar de la posibilidad de repudiar estos derechos por parte de sus titulares, por entender que ello puede suponer una contravención del orden público interno.

3.3 PANORAMA DE LA SUCESIÓN ABINTESTATO DEL CÓNUGE VIUDO EN DERECHO COMPARADO

3.3.1 *Derechos europeos*

Además de ser llamado conjuntamente con los descendientes en bastantes derechos extranjeros, el cónyuge ocupa el siguiente puesto en la sucesión abintestato. En Alemania, fiel al sistema de llamamiento a las parentelas, hereda toda la herencia si no hay parientes del primer orden (descendientes del causante) ni del segundo (padres y sus descendientes, es decir, padres y hermanos del causante) ni abuelos (§ 1931).

En Suiza (art. 462 del Code civil) recibe la mitad de la herencia en propiedad si concurre con la primera parentela del causante (esto es, con sus descendientes) y si concurre con la segunda parentela (padres del causante, hermanos de éste, hijos de hermanos del causante, etcétera), tres cuartas partes de la herencia. En ausencia de parientes de la tercera parentela, es llamado a la totalidad y en plena propiedad como único heredero (arts. 460, 462 y 466).

entrar en conflicto con los derechos de reversión legal de donaciones de los artículos 757-3 y 738-2 *Code*. La doctrina considera que debe primar el derecho del viudo pero es una razón para pedir la derogación de los derechos de reversión. Por su parte, GUÉVEL (2014, pp. 111-112) subraya que el artículo 738-2 (procedente de la reforma de 2006) no se puede aplicar salvo en defecto de descendientes y cónyuge puesto que pertenece a una sección titulada «Des droits des parents en l'absence de conjoint successible», pero la lectura de otras obras como la inicialmente citada, lleva a la conclusión de que la cuestión no está clara.

⁶² Consideraciones y ejemplos de liquidación de la sucesión cuando concurren cónyuge y titulares de derecho de reversión de donaciones (ascendientes o colaterales), en *106.º Congrès des Notaires de France*, Bordeaux 30 mai-2 juin 2010, pp. 1095 y ss. Está muy fácilmente accesible en Internet.

⁶³ PARIS, 2012, pp. 251 y ss. Hace otras críticas derivadas de la introducción de sucesiones anómalas que provocan la falta de unidad de la sucesión. *Vid. tb. 106.º Congrès des Notaires de France*, 2010, pp. 1023 y ss. y 1070 y ss. donde se señalan otros problemas como los de liquidación de frutos, gastos y mejoras.

En Islandia, en defecto de hijos y sus descendientes, el viudo es llamado a la totalidad de la herencia con preferencia a los padres y sus descendientes (segunda parentela del causante) conforme a los artículos 1 y 3 de la Ley sobre la sucesión 1962 (no. 8-14 marzo, con modificaciones por Ley 48/1989).

En Italia, recibe toda la herencia en defecto de hijos legítimos o naturales, de ascendientes y de hermanos o hermanas (art. 583 del *Codice*). Si concurre con hijos legítimos o naturales o ambos, tiene derecho a la mitad de la herencia si a la sucesión concurre un solo hijo y a un tercio de la misma en otros casos (art. 581). Si concurre con ascendientes legítimos o con hermanos y hermanas, aunque sean de vínculo sencillo, recibe un tercio de la herencia (582).

En Portugal, si concurre con hijos reparte con ellos la herencia por cabezas y su cuota no puede ser inferior, en cualquier caso, a una cuarta parte de la herencia (art. 2139 del Código civil). Si concurre con ascendientes, tiene derecho a dos terceras partes de la herencia (2142) y a falta de descendientes y ascendientes hereda todo (art. 2144).

Ya se explicó el modelo sucesorio francés, en que es llamado como heredero de tercer orden en ausencia de hijos y descendientes del difunto y de su padre y madre, así que hereda con preferencia al resto de ascendientes del causante (arts. 756 y ss. del *Code*).

En Inglaterra, el cónyuge viudo es el primer llamado a obtener el cargo de representante personal del causante, con preferencia a los descendientes, ascendientes y colaterales. Fijado el remanente de la herencia, tiene derecho preferente incluso respecto de los descendientes a los siguientes conceptos: a) pleno dominio de las pertenencias y objetos de uso personal del fallecido; b) un legado legal pecuniario, libre de gastos e impuesto de sucesiones; c) el usufructo vitalicio de la mitad de los restantes bienes de la herencia y d) el derecho de adquisición preferente de la vivienda familiar siempre que ésta forme parte de la herencia⁶⁴.

3.3.2 *Derechos latinoamericanos*

En Perú el cónyuge es llamado a la totalidad de la herencia en defecto de descendientes y ascendientes (art. 825 Código civil peruano). Si concurre con

⁶⁴ Parte IV de la *Administration of Estates Act* de 1925, modificada por la *Intestates' Estates Act* de 1952, la *Family Provision Act* de 1966, la *Family Law Reform Act* de 1969, la *Administration of Justice Act* de 1977, la *Family Law Reform Act* de 1987 y la *Law Reform (Succession) Act* de 1995. Vid. JIMÉNEZ CLAR, *RCDI*, 1999, pp. 2377-2410.

descendientes hereda una parte igual a la de un hijo (art. 822), lo mismo que si concurre con ascendientes (art. 824).

En Cuba (art. 518 Código civil cubano) tiene derecho a la totalidad de la herencia en defecto de descendientes y padres del causante, pero con preferencia al resto de ascendientes. Si concurre con descendientes o con padres del causante (los dos órdenes preferentes) le corresponde una porción igual a la de los herederos con los que concurra (art. 517).

En Paraguay, si el cónyuge concurre con descendientes del causante recibe una parte igual a la de cada uno de los hijos del fallecido que concurren con él; si concurre con ambos padres del causante, tiene derecho a un tercio de la herencia y si concurre con uno sólo de los padres, o con otros ascendientes más alejados, a la mitad. En defecto de descendientes y ascendientes, hereda todo (art. 2586 Código civil, modificado por Ley n.º 1.183/85).

En Guatemala el cónyuge sobreviviente cuyo derecho de gananciales sea menor que la cuota hereditaria que le correspondería en ausencia de gananciales, tendrá derecho a que se le complete un monto equivalente a dicha cuota, deduciéndose la diferencia de la masa hereditaria (art. 1078 Código civil). A falta de descendencia, suceden los ascendientes más próximos y el cónyuge, por iguales porciones; en defecto de ascendientes, hereda el cónyuge (1079).

En Uruguay el cónyuge hereda con los ascendientes dividiendo la herencia por mitad con ellos (art. 1026 del Código civil, modificado por la Ley 15.855, de 25 de marzo de 1987) y con preferencia a todos los colaterales. Únicamente concurre con los descendientes (llamados en primer lugar) para recibir la denominada «porción conyugal», es decir, aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación (art. 1025 del Código civil de 1987 y 874, cuya redacción procede de la reforma por Ley n.º 16.603, de 19 de octubre de 1994).

En Chile, concurre con los descendientes y tiene derecho a una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo. En ningún caso, la cuota del cónyuge será menor a una cuarta parte de la herencia o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso; concurre también con los ascendientes y recibe dos tercios de la herencia (arts. 988 y 989 Código civil chileno).

En Brasil, el cónyuge hereda en defecto de descendientes o ascendientes si, al tiempo del fallecimiento, no estaba disuelta la sociedad conyugal. No obstante, si concurre con descendientes tiene derecho al usufructo de una cuarta parte de los bienes del fallecido, y si concurre con ascendientes, a la mitad; ello es así siempre que el régimen de bienes del matrimonio no fuese el de

comunidad universal (art. 1611 del Código civil de Brasil tras la reforma por Ley n.º 6515, de 26 de diciembre de 1977).

En Puerto Rico, hereda en defecto de descendientes, ascendientes y hermanos y descendientes de hermanos, siguiendo el sistema español vigente con anterioridad a la reforma de 1981 (art. 910 del Código civil de Puerto Rico). El año 2005 se redactó un Borrador del Libro VI, *Derecho de Sucesiones*, del Código civil de Puerto Rico revisado, que en su artículo 185 proponía el llamamiento al cónyuge superviviente en primer lugar, junto con los descendientes del causante [<http://www.codigocivilpr.net>]. En el orden general se proponía que siguiera siendo llamado a la totalidad de la herencia en defecto de descendientes y ascendientes (art. 189 del borrador); se antepone así a todos los parientes colaterales del causante. También se preveía que pudiera heredar con los dos órdenes preferentes: el de los descendientes y el de los ascendientes. Tanto con descendientes como con ascendientes, tendría derecho a una parte igual a la que correspondiera a cada legitimario (art. 190 del borrador). Los derechos de legítima se regulaban en el título III del borrador (arts. 77 y ss.); entre ellos, el 81 preveía el derecho a que el cónyuge superviviente pudiera solicitar la atribución preferente de la vivienda familiar y para el supuesto en que su cuota hereditaria junto con la ganancial no alcanzase el valor necesario para tal atribución, podía solicitar el derecho de habitación vitalicio y gratuito; a pesar de denominarlo vitalicio, según el párrafo tercero, se extinguiría este derecho al contraer nuevo matrimonio o si viviere en concubinato [<http://www.codigocivilpr.net>].

En Argentina, tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación en vigor desde 2016, como en el derogado, el cónyuge viudo tiene derecho, si concurre con hijos, a la misma parte que cada uno de ellos en plena propiedad (arts. 2433 y 3570 del que derogará) en cuyo caso «no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido». Y si concurre con ascendientes, le corresponde la mitad de la herencia (art. 2434). El vigente artículo 3571 del Código civil a derogar preveía que el cónyuge heredase la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de gananciales del fallecido. A falta de descendientes y ascendientes, hereda la totalidad, con exclusión de los colaterales (2435 y 3572, aunque este último utiliza la fórmula «los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales» que no se utiliza en el 2435 del nuevo Código civil y Comercial). No tiene derecho a heredar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el

supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial (2436, y con similar regulación el 3573). El divorcio, la separación de hecho «sin voluntad de unirse» y el cese de la convivencia resultante de decisión judicial de cualquier tipo excluyen el derecho hereditario entre cónyuges (2437).

En Ecuador el cónyuge es llamado a la sucesión intestada en defecto de descendientes y concurre con el padre y madre, como el modelo francés vigente (arts. 1023 y ss.). Se distribuye la mitad para el cónyuge y la otra mitad para los ascendientes de grado más próximo. Si no hay padre y madre, hereda todo el cónyuge. Si no hay cónyuge, heredan todo los padres. Pero en concurrencia con descendientes (abintestato o por testamento), tiene derecho «forzoso» a la «porción conyugal» (art. 1195.2) que consiste en una cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión (art. 1201).

3.3.3 *Referencia a otros derechos*

El cónyuge hereda abintestato junto con los descendientes en Quebec⁶⁵. Y lo mismo en países asiáticos como China⁶⁶ y Japón. En Japón el cónyuge viudo concurre con descendientes, ascendientes y hermanos, que son los tres rangos preferentes. Con los descendientes recibe la mitad de la herencia; con los ascendientes, dos tercios y con los hermanos y hermanas del causante, recibe tres cuartas partes. En defecto de todos ellos recibe la totalidad de la herencia: artículos 887 a 890 y 900 del Código civil japonés después de la reforma por Ley 40/1962, de 29 de marzo⁶⁷.

3.3.4 *Recapitulación: el modelo español no tiene parangón entre los derechos extranjeros*

Corolario de lo expuesto es que el Cc. español constituye el único ordenamiento de nuestro entorno europeo que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes (herederos de primer orden en la práctica totalidad de los ordenamientos mencionados) y es también el único que llama a todos los ascendientes (distintos del padre o madre del causante)

⁶⁵ BRIERE, 1988, pp. 150 y ss.

⁶⁶ TIMOTEO, 1994, pp. 67 y ss.

⁶⁷ BARBERÁN Y DOMINGO, 2006.

con preferencia al cónyuge. Carece de parangón en los principales ordenamientos jurídicos europeos⁶⁸.

El Cc. no desatiende completamente al viudo pues en concurrencia con descendientes tiene el usufructo por legítima del tercio de mejora (art. 834 Cc.) y con ascendientes, al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc.); concurriendo con extraños (incluidos parientes colaterales) tiene usufructo de dos tercios del caudal relicto (art. 838 Cc.). Son derechos completamente independientes del régimen económico matrimonial (gananciales, participación o separación de bienes) que haya regido durante el matrimonio.

Es notorio que el Cc. reconoce al viudo derechos bastante exiguos, en comparación con derechos extranjeros y con derechos forales como el navarro y aragonés.

4. **Tendencia en normas españolas que prevén derechos *mortis causa* a favor de perjudicados y herederos**

Si bien el Cc. protege limitadamente al cónyuge viudo en la sucesión abintestato y en la legítima, otras disposiciones del mismo cuerpo legal le conceden claro protagonismo ante la muerte y ante otras situaciones que requieren la protección de su consorte.

Así, por ejemplo, el cónyuge viudo es el primer llamado a ser representante y defensor nato del desaparecido hasta la declaración de ausencia (art. 181. II Cc.); el artículo 143 Cc. llama como primeros obligados entre sí a prestarse alimentos a los cónyuges, por delante de ascendientes y descendientes y también de los hermanos; el cónyuge que conviva con el tutelado es también preferido para ser nombrado tutor (art. 234 Cc.). El artículo 831, después de la reforma por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, permite la atribución al cónyuge viudo de facultades para mejorar a los hijos o descendientes del primeramente fallecido manteniendo, en tal caso, la administración sobre los bienes y pudiendo incluso disponer de los gananciales que no hayan sido liquidados.

Extramuros del Cc., la abundante legislación que concierne a materias diversas y establece derechos directamente derivados del fallecimiento de la persona física opta clarísimamente por preferir al viudo frente a cualquier pariente, inclui-

⁶⁸ VAQUER ALOY, 2011, p. 1357.

dos descendientes comunes o no. Se pueden citar ejemplos tanto anteriores como posteriores a la reforma del Cc. de 1981. El artículo 32 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 reconocía derecho preferente al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho a la transmisión de la concesión administrativa, con preferencia a los descendientes agricultores del titular fallecido. La muerte de un trabajador provoca el abono por la Seguridad Social de pensiones de viudedad. Todo ello en normativa dispersa y en los artículos 171 y ss. del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social. El artículo 16 LAU (como la de 1964) recoge el derecho preferente de subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de vivienda del cónyuge del arrendatario que conviviera con él (y de quien conviviere con él en análoga relación de afectividad) con preferencia a descendientes, ascendientes, hermanos y parientes dentro del tercer grado con cierta minusvalía. El artículo 4 LO 1/1982, de 5 de mayo, para la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen establece la legitimación en primer lugar para accionar a favor de la persona designada a tal efecto por el fallecido en su testamento o, en su defecto y por este orden, del cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Prácticamente toda la legislación (y disposiciones generales del Gobierno) que establece indemnizaciones por causa de muerte presta atención destacada al cónyuge viudo frente a otros parientes y allegados. Si bien su fundamento puede obedecer a criterios diferentes a los de la transmisión *iure successionis* del Cc., atienden inequívocamente a los modelos familiares imperantes para guiar la política legislativa de protección a sobrevivientes ante el fallecimiento de personas físicas.

Son ejemplos paradigmáticos los artículos 21 y 22 RD 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros (BOE número 311, de 28 de diciembre). Según el artículo 21.1 el orden del artículo 22 regirá en todo caso la prelación para el recibo de la indemnización *cualquiera que sea la legislación civil aplicable a la sucesión del causante*. En el artículo 22, el cónyuge supérstite es el primer llamado a recibir la indemnización, incluso en concurrencia con los hijos del fallecido, que si los hay, reparten por mitad la indemnización con el viudo. Aunque se nota claramente que al redactarse el Reglamento se tuvo muy presente el orden de suceder abintestato del Cc. (pues incluso remite expresamente a los artículos 930 a 934 y 946 y ss. Cc.), el cónyuge ocupa el primer puesto en la prelación para la percepción de la indemnización. Constituye otro ilustrativo ejemplo el artículo 15 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, «de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad» y el «Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo» (RD 1211/1997, de 18 de julio).

También, la *Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración e los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación* que habilitaba al Gobierno para modificar las cuantías de las tablas del Anexo (el conocido «Baremo») y al reformular los grupos de perjudicados con derechos *mortis causa* en relación con la regulación anterior del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, ha vuelto a destacar al cónyuge (y a la pareja estable) frente a cualesquiera otros beneficiarios, ostentando la misma posición que los hijos (art. 60).

Son claros indicios de tendencias de política legislativa que sencillamente atienden a criterios sociológicos preeminentes en la actualidad (si bien favoreciendo a perjudicados y no necesariamente herederos) y que cabe aventurar serán la tendencia de eventuales reformas del derecho sucesorio del Cc.

5. La decisión sobre el destino del cadáver compete preferentemente al cónyuge (y pareja de hecho) según las Audiencias Provinciales

Existen desde hace muchos años referencias de interés consolidadas en la jurisprudencia de las AAPP, cuando se ha de dirimir sobre el derecho a decidir el destino del cadáver o de los restos mortales. Cuando contienden cónyuge viudo y padres del fallecido los jueces fallan sistemáticamente a favor del cónyuge y no de los padres para decidir cuestiones como el tipo de inhumación, si se ha de incinerar o no el cadáver, cuál ha de ser el lugar de sepultura y otras circunstancias sobre el destino de los restos, materia en la que cabe apreciar una laguna en el derecho español⁶⁹.

La costumbre o los deberes de prestar alimentos son argumentos que utilizan los tribunales para llegar a esta solución prescindiendo expresamente de las normas sobre sucesión intestada. Los jueces consideran que en la con-

⁶⁹ En Francia, donde existe abundante litigiosidad entre familiares, cónyuges y parejas de hecho y allegados en torno al destino del cadáver, existe un estatuto de los restos mortales y la protección debida al cuerpo humano vivo se prolonga a los restos mortales. Desde la *Loi bioéthique* n.º 94-653 de 29 de julio de 1994, el artículo 16-1 del *Code civil* obliga a respetar el cuerpo humano y declara su inviolabilidad y que no puede ser objeto de derecho patrimonial. La prolongación de su protección post mortem, hasta entonces llevada a cabo por la jurisprudencia, se consolidó en la *Loi* n.º 2008-1350 de 19 de diciembre de 2008, que reformó el artículo 16 del *Code*: «Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect dignité et décence ». Incluso el destino y tratamiento de las cenizas ha merecido atención del legislador y no se consideran como un simple bien. La *Loi* n.º 2008-1350 de 19 de diciembre de 2008 citada establece también el estatuto jurídico de las cenizas funerarias.

ciencia social el protagonismo de la familia nuclear y la relación conyugal está por encima y alejada del orden de sucesión abintestato del Cc.

Así, por ejemplo, SAP Pontevedra, Sección Primera, de 9 de diciembre de 1998 dice: *la costumbre, entendida como el uso social continuado y uniforme, elevaría, como fuente del derecho de segundo orden, o en defecto de ley, nos llevaría a idéntica conclusión. Y es que en una situación de normalidad matrimonial, y de convivencia conyugal bajo un mismo techo, los usos sociales ponen de relieve que es al viudo, y no a los padres del fallecido, a quien compete las decisiones relativas al tiempo, lugar, modo, y demás circunstancias que rodean al entierro y funeral, en una atribución por la realidad social imperante de una amalgama de derechos y cargas en favor y a costa de aquél (La Ley 5414/1999, t. 1999-3).*

En el mismo sentido cabe citar las SSAP Huesca de 21 de junio de 1996 (RJA 1996/1615); Burgos, Sección segunda, de 17 de enero de 2000 (RJA 2000/505) y Guipúzcoa, Sección segunda, de 2 de febrero de 2001 (RJA 2001/44).

6. La opinión favorable de la doctrina

El año 1983, el profesor SALVADOR CODERCH propuso, desde el punto de vista de la política legislativa, prestar mayor atención a los derechos del cónyuge viudo; en su opinión, la anteposición del cónyuge en la sucesión intestada a los ascendientes sería la protagonista de futuras reformas⁷⁰. Hace ya muchos años que la doctrina ha mostrado su criterio favorable a la anteposición del cónyuge viudo respecto de los ascendientes en la sucesión intestada del Cc.; merece destacarse que así lo han manifestado desde hace mucho tiempo DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN en el *Sistema de Derecho Civil IV* y proponen que acaso debe preverse un destino sucesorio diferente para los bienes de origen familiar⁷¹. Existen otras opiniones recientes en el mismo sentido⁷² y hace una década que se constató la opinión claramente favorable de la doctrina especializada como resultado de una encuesta realizada a profesores de Derecho civil miembros de la APDC⁷³.

⁷⁰ SALVADOR CODERCH, 1983, pp. 167-173.

⁷¹ En la edición más reciente, nuevamente se mantiene esta postura: DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV-2, 11.ª ed., 2012, reimpresión de 2015, p. 208.

⁷² PEREÑA VICENTE, *RCDI*, 2003, pp. 285-2878; PÉREZ ESCOLAR, 2003, pp. 85 y ss., 149 y ss. y 234 y ss.; 2007, pp. 1644 y ss.; y 2010, p. 1036; DELGADO ECHEVERRÍA, 2006, pp. 116-119; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006, pp. 442-443; VAQUER ALOY, 2011, pp. 1357-1358; JIMÉNEZ LIÉBANA, 2014, pp. 720-725.

⁷³ *Vid.* DELGADO, 2006, pp. 147-148 y 163-164.

7. Corolario

Lo expuesto confirma que el modelo de sucesión intestada del Cc. es único en el entorno europeo al llamar al cónyuge después de todos los descendientes y ascendientes, lo que combinado con el exiguo derecho de usufructo por legítima que se le reconoce, lo sitúa en una posición claramente desfavorable que convendría reformar. Es remarcable asimismo el estrecho ámbito de autonomía de la voluntad de los particulares en el ámbito del Cc. que no pueden testar en mancomún, ni otorgar pactos sucesorios (incluso se considera que no es posible que los cónyuges se instituyan recíprocamente herederos). A todo hay que añadir las obligaciones de reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. (de aplicación en la sucesión testada e intestada *ex* artículo 942 Cc.) y las reservas por ulterior matrimonio del cónyuge viudo que pesan sobre éste también en la porción de bienes que haya podido heredar abintestato de su consorte.

Para mejorar la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Cc. existen distintas opciones de política legislativa, todas razonables si se atiende al entorno europeo y a la tradición española. Todas presentan ventajas e inconvenientes que convendrá sopesar aprovechando experiencias de otros derechos y algunas advertencias de los profesionales.

III. RIESGO DE SALIDA DE BIENES FAMILIARES Y COMPLEJIDAD EN LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA. REVISIÓN DE LOS DERECHOS SUCESORIOS *MORTIS CAUS* DE LOS POSTERGADOS

Todo lo hasta ahora expuesto confirma que el modelo de sucesión intestada del Cc. resulta bastante alejado de la realidad social familiar imperante y es razonable proponer la anteposición del cónyuge, llamándolo a la herencia abintestato inmediatamente después de los descendientes y con total preferencia a todos los ascendientes. Dicho esto, son variadas las opciones legislativas, todas razonables si se atiende al entorno europeo y a la tradición jurídica española, y todas presentan ventajas e inconvenientes que convendrá sopesar.

1. Concurrencia del viudo con descendientes: ventajas e inconvenientes

La concurrencia del cónyuge viudo con descendientes (comunes o no con el causante) a recibir una cuota parte de los bienes en plena propiedad es una opción de política legislativa ampliamente extendida en derecho comparado,

como se ha indicado. Sin embargo, la experiencia en Francia, donde se introdujo desde la reforma del *Code civil* por Ley 3 de diciembre de 2001, demuestra que su aplicación práctica resulta problemática debido a la concurrencia en el mismo rango de dos tipos de legitimarios que han podido recibir en vida donaciones colacionables: descendientes y cónyuge. Los cálculos de la legítima y la porción que a cada uno corresponde están provocando cierta litigiosidad e insatisfacción pues se dan muy habitualmente conflictos en el cálculo, tasación, avalúo y fijación del inventario al concurrir descendientes y cónyuge, y también en la liquidación del caudal⁷⁴.

Este tipo de problemas no se dan, lógicamente, cuando se aplica legislación extramuros del Cc. española que reconoce indemnizaciones *mortis causa* en concurrencia al viudo (y pareja estable) con descendientes, puesto que las cuantías se entregan íntegramente en una sola dirección y nada hay que colacionar.

Si se atribuyera al cónyuge una parte en plena propiedad en la sucesión intestada en concurrencia con descendientes, habría que establecer reglas precisas para la distribución de las cuotas y tomar en consideración la posible concurrencia de descendencia no común con el causante, en evitación de problemas similares a los señalados por la doctrina y los notarios en derecho francés y para garantizar al máximo la seguridad jurídica.

En atención a estos problemas, el derecho del cónyuge viudo al usufructo vitalicio parece una solución más adecuada (acaso mientras dure la situación de viudedad y no haya nuevo matrimonio o relación de hecho análoga con otra persona). En cuanto a su cuantía, es dudoso si conviene proponer el usufructo universal (siguiendo el modelo de los artículos 283 a 302 CDFA, evidentemente, sin el derecho expectante en vida de los cónyuges, o el de los artículos 442-3.1 y 442-4.1 CCC), pero parece razonable que, en concurrencia con descendientes sea de la mitad o de dos tercios del caudal, lo que mejoraría indudablemente la situación del cónyuge viudo, sin introducir alguno de los problemas que se pueden dar en usufructos universales.

Huir del usufructo universal y vitalicio cuando hay descendientes del causante, especialmente si no son comunes con el fallecido, evitaría ciertos inconvenientes que también se encuentran en la práctica en la actualidad en Aragón cuando hay matrimonio entre personas de edad muy diferente. No conozco jurisprudencia pero sí el testimonio de abogados aragoneses que denuncian que se dan con cierta habitualidad situaciones abusivas y de desequilibrio cuando vuelve a casarse el viudo en la ancianidad y deja al fallecer viuda

⁷⁴ Cuestiones referidas en las Actas del 106 Congrès de Notaires, 2010, pp. 1023 y ss.

usufructuaria universal tan joven que ni los nietos tienen expectativa de refundir el usufructo con la nuda propiedad y consolidar sus derechos hereditarios (digo que deja viuda joven ateniéndome a los datos estadísticos y sin animosidad alguna ni discriminación en razón de género puesto que la problemática se da exactamente en los mismos términos tratándose de un viudo usufructuario y, desde 2005, con independencia de que sea matrimonio heterosexual u homosexual). La configuración y origen del usufructo viudal universal aragonés atiende a finalidades de protección familiar distintas que las que se pueden producir en la práctica cuando al fallecer el causante deja descendencia no común con el viudo usufructuario. Acaso una ponderación en su cuantía puede resultar hoy razonable.

Como ya se ha dicho, en el *Code civil*, desde la reforma por Ley 3 de diciembre de 2001, el usufructo universal constituye un derecho de opción que tiene a su favor el viudo siempre que no existan descendientes no comunes con el causante.

En todo caso, de mantenerse la misma posición del cónyuge viudo en la sucesión abintestato, convendría aumentar su derecho de usufructo por legítima tanto en concurrencia con descendientes, pudiendo llegar en tal caso a los dos tercios, como al concurrir con ascendientes, pudiendo llegar en este caso a la totalidad del caudal, incluidos los bienes objeto de reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. Derecho por legítima al usufructo viudal universal que también debería tener el cónyuge de concurrir con el resto de parientes colaterales y con extraños (que pueden ser llamados por testamento por el causante).

Existen opiniones doctrinales favorables al usufructo universal por legítima del cónyuge viudo, y todavía más a la articulación de medidas que puedan servir para que el causante lo ordene voluntariamente con plena validez y eficacia y sin depender, como hoy sucede, de la voluntad de posibles legitimarios (descendientes y ascendientes) que concurren a la sucesión⁷⁵.

2. Anteposición del cónyuge a los ascendientes. Conveniencia de nuevos derechos para los postergados y revisión de la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc.

La anteposición del cónyuge a los ascendientes es, como también ha quedado patente, una opción razonable y extendida en los derechos comparados.

⁷⁵ REAL PÉREZ, 1988, pp. 173 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, 2006, p. 13; REBOLLEDO VARELA, 2010, pp. 31 y ss.; EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 53-55.

Parece aconsejable antepoerlo a todos, no solo a los ascendientes más alejados del padre y madre del causante⁷⁶.

En tal caso se plantea la conveniencia de reconocer algún derecho a los ascendientes postergados como usufructo o alimentos. Es lo que se propuso en el 95.º Congreso de Notarios de Francia en 1999, pero después de más de quince años de vigencia del llamamiento preferente del viudo frente a los ascendientes ordinarios (distintos del padre y madre) y a todos los parientes colaterales, tanto los poderes públicos⁷⁷, como sectores profesionales implicados y doctrina autorizada están de acuerdo en que ha sido un acierto y las críticas, demostrando problemas en la aplicación práctica o en la dogmática, se centran más bien en las medidas correctoras que fueron acompañando sucesivamente a esta preferencia en el rango, muy particularmente, a los derechos de reversión marcadamente troncales, a favor de los hermanos del fallecido y de sus ascendientes con derecho de representación para sus correspondientes estirpes.

De preverse algún derecho a favor de ascendientes en concurrencia con el cónyuge viudo del causante, parece razonable limitarlos subjetiva y objetivamente. En cuanto a la limitación subjetiva, el derecho de alimentos (o algún usufructo limitado) debería preverse exclusivamente para el padre y/o la madre y no para ascendientes más alejados, y acaso exclusivamente para personas dependientes si ya lo eran antes del fallecimiento del causante⁷⁸. Las obligaciones del artículo 68 Cc., segunda proposición, tendrían así un cierto efecto al fallecimiento del cónyuge.

En cuanto a la limitación objetiva debería circunscribirse a padre y madre que realmente lo necesiten en razón de su capacidad económica.

No es fácil implantar un sistema de pensiones alimenticias en una herencia, pero tiene la ventaja de discriminar entre ascendientes pudientes y los que no lo son. El derecho de los ascendientes en concurso con el cónyuge tiene poco sentido si aquéllos tienen bienes suficientes para vivir. Ya se dijo en el capítulo anterior que las herencias deben ir «hacia abajo» mejor que «hacia

⁷⁶ Esta opinión no fue la que mayor consenso obtuvo en la referida Jornada de la APDC, pues claramente se consideraba que el cónyuge viudo debía ser llamado a la sucesión intestada con preferencia a los ascendientes más alejados del padre y madre del causante, pero no obtuvo tanto respaldo que heredase con preferencia a éstos.

⁷⁷ Informe del Senado Francés muy favorable a la reforma: <http://www.senat.fr/rap/r10-476/r10-4761.pdf>.

⁷⁸ En Francia se introdujo un derecho de alimentos tanto a favor de los ascendientes privilegiados (padre y madre) como de los ordinarios; el artículo 758 prevé un derecho de alimentos contra la herencia a favor de estos últimos si el cónyuge recibe la totalidad o tres cuartos del total (lo que puede suceder si concurre con padre y madre o con uno solo de ellos respectivamente, pues ya quedó dicho que si el padre o la madre no pueden o quieren heredar su parte no acrece al otro, sino que va a parar al cónyuge –artículo 757-1 del *Code*–).

arriba», prefiriendo a generaciones más jóvenes y dinámicas. Y dado que el supuesto es de sucesión de un causante fallecido sin hijos cuantas menos trabas se ponga a la liquidación del cónyuge con los suegros, mejor será.

Es imprescindible valorar si conviene o no conservar la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc., aplicable a la sucesión intestada *ex* 942 Cc. Debería, en mi opinión, limitarse exclusivamente al supuesto de permanencia del mismo bien donado en el caudal hereditario suprimiéndose la subrogación real (como un derecho a recobrar la liberalidad si existe en el caudal relicto, sin más). Si se prevé algún tipo de legítima de los ascendientes en concurrencia con el viudo, debe clarificarse la relación de la reversión legal de donaciones con los derechos de legítima, especialmente si se ha de computar el bien objeto de reversión para fijar la legítima.

La reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. no ha presentado apenas litigiosidad entre nosotros porque en la sucesión intestada se aplica cuando concurren solo ascendientes, pero si el orden abintestato cambia anteponiéndose al cónyuge respecto de todos los ascendientes y el artículo 812 Cc. se mantiene, es previsible que se den problemas similares a los señalados por la doctrina científica y los profesionales en Francia al reintroducir la Ley de 3 de diciembre de 2001 el *droit de retour légal* a favor de hermanos (al anteponerse el cónyuge a ellos y a los ascendientes más alejados del padre y la madre en la sucesión intestada) en el artículo 757-3 *Code* y la Ley de 23 de junio de 2006, el *droit de retour légal* a favor del padre y madre en el artículo 738-2 (coincidiendo con la pérdida de su cualidad de legitimarios).

Estos derechos tienen en Francia carácter imperativo y hasta se discute por la doctrina si se puede repudiar pues ello podría suponer contravención del orden público interno francés; críticas que se añaden a que suponen introducir una «sucesión anómala» junto a la «sucesión normal»⁷⁹.

La Ley 5/2015, de Derecho civil Vasco ha antepuesto al cónyuge a todos los ascendientes y mantiene la reversión legal de donaciones en el artículo 123: «Los ascendientes, salvo pacto sucesorio en contrario, suceden en los bienes no troncales dados por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera en relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió».

⁷⁹ GUÉVEL, 2014, p. 111.

3. Reordenar las reservas del viudo y reconsiderar la situación al fallecimiento del supérstite. Bienes de origen familiar

Cuando en la reforma del Cc. por Ley 11/1981 se antepuso al cónyuge a los parientes colaterales en la sucesión intestada, doctrina autorizada, amén de alertar sobre nuevos riesgos de salida de los bienes de la familia⁸⁰, subrayó la paradoja de mantener la reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. pues, desde entonces, si el viudo hereda directamente bienes del cónyuge fallecido nada tiene que reservar, pero si recibe los bienes del premuerto a través de un hijo que los heredó de aquél y se los transmite a su vez *mortis causa*, se produce el supuesto de la reserva lineal o troncal y surge la obligación de reservar los bienes adquiridos⁸¹.

Estas advertencias son muy razonables y cabría reconsiderarlas si se antepusiese al cónyuge a los ascendientes pues surgirían nuevos riesgos de salida de bienes de los patrimonios familiares. En tal caso, la incoherencia que se señaló en 1981 sería mayor. Nuevamente doctrina autorizada advierte de la oportunidad de prever un destino sucesorio específico para bienes de origen familiar⁸². Este tipo de medidas para el Cc. no suscitan adhesión de la doctrina⁸³ pero tienen muchos argumentos a favor.

El fallecimiento del supérstite, casi con seguridad sin descendientes (pues en el patrón de situación lo normal es que, si hubo sucesión intestada entre cónyuges el escenario es de matrimonio sin hijos) provocará el llamamiento a sus propios parientes colaterales (lo más probable es que concurren hermanos y sobrinos del cónyuge supérstite). No tiene ningún sentido que al fallecimiento del viudo supérstite hereden el patrimonio que fue ganado (acaso durante generaciones) por la familia del primer fallecido, íntegramente los parientes colaterales del último en fallecer, quedando completamente al margen posibles sobrinos y otros parientes colaterales del cónyuge premuerto. El artículo 531.2

⁸⁰ Como decía el profesor ALBALADEJO: «partiendo del punto de vista del Código, de pretender evitar que los bienes pasen de una familia a otra, no se comprende cómo al anteponer la reforma de 13 de mayo de 1981 como heredero intestado del difunto, su cónyuge a sus colaterales, no ha establecido una reserva a favor de éstos, pues es claro que por el camino de la reforma, los bienes que pasen de un cónyuge a otro, cuando éste muera, irán a sus parientes, y los perderán para siempre los parientes del otro» (*Curso de Derecho Civil*, V, p. 394).

⁸¹ Así lo advirtió el profesor LACRUZ: «a partir de la reforma de 1981 el cónyuge viudo, que tenía un lugar menos favorecido en el Código de 1889, pasa por delante de los hermanos del causante, lo cual acaso no es muy justo cuando los bienes de éste son de procedencia familiar; y representa una contradicción con la reserva del artículo 811: si el viudo hereda directamente, nada tiene que reservar, mientras que si recibe los bienes del premuerto a través de un hijo que los heredó de aquél y se los transmite, a su vez, *mortis causa*, se produce el supuesto de la reserva» (*Elementos* V, 1988, p. 586).

⁸² Díez-PICAZO y GULLÓN, 2015, p. 208.

⁸³ La respuesta de los profesores de Derecho civil en las Jornadas de la APDC fue claramente contraria a la imposición de nuevas reservas al viudo heredero legal: DELGADO, 2006, p. 149.

CDFA, para evitar este sinsentido, y solo cuando el cónyuge supérstite no ha dispuesto expresamente de los bienes recibidos por sucesión legal o abintestato del premuerto (lo que bien puede hacer pues no estamos ante una reserva imperativa ni ante un derecho de legítima), prevé que al fallecimiento del supérstite, si los mismos bienes se encuentran en su caudal (no hay tampoco subrogación real) y no ha dispuesto expresamente de ellos, pasarán los que quedaren en tal momento a quienes sean más próximos parientes del cónyuge premuerto, aplicando una regla análoga a la que se da en la institución recíproca de herederos una vez consumada y sin ulterior llamado, por pacto sucesorio y por testamento mancomunado⁸⁴.

Hay que advertir que esta decisión provocó bastante litigiosidad en Aragón por no haberse previsto expresamente las situaciones de derecho transitorio, es decir, si había de aplicarse en todos los supuestos de fallecimiento del cónyuge supérstite desde la entrada en vigor de la Lsuc. de 1999 o si había que considerar aplicable la reversión a los parientes del primero solo cuando el fallecimiento del primer cónyuge y la primera delación abintestato se hubiese producido estando ya en vigor la Lsuc. Finalmente, tras resoluciones contradictorias de primera instancia y AAPP, el TSJA se pronunció en este último sentido, aunque el legislador no plasmó esta jurisprudencia en las abundantes disposiciones transitorias del CDFA en 2011, lo que hubiera resultado aclaratorio y entiendo que había competencias para hacerlo⁸⁵. Estas experiencias deben servir para no cometer los mismos errores si se decidiera la modificación del Cc. en sentido similar.

Derechos que llaman al cónyuge a la sucesión intestada antes incluso de los descendientes a heredar bienes en plena propiedad, prevén el llamamiento a los parientes del premuerto sobre tales bienes (o sobre la mitad del caudal) cuando fallece el supérstite. Así, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley sobre Sucesión de Islandia, recoge una norma similar en el artículo 6⁸⁶ y también los artículos 2 y 5 del Código de Herencia Sueco⁸⁷.

⁸⁴ Vid. arts. 531.2 y 419.3 y 395.3 CDFA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 227-229.

⁸⁵ Problemática explicada en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2005.

⁸⁶ «En caso de que un cónyuge sobreviviente sea heredero legal único del fallecido y que sobrevenga su muerte sin que haya contraído nuevamente matrimonio o dejado descendientes con derecho a herencia, sus bienes se dividirán entre los herederos de los dos cónyuges a partes iguales, si el cónyuge no ha dispuesto de sus bienes de otra manera a través de un testamento. Cuando un cónyuge sobreviviente no tiene ningún heredero en vida en el momento de fallecer, los bienes de este se adjudicarán a los herederos del cónyuge que murió primero. Cuando en este artículo se habla de los herederos del cónyuge que muere primero se entenderán las personas susceptibles de heredar de él, con respecto al momento en que fallece el cónyuge que vive más tiempo»

⁸⁷ El capítulo 3 se intitula, «sobre el derecho de herencia del cónyuge, asimismo sobre el derecho de herencia de los herederos del cónyuge premoriente a la sucesión del cónyuge que falleció último».

Interesa subrayar que estas normas no diferencian entre los bienes de origen familiar del primer causante y los adquiridos de propia industria.

La imposición de reservas al cónyuge que adquiera bienes por testamento o abintestato tiene poco sentido cuando el causante transmitió bienes adquiridos de propia industria. Y entiendo que ni siquiera debería pesar sobre el cónyuge viudo heredero (por testamento o abintestato, tanto da) las reservas por ulteriores nupcias previstas en los artículos 968 a 980 Cc.

Sin embargo, cuando los bienes transmitidos tienen un origen familiar (fueron adquiridos por el causante por sucesión o donación de sus familiares) existen argumentos de peso para llamar preferentemente a personas que representen a la familia de origen cuando el cónyuge viudo haya fallecido o si pasa a ulteriores nupcias o relaciones de hecho análogas al matrimonio o tiene nueva descendencia. Fuera de los supuestos de binupcialidad, el Cc. no prevé obligación de reserva alguna aunque los bienes recibidos por el cónyuge viudo fuesen del patrimonio familiar o abolorio del causante. No parece desacertada la imposición de una reserva que recaiga exclusivamente en los bienes adquiridos por sucesión intestada entre cónyuges o, si se prefiere, imponer sobre los bienes de origen familiar del causante que el cónyuge viudo solo pueda tener derecho de usufructo vitalicio o que se extinga por nuevo matrimonio o relación de hecho análoga. Estas soluciones tienen sentido en atención a la falta de descendencia común de los cónyuges para que se dé la sucesión abintestato.

El modelo del artículo 811 Cc., previsto exclusivamente para bienes adquiridos por el ascendiente de su descendiente, es adecuado para una reserva de bienes recibidos directamente del cónyuge por sucesión intestada.

4. Conservar la reserva troncal del artículo 811 Cc.

Si los ascendientes quedan postergados en la sucesión abintestato por el cónyuge, no se encuentra objeción alguna para mantener la reserva troncal del artículo 811 Cc. La reforma no afectaría a la *ratio* de esta norma, razonable aunque haya recibido críticas de la doctrina. Nótese que el artículo 811 Cc. se aplica con independencia de que el ascendiente que adquirió los bienes de su descendiente estuviese casado o no con el otro progenitor del descendiente que le transmitió los bienes (está incluido, evidentemente, el supuesto de nacer el descendiente de una relación o pareja de hecho).

CAPÍTULO SÉPTIMO

REFLEXIONES SOBRE UN EVENTUAL LLAMAMIENTO A LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CONVIVIENTE EXTRAMATRIMONIAL

I. OBSERVACIÓN PREVIA: CONVIVENCIA DE HECHO E INSEGURIDADES JURÍDICAS

1. Factores que han contribuido a la complejidad del «estatuto jurídico» del conviviente extramatrimonial en el Derecho español

Entrecomillo deliberadamente los términos «estatuto jurídico» porque no está nada claro que exista como tal en derecho español. Como es sobradamente conocido, la situación de la regulación jurídica de las parejas de hecho presenta en nuestro ordenamiento una enorme complejidad a consecuencia de variados factores. Por un lado, resulta en extremo complicado que el derecho entre a regular jurídicamente presupuestos y efectos de relaciones en las que está claro que dos personas libre y conscientemente (cuando tienen plena capacidad de obrar sea por mayoría de edad o por emancipación) deciden convivir sin contraer matrimonio (o sencillamente conviven sin haber reflexionado nada en absoluto al respecto). Existen dificultades no solo de prueba de las referidas situaciones de convivencia *more uxorio* y de la verdadera intencionalidad de los convivientes. También las hay porque, aun demostrada, puede existir intromisión de los poderes públicos en el libre desarrollo de la personalidad protegido por el artículo 10.1 CE al prever efectos jurídicos a quienes no han emitido un consentimiento en determinada dirección.

Debe recordarse nuevamente que quienes conviven prescindiendo de emitir un consentimiento matrimonial en derecho español, lo hacen en relación a un tipo de matrimonio que desde la reforma por Ley 13/2005 prescinde de la relación de heterosexualidad entre los contrayentes y desde la reforma por Ley 15/2005 se disuelve por voluntad unilateral de cualquiera de los contrayentes prescindiendo de cualquier elemento causal. Después de la Ley 15/2015 *de la Jurisdicción Voluntaria* son más asequibles separación y divorcio al admitirse, pasados tres meses desde la celebración del matrimonio, que los cónyuges puedan de mutuo acuerdo y mediante presentación de convenio regulador ante el Secretario judicial o mediante escritura pública otorgada ante Notario, separarse legalmente (art. 82 Cc.) o divorciarse (art. 87 Cc.), con la sola excepción de la existencia de hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores (art. 82.2 Cc.).

Pero estas consideraciones no parecen relevantes puesto que los datos estadísticos muestran que las relaciones en pareja para constituir familias siguen *in crescendo*.

Ello al margen, es indiscutible, con independencia de las motivaciones personales de los convivientes que como la doctrina ha señalado pueden ser de variada índole¹, que la finalidad es idéntica, análoga o se parece mucho a la de quienes contraen matrimonio². Cuando los miembros de la pareja deciden formalizarla por algún medio, todavía se parecen más, señaladamente cuando lo hacen mediante inscripción en los registros autonómicos *ad hoc* y acaso también cuando se otorgan pactos que regulan la convivencia y sus consecuencias personales y patrimoniales *inter vivos* y *mortis causa* mediante escritura pública ante Notario, sobre todo cuando se aplique íntegramente la Ley 15/2015 *de la Jurisdicción Voluntaria* el año 2017 y se puedan celebrar los matrimonios ante Notario.

Existen otros dos factores que han contribuido a la actual ceremonia de la confusión. En un caso por omisión y en otro por extralimitación en la acción legislativa. Me refiero a la falta de regulación por parte del poder central de una legislación estatal de parejas de hecho, una omisión que se ha calificado como constitucionalmente desleal³, y la regulación paralela por parte de las CCAA de profusas legislaciones de parejas de hecho claramente inconstitucionales por, entre otro, regular normas de derecho interregional, reservadas

¹ DE AMUNÁTEGUI, 2015, pp. 8-12.

² BERCOVITZ, 2015, p. 2.

³ GARCÍA RUBIO, 2004, pp. 113-137.

en exclusiva al poder central⁴. Y no solo han legislado en esta materia las CCAA con competencias en legislación civil foral o especial propia al amparo del artículo 149.1.8.^a CE y de sus respectivos EEA, sino que también han dictado legislación al respecto otras que carecen de ella, siendo cierto que en aquéllas el tejido de la regulación de la pareja de hecho acaso ha sido más denso⁵.

A dotar de mayor complejidad a este panorama ha contribuido la doctrina del TC pronunciada en las SSTC 81/2013 y 93/2013.

En la primera, dictada en relación a la legislación de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, el TC admite la competencia de las legislaciones autonómicas sin derecho civil propio, y aunque no para la regulación íntegra de todos los efectos de la convivencia tal como se regularon por dicha CA (pues vulneraba el artículo 149.1.8.^a CE por carecer de competencias en derecho civil y las ejercía al establecer efectos de puro derecho civil para los miembros de la pareja), sí para legislar sobre lo que el tribunal garante de la Constitución considera cuestiones de índole administrativa «de carácter dispositivo» y en relación a un tipo de convivencia que unos días después, en la STC 93/2013 sobre la Ley Foral 6/2000 de Navarra, denominó «el fenómeno social de las parejas estables» (terminología que el TC utiliza hasta cuatro veces en el texto de esta última sentencia).

La STC 93/2013 ha sido criticada por la práctica unanimidad de la doctrina por razones de índole diversa, a las que se aludirá más adelante⁶. Entre otras cuestiones llamativas, la doctrina del TC bendice el absoluto abandono del Registro Civil para la publicidad frente a terceros de estas relaciones humanas que indudablemente modifican el estado civil de la persona física, al considerar constitucional la previsión en las legislaciones autonómicas de inscripción en registros autonómicos creados expresamente *ad hoc*. Aunque lo niega expresamente el TC en la sentencia 81/2013, hay razones para entender que se invaden competencias reservadas en exclusiva del poder central en la ordenación de los registros e instrumentos públicos del artículo 149.1.8.^a CE en atención a la trascendencia jurídico civil general que se produce con ocasión de la inscripción en los registros *ad hoc*⁷, más todavía después de la propia STC 93/2013 que dota justamente de eficacia relevante a la formalización de la pareja (sea por inscripción o en virtud de pactos en escritura pública).

⁴ Duras palabras dedica a estas legislaciones el profesor CARRASCO, 2013, p. 1.

⁵ Como ha subrayado BERCOVITZ, 2003, pp. 61 y ss.

⁶ MARTÍN CASALS, 2013; EGUSQUIZA, 2013; BERIAIN FLORES, 2013, pp. 137 y ss.; COCA PAYERRAS, 2014, pp. 29 y ss.; BERCOVITZ, 2014 y 2015; DE AMUNÁTEGUI, 2015.

⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2013, p. 21. *Vid. tb.* voto particular de la STC 81/2013.

Y, como se ha señalado por algún autor, todavía dificultan en mayor medida la interpretación y alcance de la doctrina de la referida STC 93/2013, fallos posteriores del propio TC dictados en relación al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad del artículo 174 TRLGSS, así como los votos particulares de reputados magistrados difíciles de conciliar con la doctrina anterior del propio TC y con la omisión de votos particulares en el mismo sentido cuando se dictó la anterior STC 93/2013⁸.

Está pendiente el recurso de inconstitucionalidad n.º 4522-2013, contra la *Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana*, cuyo artículo 14 (*Derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta*) dice: «Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite». Levantada la suspensión mientras se resuelve, el TC acordó mantener la del precepto por Auto de 3 de diciembre de 2013 (BOE 13 de diciembre 2013).

Es verosímil que cuando se resuelva se confirme la doctrina de la STS 93/2013 al respecto pero, como ya ha apuntado algún autor, tampoco se puede descartar que el TC modifique su doctrina anterior⁹.

En este escenario no puede extrañar que la jurisprudencia, al cumplir con su función y complementar el ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.6.º Cc. haya seguido orientaciones diversas, si bien, en esta materia se constata la consolidación de un denso tejido doctrinal que orienta y guía la interpretación por los particulares en un terreno plagado de inseguridades jurídicas, clarificación a la que ha contribuido el análisis doctrinal permanente de un estado de la cuestión en constante cambio (más que evolución), si bien no se puede negar que se trata de «una doctrina jurisprudencial de perfiles demasiado imprecisos»¹⁰.

La mayor litigiosidad se da en los supuestos de disolución de la pareja *inter vivos*, pero aquí nos ceñiremos a la cuestión del derecho a suceder *ab intestato*, objeto de nuestro estudio y que presenta perfiles singulares.

Finalmente, centrándonos en el derecho a suceder abintestato, se vislumbra un nuevo foco de inseguridades o al menos de desigualdades difíciles de justificar. Me refiero a los efectos de la plena aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, el «Reglamento de Sucesiones Europeo», desde el 17 de agosto

⁸ DE AMUNÁTEGUI, 2015, pp. 18-20.

⁹ DE AMUNÁTEGUI, 2015, p. 40.

¹⁰ DE AMUNÁTEGUI, 2015, p. 40 al citar palabras del legislador catalán.

de 2015, que al atender como punto de conexión a la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento puede provocar paradojas y situaciones de mayor perplejidad. Un conviviente extramatrimonial de un causante español con vecindad civil común que fallezca en un estado que reconozca derechos a suceder abintestato al conviviente, podrá heredarle y, sin embargo, en el mismo caso, si la última residencia habitual al fallecer el causante radica en territorio español, no.

2. **Todas las legislaciones autonómicas llaman a la pareja formalizada (alguna también al conviviente) a heredar abintestato, salvo Aragón y Navarra, esta última desde la STC 93/2013**

Dejando por ahora al margen esta compleja situación interesa ahora, para la finalidad de este trabajo, dejar constancia de la clara tendencia de los poderes legislativos autonómicos con competencias legislativas en materia civil de reconocer el mismo nivel de derechos por causa de muerte al conviviente extramatrimonial (según las diversas fórmulas y denominaciones seguidas en cada caso) que al cónyuge viudo.

Todos los parlamentos con competencia en derecho civil foral y especial amparada en el artículo 149.1.8.^a CE tienen legislación sobre uniones o parejas de hecho con diversas denominaciones¹¹. También, como se ha dicho, CCAA que carecen de dicha competencia en legislación civil¹².

¹¹ Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, hoy reguladas en el CCC (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del CCC, relativo a la persona y la familia, artículos 234-1 a 14); Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas, hoy en los artículos 303 a 315 CDFA 2011 que ha refundido las leyes aragonesas; *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables* de la Comunidad Foral de Navarra; Ley de las Illes Balears 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Ley 2/2006, de 14 de julio, de derecho civil de Galicia y Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, modificada por la disposición adicional segunda de la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

¹² Ley de la Comunidad de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo de Parejas Estables; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento; Decreto 10/2013, de 15 de marzo, pro el que se modifica el Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el Registro de Parejas de Hecho de la comunidad Autónoma de La Rioja; Decreto 139/2012, de 25 de octubre de 2012, de modificación del Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha.

Y se constata que todas las legislaciones de CCAA con competencias en derecho civil propio decidieron equiparar al cónyuge en la sucesión intestada, a excepción de la *Ley 6/1999, relativa a Parejas Estables no Casadas* de Aragón (hoy, en los artículos 303 a 315 CDFR, texto refundido de las leyes aragonesas), si bien, la proposición de Ley presentada directamente a las Cortes de Aragón preveía expresamente la equiparación.

La situación actual, en cuanto al reconocimiento del derecho a heredar abintestato con equiparación al cónyuge viudo, una vez dictada la STC 93/2013, es la siguiente.

En derecho civil catalán, están completamente equiparados en los derechos sucesorios abintestato el cónyuge y el conviviente, con independencia de si se trata de pareja estable heterosexual u homosexual¹³. Conforme al artículo 234-1 CCC, existe pareja estable entre dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial 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. El conviviente en pareja estable superviviente tiene los mismos derechos a suceder abintestato que el cónyuge viudo. Conforme a lo dispuesto en los artículos 442-3.1 CCC, si concurre con descendientes del causante, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el artículo 442-5 y, conforme al artículo 442-3.2 CCC si el causante muere sin descendientes hereda la totalidad de la herencia, conservando los padres del causante el derecho a legítima. El conviviente en pareja estable no puede heredar *ab intestato* si estaba separado de hecho del causante en el momento de la muerte de éste (art. 442-6.2 CCC). Y los derechos del conviviente en pareja estable, lo mismo que los del cónyuge en la sucesión intestada, deben atribuirse expresamente en las declaraciones de heredero *ab intestato*, que pueden hacerse, en ambos casos, por acta notarial de notoriedad (art. 442-7 CCC). La disposición final segunda de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, sustituyó la expresión «unión estable de pareja» por «pareja estable» (vigente desde el 1 de enero de 2011)¹⁴.

Se llega a la misma solución, con alguna dificultad dada la remisión al Cc. para la regulación de la sucesión intestada, en derecho balear, donde el artículo 13 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas estables de las Islas Baleares,

¹³ Bajo vigencia de la Ley de Uniones Estables de Pareja, se distinguía entre parejas homosexuales y heterosexuales y, si las primeras no estaban reconocidas formalmente, no podía reconocerse ningún derecho abintestato como resolvió la STSJ de 9 de marzo de 2009 (RJ 2009, 3273); VAQUER ALOY, 2011, p. 1356.

¹⁴ *Vid.* GRAMUNT Y RUBIO, 2014, pp. 592-593.

establece que «Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación del Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo». Conforme al artículo 1 de la Ley 18/2001, para que les sea de aplicación la Ley, deben inscribirse en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears, teniendo la inscripción carácter constitutivo (art. 1.2).

En derecho gallego se considera mayoritariamente que pareja y cónyuge están equiparados en la sucesión intestada (para cuya regulación se remite al régimen del Cc. salvo la cláusula de cierre a favor de la CA) conforme a la disposición adicional 3.^a de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia, establecida por la Ley 10/2007, de 28 de junio, que sustituyó la original y que carece de efecto retroactivo según la SAP A Coruña, sección 4.^a, de 12 de febrero de 2009 (AC 2009, 426)¹⁵. Con posterioridad a la STC 93/2013, la STSJ de Galicia núm. 49/2014, de 21 de octubre (RJ 2014, 6672) negó el derecho de usufructo al conviviente por considerar necesario que la convivencia y la voluntad conjunta de equiparación de los convivientes con el matrimonio se haga constar por algún medio fehaciente. Sin pronunciarse expresamente sobre la sucesión intestada, parece entender que la equiparación sería posible pero solo en parejas de hecho que conviviendo con intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia la declaración formal de su constitución y las demás, «únicamente podrán encontrar reconocimiento como tales con los efectos que en cada caso procedan en virtud tan solo del activismo jurisdiccional y al margen de las previsiones de la LDCG/2006». (FD 3.º, últ. pár.).

En derecho civil vasco, Ley 5/2015, de 25 de junio, equipara al cónyuge viudo y al miembro superviviente de la pareja de hecho en todos los derechos que regula, incluida la sucesión legal o intestada (arts. 111, 112.2, 114) y la troncal (a falta de bienes no troncales, todos los derechos del cónyuge o la pareja de hecho recaerán en bienes troncales: ver también artículo 66)¹⁶. Ahora bien, con-

¹⁵ Esta cuestión fue objeto de sendas cuestiones de constitucionalidad núm. 5658-2010 y núm. 3809-2012, planteadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia, registradas en 2010 y 2012. El TC no se pronunció sobre el fondo de la cuestión al inadmitir ambas cuestiones de inconstitucionalidad por no haberse satisfecho suficientemente los juicios de aplicabilidad y relevancia exigidos por el artículo 35 LOTC y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 37.1 LOTC: STC 75/2014, de 8 de mayo de 2014 (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2014) y STC núm. 127/2014, de 21 de julio de 2014 (BOE núm. 199, de 16 de agosto de 2014).

¹⁶ El derecho civil vasco ha optado por equiparar completamente a la pareja de hecho con el cónyuge en la legítima (arts. 52 y 70 LDCV), en el derecho de habitación de la vivienda conyugal (art. 54), en la posibilidad de que se le atribuya el usufructo universal (art. 57), en la condición de ascendientes tronqueros (art. 66.2), en los pactos sucesorios y su revocación (arts. 107 y 108), además de en la sucesión legal o intestada (arts. 111, 112, 114 y 116) y está, lo mismo que el cónyuge viudo, obligado a reservar a

forme a lo dispuesto en la Disposición adicional segunda, número 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 marzo, reguladora de las parejas de hecho». La citada disposición adicional segunda ha introducido modificaciones en la *Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho*. Con anterioridad a la Ley 5/2015, la opinión mayoritaria era que sí estaban equiparados en la sucesión intestada¹⁷.

En derecho civil navarro no hay equiparación al haber declarado la STC 93/2013, nulo e inconstitucional el artículo 11 de la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables* de la Comunidad Foral de Navarra, que había modificado la Ley 304.5 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, para llamar a la sucesión legal (intestada) a la pareja estable no excluida del usufructo de fidelidad conforme a la Ley 254 FNN. Y sabemos que el TC lo decidió así por entender que llamar a la sucesión intestada a las parejas de hecho supone vulnerar el artículo 10.1 CE, al «desconocer la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable». El TC considera que esta opción legislativa impone obligaciones «a quienes libremente deciden no casarse» (FJ 13).

Como se ha dicho ya, está pendiente en el TC el recurso de inconstitucionalidad n.º 4522-2013, contra la *Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana*, cuyo artículo 14 (*Derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta*) también equipara a las uniones de hecho formalizadas con el cónyuge en la sucesión abintestato.

3. Impacto de la STC 93/2013 en legislaciones civiles distintas a la Navarra y en la jurisprudencia posterior

Es indudable que la doctrina de la STC 93/2013, muy contestada por la doctrina por diversas razones, es claramente trasladable a las demás legislaciones autonómicas que han reconocido derechos a suceder abintestato a la pareja de hecho¹⁸.

favor de los hijos del cónyuge o de una pareja de hecho anterior los bienes recibidos a título lucrativo por cualquier título cuando contraiga nuevas nupcias o constituya nueva pareja de hecho o tenga un hijo que no lo sea de su difunto cónyuge (art. 120 LDCV).

¹⁷ ESPADA MALLORQUÍN, S., 2009, p. 178.

¹⁸ Indudablemente «atrapadas en las redes de la inconstitucionalidad» tras la STC 93/2013: BERIAIN FLORES, *DPC* 2014, pp. 157-160; *vid. ib.* EGUSQUIZA BALMASEDA, 2013, pp. 5-6; DE AMUNÁTEGUI, 2015, pp. 36-38.

Dos son las tachas de inconstitucionalidad que pueden afectar a las legislaciones autonómicas a la luz de la doctrina constitucional en la materia que ahora nos ocupa, sucesión intestada del conviviente de hecho. Por un lado, la imposición de un sistema de sucesión a quienes no han formalizado su relación de pareja. Y por otro lado, y esto es lo que se debe destacar, según el TC es inconstitucional imponer derechos sucesorios también aunque se haya formalizado la relación de pareja. Es lo que se deduce inequívocamente del FJ 13 y de la declaración de nulidad por inconstitucional del artículo 11 de la Ley Foral 6/2000. Se admite la regulación por parte de las CCAA de las parejas de hecho registradas o formalizadas y dotarlas de (asignarles) ciertos efectos jurídicos, según la STC 93/2013, siempre que sean dispositivos y no imperativos. Pero ni siquiera a las registradas o formalizadas se les puede imponer (siguiendo el hilo argumental y el fallo de la STC 93/2013) el derecho a suceder abintestato. Ni siquiera pueden hacerlo las CCAA con competencias para legislar sobre sucesión intestada. Solo se puede aplicar el marco legal dispositivo si los sujetos manifiestan expresamente su voluntad al respecto¹⁹.

Por tanto, por mucho que las legislaciones autonómicas anuden el derecho a heredar abintestato a la formalización de la pareja por inscripción o en virtud de escritura pública notarial, hay que entender que ello no respeta el artículo 10.1 CE. Tendrían los interesados que asignarse el derecho a suceder abintestato expresamente pero entonces, ¿sería una sucesión testada o un pacto de convivientes *mortis causa* acaso, de ser de vecindad civil común los convivientes, contrario a la prohibición de pactos sucesorios del artículo 1271 Cc.?

Lo que indudablemente pueden decidir *mortis causa* dos convivientes, al no tener legitimarios con derecho preferente, es nombrar heredero universal al conviviente supérstite, dado que el orden que ostenta el cónyuge en la actualidad en la sucesión intestada del Cc. es el tercer lugar, después de descendientes y ascendientes. Pero, ciertamente, no podrían dos convivientes «pactar al más viviente», es decir, instituirse recíprocamente herederos en escritura pública notarial dada la prohibición de otorgar pactos sucesorios y testamento mancomunado que la doctrina deduce respectivamente del artículo 1271 Cc. y 669 Cc.

Por lo que respecta al impacto posterior de la STC 93/2013 en el resto de legislaciones autonómicas, lejos de observarse alguna decisión continuista de la referida doctrina constitucional, existen acciones legislativas relevantes en la regulación de la sucesión *mortis causa* que la soslayan.

La Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco equipara totalmente en la sucesión intestada (legal) a la pareja de hecho (también en la legítima y en la sucesión

¹⁹ Subrayan estas dos conclusiones de la STC 93/2013 GRAMUNT y RUBIO, 2014, p. 575.

troncal) incluso gozando, al igual que el cónyuge viudo, del avance de posición y rango frente a todos los ascendientes que rige hoy en el derecho Vasco. Solo los descendientes son llamados con preferencia al cónyuge viudo o la pareja de hecho a la sucesión intestada. Este régimen jurídico se aplica exclusivamente a la pareja formalizada de conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 5/2015.

Y lo mismo cabe deducir de la lectura de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código civil de Cataluña (BOE 130, 1 junio 2015) que revisa en el ámbito sucesorio, entre otras cuestiones, la eficacia de los testamentos en contextos de crisis matrimonial incorporando la ineficacia de las disposiciones sucesorias hechas a los parientes del cónyuge o conviviente para garantizar la coherencia en las soluciones a las sucesiones por pacto sucesorio y sucesión testamentaria. La nueva legislación fija en el cuarto grado el límite de parentesco de su ámbito de aplicación en concordancia con lo previsto en el artículo 422-13, y extiende el efecto a los afines por coherencia con la finalidad de la norma: «El presente artículo también se aplica a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o en línea colateral dentro del cuarto grado, tanto por consanguinidad como por afinidad».

No existen, que yo conozca, iniciativas en los parlamentos autonómicos para modificar dicho régimen jurídico tan contrario, según el TC, al libre desarrollo de la personalidad de los convivientes que preserva el artículo 10.1 CE²⁰.

Hay que valorar asimismo la acción legislativa del poder central en la Ley 15/2015 (LJV) en relación a convivientes de hecho contrastando la STC 93/2013 con los nuevos números 1 y 2.º del artículo 756 Cc. reformulados por la referida Ley. De su lectura se infiere que el legislador central impone consecuencias «puramente imperativas» en materia de sucesión *mortis causa* a la convivencia en análoga relación de afectividad a la conyugal «sin preguntar a los convivientes» y que no dependen en ningún caso de que exista ni formalización de la pareja (que no se exige para aplicar el artículo 756 Cc.) ni declaración de los convivientes asumiendo la consecuencia de privación del derecho a heredar (por testamento y abintestato *ex* artículo 914 Cc.) cuando entre convivientes de hecho se den las graves conductas previstas en los números 1.º y 2.º del artículo 756 Cc. Esto es, por mucho que el causante haya nom-

²⁰ En consecuencia, en Cataluña después de la STC 93/2013 no solo no se ha modificado el criterio para que exista pareja estable, que no solo existe con plena eficacia jurídica en caso de formalización en escritura pública, sino también por convivencia ininterrumpida durante dos años y por tener un hijo común durante la misma (art. 234-1 CCC), sino que no se ha introducido ninguna reforma en los derechos *mortis causa* entre convivientes que siguen la línea de equiparación con los del cónyuge viudo. La reforma por Ley 6/2015 tiene muy presente la equiparación entre ambos (cónyuge y conviviente) al reformular las causas de privación de derechos *mortis causa* por testamento y pacto entre cónyuges y convivientes.

brado heredero universal en testamento a la persona a la que esté unido por análoga relación de afectividad a la conyugal (ejerciendo rotundamente su derecho a su libre desarrollo de la personalidad *ex* artículo 10.1 CE) si con posterioridad, este último es condenado por sentencia firme por haber ejercido contra él habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar (art. 756.1.º) será incapaz de heredar por causa de indignidad, y en este último caso si la condena se da no solo en relación al causante sino a todo el conjunto familiar incluyendo descendientes y ascendientes. La concurrencia de causa de indignidad para suceder dependen en el caso de violencia habitual en el ámbito familiar de la relación conyugal, familiar (pues afecta a descendientes y ascendientes) y de la unión por análoga relación de afectividad a la conyugal. Las otras dos causas del número 1.º del artículo 756 Cc. (condena en sentencia firme por atentado y por lesiones) se dan entre causante y llamado a suceder aunque no exista entre ambos la relación familiar, conyugal y de unión afectiva indicadas. Pero la tipificación de la violencia en el ámbito familiar (física o psíquica) requiere relación familiar, conyugal y de unión análoga afectiva a esta última. Y el legislador del Cc. anuda consecuencias sancionatorias (imperativas, según el criterio de la STC 93/2013) con relevancia en la sucesión *mortis causa*, a la convivencia en pareja sin que dependan de la voluntad del conviviente indigno que no puede excluir su aplicación en ningún caso si se da el supuesto de hecho y el causante no le ha rehabilitado expresamente en documento público, y después de conocer la concurrencia de la causa de indignidad.

Parece, pues, que el legislador civil central también ha prescindido de la doctrina de la STC 93/2013 al reformular las causas de indignidad para suceder, materia típicamente sancionatoria en el ámbito civil y bastante «imperativa» pues actúa *ope legis*, por ministerio de la ley privando al indigno del derecho a la herencia tanto por testamento como *ab intestato*²¹, si bien es cierto que el causante, y nadie más, puede perdonar y rehabilitar al indigno, aunque debe hacerlo en documento público y después de conocer que se han producido dichas causas de indignidad (art. 757 Cc.).

Así pues, convivir con otra persona aun sin formalizar la relación siguiendo las modalidades de las legislaciones autonómicas, tiene consecuencias *mortis causa* por ministerio de la ley al exigir el derecho sucesorio del Cc. en su artículo 756 tras la reformulación por Ley 15/2015 (LJV), una conducta de respeto en la convivencia en pareja tanto hacia el otro conviviente como hacia todo el conjunto familiar so pena de verse privado del derecho a heredar (por

²¹ Aunque sobre este carácter hay opiniones discrepantes y se discute si la sentencia que declara la indignidad para suceder es declarativa o constitutiva.

ahora, si es el conviviente, solo en la sucesión testada al no haber derecho a heredar abintestato). Convivir en unión de afectos análoga a la conyugal tiene consecuencias más allá de las declaraciones expresas de los cónyuges en la sucesión *mortis causa* del Cc.

En cuanto al sentido de la jurisprudencia dictada con posterioridad a la STC 93/2013, tampoco sé de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por juzgados o tribunales frente a dichas leyes, cuyos plazos de impugnación han concluido²². ¿Podrán los Notarios (o alguno de los interesados) poner en duda estos llamamientos en el expediente de declaración de herederos abintestato de los nuevos artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado tras la reforma por Ley 15/2015 (LJV), interponiendo incluso acciones judiciales para que se clarifique si existen llamados con mejor derecho a suceder abintestato? ¿Podrán poner en cuestión el Estado o alguna CA en la declaración administrativa como heredera abintestato en los expedientes tramitados conforme a los artículos 956 a 958 Cc. y 20.6 de la Ley 33/2003 (LPAP) y siguientes en la nueva redacción dada por Ley 15/2015 (LJV) el llamamiento a la pareja de hecho a la sucesión intestada por inconstitucionalidad?

La STC estableció en su FJ 14 que la inconstitucionalidad sería «eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme», dada la «intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas». En consecuencia, la eficacia hacia futuro de la resolución de la STC 93/2013, se da a partir de su publicación en el BOE desde el 23 de mayo de 2013²³. Eso salvaría situaciones consumadas con anterioridad, pero no puede evitar litigios en el futuro. La lectura de la doctrina constitucional permitiría pronosticar notables impactos de la sentencia en la jurisprudencia²⁴ y que los particulares y las instituciones con derecho a heredar en virtud de las correspondientes cláusulas de cierre de los ordenamientos autonómicos, debidamente informados por sus asesores jurídicos, promoviesen declaraciones de herederos a su favor en presencia de conviviente de hecho.

No es fácil pronosticar si se dará algún litigio pues todo puede suceder a la vista de la doctrina constitucional. Sin embargo, la tendencia a equiparar al conviviente extramatrimonial con el cónyuge en la *sucesión mortis causa* es

²² DE AMUNÁTEGUI lleva a cabo una exposición de posibles reacciones tanto de los legislativos autonómicos como de los juzgados y tribunales, así como de los particulares cuyos asesores jurídicos puedan considerar que tienen razones para impugnar derechos de convivientes extramatrimoniales reconocidos en legislaciones autonómicas: 2015, pp. 39-42. Su análisis evidencia el elevado grado de inseguridad jurídica posterior a la STC 93/2013.

²³ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2013, pp. 18-23.

²⁴ DE AMUNÁTEGUI, 2015, pp. 39-42.

tan intensa entre los juristas que incluso en Navarra, para cuya legislación se dictó expresamente la STC 93/2013, la STSJ de Navarra de 18 de septiembre de 2013 (RJ 2014, 1559) interpretó extensivamente las Leyes 272 y 274 FNN asimilando la posición del miembro de una pareja estable a la del cónyuge, a fin de aplicarle las citadas normas (igualación de los hijos de anterior matrimonio y reserva por binupcialidad) y restringir la libertad dispositiva del causante, como ha subrayado doctrina autorizada, a pesar de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley Foral 6/2000, eliminando la equiparación legal del estatuto sucesorio del conviviente al cónyuge viudo²⁵.

Siguiendo con este hilo argumental, a partir de la reforma de la Ley 15/2015 (LJV) los Notarios y las Administraciones públicas al declarar heredero al Estado o a las correspondientes instituciones podrían dudar no solo de la constitucionalidad de normas autonómicas sino también de las normas de derecho extranjero que tengan que aplicar por tener el causante extranjero al fallecer residencia habitual en territorio español y en aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, *Reglamento Europeo de Sucesiones*. Para que ello pudiera suceder habría que considerar que la asignación del derecho a suceder abintestato al conviviente extramatrimonial no solo es inconstitucional (como se colige de la STC 93/2013) sino que es contraria al orden público interno español.

La cuestión resulta muy compleja, plagada de inseguridades jurídicas. Con independencia de estas valoraciones y otras consideraciones que se harán en el último epígrafe del capítulo parece que la STC 93/2013 bloquea la posibilidad de que el Cc. equipare al conviviente de hecho en la posición del viudo en la sucesión intestada, pero no es fácil hacer pronósticos y nada se puede descartar.

4. La favorable acogida social de la equiparación

La atención a los convivientes extramatrimoniales, en la medida que sea, constituye en la actualidad decisión de política legislativa de acogida social favorable, y sobre todo mediática, al menos, así parece ser entre nuestros representantes en las Cortes. Basta echar una ojeada a las enmiendas que se presentaron a la Ley 15/2015 (LJV) cuando se tramitaba en las Cortes Generales, y por todos los grupos parlamentarios con independencia del color político. El propio Grupo Popular, como se vio en el capítulo primero, propuso mediante la Enmienda número 407, un nuevo artículo 63 bis que cristalizó en la nueva regulación del artículo 756 Cc. dada por la Ley 15/2015 (LJV) incluyendo como causa de in-

²⁵ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 124.

dignidad haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, *persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad* o alguno de sus descendientes o ascendientes²⁶.

Lo mismo cabe decir a la vista de las reformas introducidas en los artículos 176.2. II.2.^a, 177.2.1.^o y 178.2.a) Cc. por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que siguen teniendo muy presente en la adopción a la pareja conviviente.

Hasta hace unos años las propuestas de equiparación del cónyuge y el conviviente venían desde el Grupo Socialista y de Izquierda Unida en el Congreso de los Diputados. Ambos grupos ya plantearon equiparar al conviviente extramatrimonial con el cónyuge viudo en la sucesión intestada del Cc.²⁷. Pero la lectura del aparato de enmiendas al proyecto de la Ley 15/2015, como se ha dicho, al margen de su mayor o menor rigor jurídico, muestra que esta sensibilidad ya no depende del color político. Tan indigno es para suceder al causante quien es condenado en sentencia firme por atentar o causar lesiones o infligir habitualmente violencia física o psíquica a su cónyuge como el que lleva a cabo dichas conductas sobre la persona a la que el causante esté unido por análoga relación de afectividad (art. 756.1.^o Cc.); otra cosa es que no se prevea lo mismo para la desheredación al no haberse modificado el artículo 855 Cc. (y a pesar de la Justificación de la Enmienda).

Se dijo hace años que «todo es cuestión de decisión política para conceder o no derechos legitimarios al conviviente supérstite o en su caso derechos en la intestada, aunque se quiera buscar otros fundamentos de carácter jurídico, pues en ambos casos se podría tomar una u otra postura»²⁸ y se puede hacer la misma afirmación aun después de la STC 93/2013, pero la doctrina constitucional provoca que haya que argumentarlo mucho más pues se trata de una fundamentación que contraría, nada más y nada menos, que al garante de la Carta Magna.

5. No hay equiparación para la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen

El artículo 4 de la *LO 1/1982, de 5 de mayo, para la protección post mortem del honor, intimidad e imagen* prevé la legitimación para accionar a favor, en primer término, de la persona designada a tal efecto por el fallecido en su

²⁶ Enmiendas en BOCA núm. 112-2, 22 abril 2015.

²⁷ GARCÍA MAS, F. J., www.unav.edu/matrimonioyfamilia (García_648), p. 1525.

²⁸ GARCÍA MAS, F. J., *op. cit. loc. cit.*

testamento o, en su defecto, y por este orden, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Sin embargo, no prevé la misma legitimación activa para la pareja de hecho formalizada o no, sea homosexual o hereterosexual, y se ha dicho que sería preciso hacerlo mediante norma con rango de Ley Orgánica, aunque el derecho a la intimidad familiar podría amparar la protección de la memoria del fallecido por su pareja de hecho²⁹.

II. LOS CONVIVIENTES EXTRAMATRIMONIALES NO SON LLAMADOS A HEREDAR ABINTESTATO EN EL CC.

1. **Derechos abintestato y conviviente extramatrimonial: estado de la cuestión**

El Cc. no reconoce el derecho a heredar abintestato al conviviente extramatrimonial, esté «formalizada» la convivencia por sus miembros o se trate de una convivencia de mero hecho³⁰. Es igual el tiempo que haya durado, ni si está «formalizada» siguiendo alguna de las legislaciones autonómicas, ni si hubo hijos en común durante la convivencia.

Correlativamente, la jurisprudencia tampoco ha reconocido el derecho a heredar abintestato al conviviente extramatrimonial. La única excepción la constituyen dos conocidos Autos, uno de un Juzgado de Primera Instancia de Alicante y otro dictado en Apelación del anterior por la AP de Alicante (uno confirmando el otro), que reconocieron, tal cual, el derecho a suceder abintestato al conviviente extramatrimonial que acreditó convivencia durante 26 años con el fallecido. Contra la postura del Ministerio Fiscal, los fallos judiciales se basaron en la interpretación de los artículos 913, 943, 944 y 954 Cc. desde una perspectiva de equidad y adaptada a la realidad social (art. 3 Cc.), sin pretender «sin más, la aplicación analógica de las normas de la sucesión intestada a las uniones de hecho»³¹.

Fuera de estas dos resoluciones, la jurisprudencia es unánime al no reconocer el derecho a suceder abintestato al conviviente extramatrimonial. Como

²⁹ DEL CARPIO FIESTAS, *Aranzadi Civil* núm. 17/2005, pp. 17-18.

³⁰ Como inscripción registral –y en tal caso, necesariamente siguiendo las legislaciones autonómicas de parejas de hecho dictadas por parlamentos autonómicos sin competencias en derecho civil foral o especial ex artículo 149.1.8.ª CE–, pactos notariales o privados.

³¹ Se trata de la Sentencia de 20 de marzo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Elche y el que lo confirmó de la AP Alicante, Sección 7.ª, sede en Elche, núm. 167/2002, de 24 de julio que en 2002. Están publicados en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 43, julio-septiembre 2002, pp. 305-317.

la doctrina ha subrayado, «la omisión de la pareja de hecho [en el llamamiento abintestato] no puede considerarse un descuido cuando han existido propuestas legislativas de regulación global de la convivencia *more uxorio* —en las que, por otra parte, tampoco se confería el derecho a suceder abintestato— y en el ordenamiento jurídico estatal es contemplada en otros ámbitos, como por ejemplo en la subrogación en los contratos de arrendamiento urbano [artículo 16.1.b) LAU] o en la adopción (disp. adic. 3.ª Ley 21/1987)³².

En este sentido, cabe citar la SAP Valladolid 6 noviembre 2001 (JUR 2002, 19285) o el Auto AP de Madrid, Sección 10.ª, de 11 de junio de 2007 (JUR 2007, 259127) que, en supuesto de convivencia acreditada de 12 años, consideró que no había derecho a suceder abintestato porque el Cc. no lo reconoce y que «la situación no es análoga a la del cónyuge pues no cabe apreciar laguna, dado que la regulación de la sucesión intestada es completa». En el mismo sentido, negando incluso el derecho del sobreviviente a continuar en el uso de la que fue vivienda de los convivientes, resolvió la STS, Sección 1.ª, de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4062), ponente Sra. Roca Trías³³.

Las sentencias que reconocieron al conviviente derecho a recibir cierta porción (no bienes concretos) del caudal relicto consideraron que no era por derecho a suceder abintestato, sino como indemnización para evitar el enriquecimiento injusto del fallecido (y no de los llamados a la sucesión intestada). Son exponentes de esta doctrina las SSTS de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605) y la de 23 de noviembre de 2004, ambas anteriores a las reformas del Cc. por Ley 13/2005 y 15/2005.

La primera resolución judicial reconoció una indemnización «mortis causa» por convivencia dilatada en el tiempo y acreditada (53 años) que se concretó en una cuarta parte de los bienes relictos, sin incluir ciertos inmuebles, más la cantidad de cuatro millones de pesetas ya percibidos y el derecho de propiedad sobre el ajuar, además de la utilización vitalicia de la vivienda familiar³⁴. Según el TS «no se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada», la hermana del falle-

³² VAQUER ALOY, 2011, pp. 1355-1356.

³³ En el caso, el conviviente era hombre y no había hijos.

³⁴ Cuando la convivencia se inició (1940) existía un vínculo matrimonial de la sobreviviente con tercero desaparecido en la guerra civil (en ese momento, pues, no cabía contraer matrimonio so pena de bigamia). Tras años de convivencia, el causante falleció abintestato, sin descendientes ni ascendientes y a su sucesión concurría una hermana, pariente vivo más próximo. El TS argumenta extensamente para justificar que durante los años de convivencia la sobreviviente se dedicó al cuidado del fallecido y contribuyó notablemente a incrementar su patrimonio, después relicto. Asimismo, quedaron acreditadas las consecuencias económicas negativas para la supérstite derivadas exclusivamente del fallecimiento del compañero y de la absoluta carencia de derechos a suceder. La STS está comentada por PÉREZ ESCOLAR, AC, núm. 07 de 2004.

cido heredera abintestato. Se niega que existiera comunidad de bienes o sociedad irregular ni derecho a indemnización *ex* artículo 1902, que hubiera requerido ilícito generador de daño.

Es similar en su argumentación la STS de 23 de noviembre de 2004 que, tras 17 años de convivencia, negó que hubiera existido comunidad de bienes pero con base en la doctrina del enriquecimiento injusto concedió a la conviviente sobreviviente una cuota parte del caudal, el 50%, tal como solicitaba, y que compartió con los herederos abintestato, parientes colaterales del fallecido.

Ambas sentencias adaptaron en definitiva el derecho *mortis causa* del conviviente extramatrimonial a la jurisprudencia que concede indemnizaciones para evitar enriquecimientos injustificados al cesar la convivencia *inter vivos*, prevista en algunas legislaciones autonómicas y reconocida por tribunales de justicia y acaso concuerdan con la compensación por razón de trabajo en caso de muerte prevista en los artículos 232 y 234 CCC que tiene carácter alimenticio cuando se da entre convivientes y que no puede ser reclamada *post mortem* por los herederos del conviviente fallecido, salvo que estuviera reconocida judicialmente con anterioridad³⁵.

2. La opinión de la doctrina favorable a la equiparación del conviviente con el cónyuge en la intestada y a su constitucionalidad

Con anterioridad a la STC 93/2013, y desde hacía muchos años, «en el campo de la sucesión intestada» se apreciaba una mayor inclinación de la doctrina a incluir al «conviviente de hecho en el orden sucesorio no testamentario»³⁶. Bastantes autores se habían pronunciado a favor de su llamamiento a la sucesión intestada en el mismo lugar del cónyuge³⁷. Fue particularmente luminosa la tesis del profesor PANTALEÓN al afirmar que, si bien no es inconstitucional no reconocer derechos abintestato al conviviente, resulta absurdo y cruel³⁸. Es

³⁵ GRAMUNT Y RUBIO, 2014, pp. 584-587.

³⁶ GARCÍA MAS, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, n.º 204, 1998, pp. 787-812. p. 17 (pp. 1-24) 1509-1532: www.garcia_648.

³⁷ PLAZA PENADÉS, 1999, p. 117; PÉREZ ESCOLAR, *ADC*, 2007, p. 1645 y 2003, pp. 85 y ss., 149 y ss. y 234 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, YSÁS SOLANES, NAVAS NAVARRO y SOLÉ RESINA, 2006, p. 392.

³⁸ PANTALEÓN, 1998, p. 75. Lo que sí es inconstitucional es considerar ilícita la convivencia extramatrimonial (p. 72). «Hoy creo que «absurdo» o «cruel» son adjetivos bastante más duros y creo que es cruel no conceder derechos sucesorios «abintestato» al conviviente extramatrimonial, pero creo que no es inconstitucional no hacerlo», 1998, pp. 75. Consideró constitucional no equiparar al conviviente «pues no existe un mandato constitucional de equiparación con el cónyuge viudo», GAVIDIA SÁNCHEZ, 1995, pp. 83-88. Contrariamente, sí lo considera inconstitucional por discriminación y desigualdad, ROMERO PAREJA, *La Ley* 2003-2, pp. 1616-1617.

una afirmación con la que no resulta difícil estar de acuerdo al analizar el escenario de posibles conflictos entre llamados a heredar abintestato concurriendo un conviviente tal como es hoy el orden de sucesión abintestato. Pensando en los supuestos de la jurisprudencia, en los que se acredita indubitadamente un largo periodo de convivencia (12 años, 50 años, etc.) resulta fácil ponerse a favor del conviviente y no de hermanos, sobrinos, tíos, tíos-abuelos y primos o del Estado. Después de tan dilatada convivencia gana fuerza la legitimidad en el derecho a heredar frente a unos primos, por ejemplo o frente al Estado, si no existen parientes colaterales.

Podría añadirse hoy que esta decisión no se adapta a la realidad social al constatar que la convivencia extramatrimonial no sigue ya el patrón de una situación marginal o de quienes no podían contraer matrimonio como otrora, por vínculo de ligamen o por ser del mismo sexo³⁹. Inequívocamente se ha convertido en una fuente más de creación de familia, en un modelo familiar más⁴⁰ que, como también se ha constatado, sigue *in crescendo*⁴¹. No parecen importar las «sustanciales modificaciones del Cc.» por las Leyes 13/2005 y 15/2005 (hay que sumar la de la Ley 15/2015), que dan «carta de naturaleza a los matrimonios de parejas homosexuales» y facilitan «el divorcio hasta el extremo de hacerlo posible a petición de uno solo de los cónyuges, sin necesidad de alegar causa alguna, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio»⁴²; reformas que, también se ha dicho, han difuminado los límites y diferencias entre matrimonio y parejas de hecho afectando incluso a la «estabilidad institucional o jurídica de las respectivas figuras»⁴³. Y es razonable pensar que tampoco cambiará la situación después de las reformas de la Ley 15/2015 (LJV) admitiendo la separación y el divorcio de mutuo acuerdo y en virtud de escritura pública notarial (arts. 82 y 87 Cc.).

Indudablemente las mayores dificultades para equiparar al conviviente con el cónyuge en la sucesión intestada son consecuencia del necesario reflejo que la «huída de las normas y sus consecuencias lógicas» evidencia la conducta de quienes pudiendo libremente casarse, deciden no hacerlo⁴⁴, especialmente tal como es hoy el matrimonio civil en España y a la espera de conocer los

³⁹ PANTALEÓN, 2000, pp. 165-190, p. 181.

⁴⁰ Aspectos subrayados, con base en argumentos sociológicos, por MARTÍN-CASALS, 2013, pp. 23-27 y GARCÍA RUBIO, 2006, pp. 113-115 y 134-137.

⁴¹ GARCÍA DEVESA, 2013, pp. 62-65: biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000233.pdf.

⁴² SALAS CARCELLER, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2010, p. 1.

⁴³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C, ¿Nuevos modelos de familia?, p. 12. pp. 1-17.

⁴⁴ Cuestión especialmente subrayada, aunque no en relación a la sucesión intestada, con argumentos trasladables por MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Actualidad Civil*, n.º 42, noviembre 2003, pp. 1123-1135.

impactos que en su naturaleza puedan derivarse de la plena aplicación en 2017 de la Ley 15/2015 de la *Jurisdicción Voluntaria*.

El TC ha dejado muy claro en su doctrina que no existe en la CE una garantía de tratamiento idéntico por parte de quienes constituyan matrimonio y pareja de hecho. La familia se debe proteger, pero es constitucional el tratamiento diverso de las leyes a lo que constituyen realidades diferentes, según el TC.

Sin embargo, la Recomendación de 15 de enero de 2003 del Parlamento Europeo aconsejó a los Estados miembros reconocer las relaciones no matrimoniales, con independencia de la orientación sexual y *conceder a las personas que mantuviesen dichas relaciones los mismos derechos que a las que celebren matrimonio* [subrayo].

Si se presta atención a la realidad política futurible en la *mens legislatoris*, ya constatable, es muy verosímil que, si se decidiera reformar la sucesión intestada del Cc., el conviviente de hecho resultaría equiparado al cónyuge. Lo dije ya en el capítulo primero al tratar sobre la nueva regulación de la indignidad para suceder en el artículo 756 Cc. en la Ley 15/2015 (LJV). Lo corrobora también el rimero de enmiendas presentadas en abril de 2015, cuando todavía era un proyecto de ley que se tramitaba en las Cortes Generales⁴⁵. Hay una clara constatación: la atención a las situaciones de convivencia análogas al matrimonio (al margen del rigor en la formulación) viene desde todos los grupos, con independencia del color político, lo que no siempre ha sucedido, como también dije en el mismo lugar, pues hasta ahora, solos los grupos socialista e izquierda unida habían propuesto formalmente la equiparación en la sucesión intestada⁴⁶.

Cuando hablamos del llamamiento al cónyuge, se trata de un causante que fallece sin dejar descendientes ni ascendientes. Equiparar al conviviente en la sucesión intestada (puede ser diferente en otros derechos *mortis causa*, como el usufructo por legítima) supone anteponerlo a parientes colaterales del fallecido: hermanos, sobrinos, tíos, primos, etc. o, si no los hay, al Estado y no implica, en vida del causante, ninguna restricción en su libertad de decisión ni

⁴⁵ BOCG 22 abril 2015, núm. 112-2. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado 121-000112 PLJV.

⁴⁶ Como indicaba en 1998 GARCÍA MAS, al analizar las proposiciones de ley sobre uniones de hecho presentadas en el Congreso de los Diputados los años 1996 y 1997, solo los grupos Socialista y el de Izquierda Unida preveían equiparar a la «persona que hubiere venido conviviendo de forma permanente con el difunto en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual» y no el grupo popular, si bien «en el campo de la sucesión intestada ha habido en el campo de la Doctrina una mayor inclinación a que el conviviente de hecho esté incluido en el orden sucesorio no testamentario»: *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, n.º 204, 1998, pp. 787-812. p. 17 (pp. 1-24) 1509-1532: www.garcia_648.

imposición de obligación alguna pues bien puede hacer testamento (incluso ignorándolo su pareja) y designar heredero a quien bien le parezca.

Es muy diferente, a este respecto, concederle derecho de usufructo por legítima. Esta diferenciación se encuentra en la doctrina con anterioridad a la STC 93/2013, cuando se señalaban las diferencias de extender al conviviente el usufructo por legítima o el derecho a la sucesión intestada⁴⁷.

3. Un apunte sobre reformas de derechos extranjeros recientes: también llaman al conviviente a heredar abintestato

Los derechos comparados suelen reconocer el derecho a suceder abintestato del conviviente, especialmente los que tienen legislación *ad hoc* para el estatuto jurídico de la convivencia *more uxorio*, como la *Ley 20830 de Acuerdo de Unión Civil de Chile*, de 13 de abril de 2015, en vigor desde el 22 de octubre de 2015, cuyo artículo 16 establece que «cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente».

También se equiparan en algunos Códigos civiles como en el de Ecuador reformado en 2015 por Ley 88, que regula por completo las uniones de hecho equiparándolas totalmente al matrimonio, incluida la sucesión intestada (arts. 222 y siguientes, *Título VI. De las uniones de hecho*). Conforme al artículo 231, «Las reglas contenidas en el Título II, Libro Tercero de éste Código, referentes a los diversos órdenes de la sucesión intestada en lo que concierne al cónyuge, se aplicarán al conviviente que sobreviviere, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal»⁴⁸.

Existen notorias excepciones como el derecho francés que distingue entre convivencia con formalización de PACs y «concubinato» sin reconocer en ningún caso derecho a suceder abintestato, lo que no parece importar a los profesionales que no proponen la equiparación con el cónyuge, aunque señalan que cuando hay convivencia fuera del matrimonio existe indudablemente una comunidad patrimonial⁴⁹.

⁴⁷ PANTALEÓN, 1995, p. 1161; DE AMUNÁTEGUI, 2002, p. 276; NIETO ALONSO, 2010, pp. 103-180, p. 127.

⁴⁸ La «porción conyugal» es una sucesión forzosa, una especie de legítima consistente en un cuarto de la herencia en plena propiedad, a la que tiene derecho el viudo con independencia de con quién concurra.

⁴⁹ La Ley de PACs fue reformada en 2006 (Loi 2006-728, 23 juin, portant réforme des successions et des libéralités) y 2009 (Loi 2009-526, 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures), ampliando los derechos de las parejas en lo sustantivo y procesal respectivamente, pero el 106º Congreso de Notarios de Francia de 2010 no plantea en ningún momento la equiparación con el cónyuge, si bien, se reclama una definición en el *Code civil* de la «conyugalidad de hecho».

Constituye un modelo intermedio el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2014, cuyos artículos 509 y siguientes regulan las «uniones convivenciales» y, si bien no las equipara al cónyuge en la sucesión intestada, reconoce a sus miembros un derecho de indemnización al fallecimiento en los mismos términos que para la disolución *inter vivos*⁵⁰. Es una solución que concuerda con la jurisprudencia consolidada del TS en España, ya expuesta.

En algunas legislaciones se siguen sopesando los dos intereses en juego difíciles de conjugar: la protección del miembro débil de la pareja y el absoluto respeto a la libertad individual al elegir no contraer matrimonio. Es esta una constatación recientemente expresada por la doctrina en relación a Québec⁵¹, donde la necesidad de adoptar una solución u otra es más acuciante desde que la Corte Suprema de Canadá, en Sentencia de 2013 (*arrêt Eric c/ Lola*), consideró discriminatorio el diferente trato dispensado por la ley a los denominados «cónyuges de hecho»⁵².

III. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA EQUIPARACIÓN DE LA PAREJA ESTABLE EN LA SUCESIÓN INTESTADA: COMENTARIO A LA STC 93/2013

Como se ha indicado con anterioridad, la STC 93/2013 ha declarado inconstitucional la equiparación del cónyuge y la pareja estable en la sucesión intestada (entre otros derechos sucesorios) que había previsto el artículo 11 de la Ley Foral 6/2000 al reformar la Ley 304.5 FNN y las Leyes 253 y 254 FNN.

⁵⁰ Conforme al artículo 528 (*Distribución de los bienes*), «A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder». Entiendo que los artículos 524 y 525 que prevén el régimen de compensación económica siguiendo el patrón de una indemnización por años de convivencia y dedicación a la familia (evitando enriquecimientos injustificados), se aplican tanto en caso de cese de unión convivencial *inter vivos* como *mortis causa* (regulados en el artículo 523, que incluye como causa del cese de la unión convivencial la muerte de uno de los convivientes).

Asimismo, el artículo 527 prevé la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes mediante un derecho real de habitación gratuito durante dos años como máximo, y siempre que dicho inmueble no estuviese en condominio con otras personas a la apertura de la sucesión. Se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial (o contrae matrimonio o adquiere vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta).

⁵¹ LANGEVIN, *Droit de la Famille, Revue mensuelle lexis Nexis Jurisclasseur*, 2015, pp. 10-15.

⁵² Desde entonces se reunió un Comité gubernamental para establecer las bases de un nuevo derecho de familia. Según sus propias previsiones, los trabajos deberían estar concluidos en la primavera de 2015: *Comité consultatif sur le droit de la famille, Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, 2013. Ni la legislación de Québec ni la doctrina utilizan la expresión «concubina» y se habla de «cónyuges de hecho».

Declarado nulo e inconstitucional el referido precepto, en Navarra ni siquiera la pareja formalizada tiene derecho a heredar abintestato.

A la vista de esta doctrina hay que plantear si para que el Cc. pudiera equiparar a los convivientes extramatrimoniales sería preciso reformar la CE.

La Sentencia tiene singular interés al constituir lo que se ha considerado «la superación» de la doctrina de la «garantía de foralidad» y «conexión suficiente» plasmada en las sentencias dictadas hasta 1993 y reiterada en STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña. En virtud de la nueva orientación del TC, los parlamentos autonómicos con competencia en legislación civil foral o especial podrían legislar cualquier cuestión civil a excepción de las materias reservadas en exclusiva al poder central y no solamente las que ya tenían en 1978 en sus correspondientes Compilaciones y materias conexas⁵³. Unos días antes, la STC 81/2013, de 11 de abril, sobre la *Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho*, consideró constitucional que las CCAA sin competencias civiles forales o especiales del artículo 149.1.8.^a CE legislaran sobre parejas de hecho⁵⁴.

Contra esta doctrina, se ha dicho que las CCAA invaden competencias reservadas en exclusiva al poder central, dado que «la naturaleza jurídica de las parejas de hecho es la misma que la del matrimonio, puesto que ambas relaciones tienen la misma causa, el propósito de convivir al modo en que lo hacen los cónyuges *more uxorio* o con *affectio maritalis*»⁵⁵.

El propio TC afirma que entre ambas «realidades» se puede encontrar «cierta conexión o paralelismo» (FD 5, párrafo 8), pero también que, si bien su existencia se puede reconocer por el ordenamiento jurídico desde diversas perspectivas, ello no debe implicar *per se*, una equiparación con el matrimonio constitucionalmente garantizado (FD 5, párrafo 6).

1. Argumentos del TC para negar el derecho a suceder abintestato al conviviente extramatrimonial: libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE

Dejando al margen la cuestión competencial que requeriría mayor determinación y sin entrar tampoco en la desestimación por el TC de la impugna-

⁵³ «A pesar de su laconismo en este punto, constituye un hito importante en materia del desarrollo de las competencias legislativas de las CCAA con derecho civil propio»: MARTÍN-CASALS, *Indret* 2013, pp. 8-11; EGUSQUIZA BALMASEDA, 2013, pp. 1-29.

⁵⁴ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2013, pp. 1-29.

⁵⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC* 94, 2014, p. 218.

ción por motivos formales en relación con el tipo de ley necesaria para modificar el FNN, interesa ahora analizar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley Foral 6/2000 que equiparaba a la pareja estable con el cónyuge en la sucesión legal o abintestato, en bienes no troncales, y más concretamente las argumentaciones de la sentencia al distinguir entre «normas imperativas y dispositivas» en relación a las de derecho sucesorio.

El artículo 11 de la Ley Foral 6/2000 había modificado el número 2 de la ley 304.5 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o FNN para equiparar a la pareja estable con el cónyuge. Después de dicha reforma, la Ley 304.5 FNN decía lo siguiente: «La sucesión legal en bienes no troncales se deferirá por el siguiente orden de llamamientos, cada uno de los cuales será en defecto de todos los anteriores y excluirá a todos los posteriores: 5. «El cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme a la ley 254». La ley 254 FNN, a la que remite la 304.5, regula la exclusión del usufructo tanto por separación de hecho como por separación de derecho de los cónyuges.

El artículo 11 añadía también un segundo párrafo a la Ley 253 FNN: «Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley». En consecuencia, también se equiparaba con el cónyuge a la «pareja estable reconocida por la Ley» en el usufructo legal de fidelidad.

En el FJ 13, el TC aborda la impugnación de la Ley en tres ámbitos competenciales: el régimen sucesorio, el fiscal y el de función pública. Respecto del primero, la sentencia afirma que «las dos primeras modificaciones de leyes de la Compilación [equiparación en el derecho de usufructo de fidelidad y en la sucesión abintestato (legal)] no se limitan a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro».

Y sigue diciendo, «Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada *ex lege* a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja. Máxime cuando la Compilación de Derecho civil foral de Navarra ofrece una amplia regulación que permite instrumentar la sucesión de los integrantes de la pareja que, partiendo de la libertad de

disposición declarada en la ley 149, cuentan con las opciones que les ofrecen las donaciones *mortis causa* (leyes 165 a 171), los pactos o contratos sucesorios regulados en el título IV del libro II o, finalmente, el testamento de hermandad a que se refieren las leyes 199 y siguientes. Por tal razón, los apartados 1 y 2 del artículo 11 al desconocer la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable, incurren en inconstitucionalidad por vulneración del artículo 10.1 CE».

El Alto Tribunal entiende que las reformas relacionadas con el derecho de sucesiones (también la del régimen fiscal) constituyen una imposición que vulnera el artículo 10.1 CE, que garantiza el libre ejercicio de la personalidad. Los integrantes de una pareja de hecho, tienen derecho a que no se les apliquen estas leyes «imperativas» pues han decidido no casarse, pudiendo hacerlo.

En cambio, considera que no se da tal circunstancia en los supuestos del artículo 13 que alude al régimen de la función pública sobre permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y derechos pasivos, y abono de una ayuda familiar a funcionarios por la pareja estable que no perciba ingresos pues, «a pesar de la formulación imperativa del tenor normativo, su aplicación requiere de la expresa solicitud del integrante de la pareja que esté sometido al régimen funcionarial navarro, de tal manera que su disfrute dependerá en todo caso de su voluntad de acogerse o no a la previsión legal» (FJ 13, último párrafo).

2. **Distinto nivel de imperatividad del derecho a suceder abintestato y del reconocimiento de ciertos derechos «públicos de protección familiar» a los funcionarios, según el TC**

Los llamamientos a la sucesión abintestato y el reconocimiento de derechos *mortis causa* a perjudicados y herederos pueden sin duda obedecer a razones y finalidades diferentes. Pero, con el debido respeto, no se alcanza a entender qué diferencia existe entre el llamamiento a la sucesión intestada y el reconocimiento de ayudas familiares en lo que respecta a la supuesta «imperatividad» si se entiende, como hace el TC, que no se da en los derechos familiares de los funcionarios (art. 13) porque los interesados pueden o no acogerse voluntariamente a la previsión legal que se los reconoce.

Todo llamado a la herencia abintestato debe solicitar y obtener la correspondiente declaración de herederos, necesariamente notarial desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015 (LJV), y aceptar después la herencia (o reclamar judicialmente su derecho en el correspondiente procedimiento declarativo). Por tanto, y a este respecto, es lo mismo que un funcionario que quiera adqui-

rir y disfrutar derechos que le reconocen las leyes, como permisos familiares o el abono de una ayuda familiar (art. 13 Ley Foral 6/2000 declarado constitucional). El disfrute de la sucesión intestada dependerá también necesariamente de la voluntad de aceptar puesto que aun con declaración de herederos abintestato notarial se debe aceptar la herencia y, por supuesto, se puede repudiar, como el llamamiento en virtud de pacto (éste más limitadamente según la tipología del pacto, pues puede ser a favor de tercero y la aceptación de este último será imprescindible para que se consume el referido pacto con independencia de haber consenso entre paciscentes) o testamento.

Es asimismo difícil conciliar que el llamamiento a la sucesión intestada de la pareja estable no sea constitucional por ser imperativo y, en cambio, el derecho de subrogación en el arrendamiento urbano del «difunto compañero», sí⁵⁶.

Y por la misma razón no se entiende que se considere que son plenamente constitucionales las normas relativas a la posibilidad de adoptar (art. 8 de la Ley Foral 6/2000) y el régimen de función pública (art. 13 Ley Foral 6/2000), en atención a que se aplican cuando los integrantes de la pareja estable lo soliciten. En el párrafo sexto del FJ 9, se puede leer lo siguiente: «Únicamente carecen de naturaleza preceptiva algunas previsiones concretas de la Ley, las cuales –a pesar de no contemplar expresamente la necesidad de asunción previa de su contenido– sólo serán de aplicación, por su propia naturaleza, cuando los integrantes de la pareja estable expresamente lo soliciten [caso de las normas relativas a la posibilidad de adopción (art. 8) y al régimen de función pública (art. 13)], salvo estos supuestos, el resto de las reglas recogidas a lo largo del articulado de la Ley Foral prescinde de la asunción voluntaria por los dos integrantes de cada unión, del régimen de las parejas estables. Y, por ello, se puede adelantar ya que vulneran la libertad de decisión consagrada en el artículo 10.1 CE»

Continúa en la tercera proposición del párrafo séptimo del mismo FJ 9: «La misma naturaleza imperativa es patente en la disposición del artículo 7 en cuanto a la responsabilidad patrimonial, en la prescripción del artículo 11 sobre el régimen sucesorio, donde se equipara la pareja estable al matrimonio sin prever la posibilidad de que se pacte un régimen distinto;...»

El carácter dispositivo (y no imperativo) del llamamiento a la sucesión intestada ha sido subrayado por doctrina de referencia. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN consideran que el fundamento de la sucesión intestada es el mismo del

⁵⁶ SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, y 222/1992, de 11 de diciembre en las que, como subraya PANTALEÓN, se declara que es inconstitucional no reconocerle este derecho en la LAU (2000, p. 181).

fenómeno sucesorio en general y consecuencia de la preferencia otorgada a la sucesión voluntaria o testamentaria. Y como indican, «Supuesta esta preferencia, el carácter de la sucesión legítima o abintestato es el de un régimen de derecho supletorio o dispositivo, que funciona en defecto del negocio jurídico privado ordenador de la sucesión y que trata únicamente de llenar el hueco o la laguna que crea la ausencia de testamento eficaz».

El carácter del llamamiento a la sucesión intestada es el de un régimen completamente dispositivo que funciona en defecto de ordenación testada, al que no se sobrepone nunca y que es eliminado por la disposición testamentaria⁵⁷.

3. **¿Ha querido decir el TC que es inconstitucional equiparar la convivencia de hecho con el matrimonio?**

Con el debido respeto, no convence el argumento del TC que, reconociendo al Parlamento de Navarra competencia para regular parejas de hecho se la niega para reconocer derechos abintestato al fallecimiento del primero de sus miembros con fundamento en la «imperatividad» de las normas sucesorias civiles abintestato⁵⁸.

Distinto hubiera sido que el TC hubiera entendido que la norma, al exigir determinada formalidad para su aplicación (pues preveía su aplicación exclusivamente a la «pareja estable reconocida por la ley», si bien en la letra de la ley solo para el usufructo de fidelidad, pues para la sucesión legal o abintestato exclusivamente alude a «pareja estable») discriminaba entre parejas de hecho registradas o que cumplieran los requisitos de la Ley Foral 6/2000 y las que no los cumplieran. También hubiera sido diferente que el TC hubiese considerado que el legislador navarro invadió competencias exclusivas del poder central al regular formas de creación de familia análogas al matrimonio. Pero no fue así.

Asimismo, el fallo resultaría más coherente si el TC afirmase rotundamente que la CE exige mayor consideración y protección al matrimonio que a la convivencia extramatrimonial⁵⁹ y que es inconstitucional equipararlas. Pero esta decisión llevaría a revisar otras del TC como las dictadas en relación con

⁵⁷ LACRUZ, Elementos, 2001, revisa *Rams*, V, pp. 427-428.

⁵⁸ En relación a esta discutible distinción en la sentencia, BERRAIN FLORES, *DPC* 28, 2014, pp. 137-172, en particular, pp. 146-157; MARTÍN-CASALS, *Indret*, 2013, pp. 30-37.

⁵⁹ Nótese que no digo que pueda ser constitucional tratarlos de modo diferente (como hasta ahora el TC había declarado) sino que me pregunto si el TC ha dado un paso más en 2013 y entiende que, según la CE es inconstitucional equipararlos.

la equiparación en la subrogación *mortis causa* de la LAU (arts. 12.4, 16.1 y 24.1) o en relación con el reconocimiento a pensión de «viudedad» a las uniones de hecho en el artículo 174 TRLGSS. También habría que cuestionar la constitucionalidad de la DA 3.ª de la Ley 21/1987 que equipara con los cónyuges «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal» en el derecho a adoptar, o los artículos 8.2, 9.3 y 13.3 a) LTRA. Y por las mismas razones habría que revisar los artículos 790 a 792 LEC, tanto antes como después de su reforma por LJV de 2015 (preceptos que desde 2000 aludían al antiguo procedimiento de «prevención del abintestato») por otorgar a la «persona que se halle en una situación de hecho asimilable» los mismos derechos que al cónyuge, cuando establecen medidas de aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto fallecido sin testamento ni descendientes, ascendientes ni parientes dentro del cuarto grado⁶⁰.

Entiendo que también deberían ser tachadas de inconstitucionales todas las normas de puro derecho civil que dotan de la misma eficacia abdicativa que el nuevo matrimonio del viudo a la «convivencia marital» con otra persona, como los artículos 101 y 831.5 (texto tras la reforma por Ley 41/2003) o el artículo 320.1.º, que permite la emancipación del hijo por contraer el titular de la patria potestad nuevas nupcias o convivir maritalmente con persona distinta del otro progenitor⁶¹.

De entenderse que es inconstitucional la equiparación entre ambas situaciones, matrimonio y convivencia, tampoco serían constitucionales todas las legislaciones extramuros del Cc. que reconocen derechos por causa de muerte e indemnizaciones, como la Tabla I del Anexo que establece el Baremo en el seguro obligatorio pues alude a «las uniones conyugales de hecho consolidadas» y dice que «se asimilarán a las situaciones de derecho» (nota 2, tabla I del RD legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor).

⁶⁰ ¿Por qué permitir que intervenga en estos procedimientos quien no está llamado a recibir bien alguno de la herencia abintestato? ¿O es que el legislador de 2000 ya preveía que las legislaciones autonómicas con derecho civil o foral especial iban a llamar a la intestada a la pareja de hecho? Sinceramente, no lo creo. De las dos que en tal momento estaban en vigor, la aragonesa (1999) no reconocía, como hoy, derechos a suceder abintestato a la pareja estable no casada y la catalana (2000) los reconocía pero exclusivamente a la homosexual, pues era antes de la reforma del Cc. de 2005. Para las paradojas que provocaba el reconocimiento de derechos intestados exclusivamente al conviviente homosexual tras la reforma del Cc. de 2005 y hasta la del derecho catalán en 2008, LLEBARÍA SAMPER, S., *Indret*, 2009, pp. 8-10.

⁶¹ Estas y otras referencias de derecho civil y otros ámbitos en GARCÍA RUBIO, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, pp. 113-137.

Pero el TC no ha dicho eso, sino que dice que no se puede reconocer derecho a suceder abintestato legalmente porque, entiendo, el derecho a heredar abintestato es imperativo y se produce con independencia de la declaración de voluntad de los convivientes. Entonces hay que preguntarse respecto de quién es imperativo el derecho a heredar abintestato.

4. La viudedad foral es imperativa pero la sucesión intestada no: el ejemplo del derecho aragonés

La STC 93/2013 permite reflexionar sobre la imperatividad y la naturaleza y finalidad de figuras sucesorias singulares como son los derechos forales de usufructo y su comparación con el llamamiento a la sucesión abintestato.

Entiendo, en efecto, que el usufructo de fidelidad es, como el derecho de viudedad aragonés, claramente imperativo. Se trata de potentes derechos garantizados por ley al supérstite que ni siquiera precisan de inscripción en el Registro de la Propiedad (ni en el Registro Civil) para ser eficaces frente a terceros. Es una de las razones de la previsión (criticada por algunos foralistas que consideran que es inconstitucional) del artículo 16.2. II para la transmisión de inmuebles: «si los inmuebles radican fuera de Aragón y el contrato se celebra también fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente, el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe».

Son derechos de usufructo universal y vitalicio (salvo que se den las causas tasadas de extinción), es decir, que se proyectan sobre todos los bienes del difunto y con absoluta independencia del régimen económico que haya regido el matrimonio en vida de ambos. Incluso con capitulación matrimonial de separación de bienes entre los cónyuges, persisten tanto el derecho expectante como el usufructo vidual, salvo que se renuncie a ellos expresamente en escritura pública.

Centrándome en el derecho aragonés, para el que creo que tiene particular interés la STC 93/2013, el mero hecho de la celebración del matrimonio, es decir, prestar el consentimiento matrimonial, origina el nacimiento del «derecho de viudedad», mejor llamado que usufructo (arts. 192 y 271 CDFA) pues tiene dos fases nítidas y bien diferenciadas, una durante la vida del causante y otra a su fallecimiento. Es más preciso, como hace el CDFA, distinguir dentro del «derecho de viudedad» (cuyas disposiciones generales están en los artículos 271 a 278), el «derecho expectante» (arts. 279 a 282) y el «usufructo vidual» (283 a 302).

El artículo 192 anuda a la celebración del matrimonio la atribución a cada cónyuge del usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, con las consecuencias y regulación contenidas en el Título V del Libro II CDFA. Conforme al artículo 185.2 es una norma imperativa, lo que tiene particular interés dado el sistema de fuentes de los artículos 1 a 3 CDFA (título preliminar reformulado en la Lsuc. 1999). En definitiva, contra este derecho no tendrá fuerza de obligar la costumbre ni prevalecerá tampoco cualquier otra voluntad de los cónyuges, ni siquiera pactada en capitulaciones matrimoniales, pues también la *norma imperativa escrita aragonesa* [subrayo] limita el principio *standum est chartae*.

Existen otras normas imperativas para proteger a ultranza el derecho de viudedad aragonés, como el artículo 277.2 CDFA cuando dice que los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión (sí pueden decidir tal limitación otros parientes o extraños que donen bienes -277.1-, pero los ascendientes no).

Como digo, en Aragón la viudedad se manifiesta en vida de ambos cónyuges a través del derecho expectante de viudedad foral cuando todavía se desconoce cuál de los dos consortes fallecerá primero, ni si llegará a existir usufructo viudal, pues el expectante se extingue por la disolución *inter vivos* (divorcio o nulidad matrimonial) y por causas *ope legis*, como la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, si bien pueden éstos pactar su mantenimiento mientras el matrimonio subsista (art. 276 CDFA). Puede asimismo cada cónyuge renunciar a su derecho expectante exclusivamente (o conjuntamente con el usufructo viudal) sobre todos los bienes del otro o parte de ellos, pero habrá de ser necesariamente en documento público (art. 274 CDFA). Es de reseñar, como ya se ha apuntado más arriba, que el derecho de viudedad (también el expectante) es compatible con cualquier régimen económico matrimonial (art. 271.3), incluida la separación de bienes. En 2003 (Lrem.) se reformularon las causas de extinción del expectante para favorecer la seguridad del tráfico jurídico tanto de bienes inmuebles como de muebles (arts. 280 y 282 CDFA), así como en las enajenaciones judiciales (281 CDFA).

Finalmente, las causas de exclusión y desheredación del viudo son tasadas y carece de eficacia la desheredación sin justa causa (cierto que desde 2003, las causas de desheredación e indignidad para suceder impiden el usufructo viudal *post mortem*: artículo 276.3 CDFA). Todo cónyuge puede privar al otro del derecho de usufructo viudal (no del expectante) pero solo en la mitad de

sus bienes y siempre que existan descendientes no comunes (283.3 CDFA). En otro caso, ni eso.

En suma, el derecho de viudedad aragonés, especialmente en su primera fase, es más un derecho de familia que un derecho sucesorio como siempre ha subrayado la doctrina. Es razonable que su reformulación postconstitucional se llevara a cabo en la Ley 2/2003 (Lrem.) y no en la Ley 1/1999 (Lsuc.), y que esté hoy regulado en el Libro II (*Derecho de la Familia*) del CDFA y no en el III (*Derecho de sucesiones por causa de muerte*), siguiendo la sistemática de la Compilación (1965/1985) y, con fidelidad, la tradición histórica que ha guiado buena parte de la acción legislativa de conservación, modificación y desarrollo del Derecho aragonés de última generación⁶².

Pero las cosas no son así en la sucesión intestada o legal. Basta con que el causante otorgue testamento instituyendo a otro para que no proceda el llamamiento a la sucesión legal del cónyuge que en Derecho aragonés no es legitimario (aunque tendrá usufructo, como se ha dicho, salvo que haya incurrido en causa de desheredación o indignidad o se hayan iniciado los procedimientos tendentes a la obtención de la separación, nulidad o divorcio). Y bien puede hacerlo en testamento unipersonal ignorándolo el cónyuge (no hay que olvidar que el testamento mancomunado está permitido en Aragón pero no es obligatorio).

Las mismas conclusiones en torno a la valoración de la imperatividad se pueden hacer en el Cc. al relacionar el usufructo por legítima del viudo (ciertamente mucho más limitado que el del cónyuge aragonés) variable en función de los herederos con quienes concurra (art. 834 Cc. si con descendientes, artículo 837 Cc. con ascendientes y 838 Cc. con otros parientes o extraños), con el derecho a suceder abintestato.

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad del causante de la sucesión intestada «vivo y difunto»

Por las razones que he explicado al aludir al derecho expectante de viudedad foral aragonés, entiendo que es palmario que ese derecho constriñe la libertad de los cónyuges constante matrimonio y con independencia de su régimen económico matrimonial. Constituye además un riesgo rotundo para terceros adquirentes que lo ignoren. Indudablemente, siguiendo la argumentación del TC 93/2013, la imposición del derecho de viudedad foral, en su fase de derecho expectante a convivientes extramatrimoniales constituiría una

⁶² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, *DPC* 2011, *i.t.*

vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a su libertad de no casarse. Y, además, se introduciría un riesgo desproporcionado para terceros que contratasen con los convivientes, hayan inscrito o no en los registros *ad hoc* su relación de pareja, pues el Registro de parejas estables no casadas es de naturaleza distinta a la del Registro Civil. La situación resultaría rocambolesca.

El derecho expectante de viudedad foral es evidentemente un fuerte freno a la equiparación con el matrimonio de las parejas no casadas en el Derecho foral aragonés vigente. De hecho, es muy dudoso que se pueda pactar expresamente (ni a la vista del *standum est chartae* del artículo 3 CDFA), por exigencias de seguridad del tráfico jurídico y protección de terceros adquirentes⁶³. Sí, en cambio, parece posible que los convivientes pacten el usufructo universal y vitalicio de exclusiva eficacia «mortis causa» que solo encontrará la objeción del respeto a la mitad del caudal del fallecido en atención a la legítima global o colectiva de los descendientes, únicos legitimarios en Derecho aragonés.

Hechas estas puntualizaciones en relación al Derecho Foral aragonés, no termina de verse en qué aspecto ni de qué modo llamar a suceder abintestato al conviviente de hecho puede vulnerar o constreñir el libre desarrollo de la personalidad de quien ya es difunto (ni tampoco mientras viva) ni tampoco limite la libertad del conviviente supérstite.

Una cosa es un derecho legal de usufructo por legítima (como el de los artículos 834, 837 y 838 Cc.) para el conviviente, que sí podría constituir freno a la libertad del causante, y otra muy distinta llamarlo a la sucesión intestada, de alcance completamente diferente, pues solo tendrá virtualidad ya muerta la persona a la que indudablemente y según el TC hay que respetarle en vida su derecho a «desarrollar libremente su personalidad». Y dicha persona bien puede haber decidido mientras vivió (hasta ignorándolo el otro miembro de la pareja) hacer testamento para favorecer a tercero excluyendo al conviviente aunque estuviese llamado por la ley a heredar abintestato.

Siempre que el conviviente no sea legitimario, no se alcanza a entender dónde está la «imperatividad» de un llamamiento abintestato al que sobreviva de los dos, ni en vida del otro, y menos aun, cuando ya ha fallecido.

A quien realmente restringe derechos un hipotético llamamiento abintestato al conviviente, en el mismo lugar del cónyuge, es a los parientes colaterales y al Estado que resultarían postergados.

⁶³ Y no parece que deba cambiar esta conclusión después de la regulación en la Ley 15/2015 (LJV) de la constancia del régimen económico matrimonial en el Registro Civil que puede llevarse a cabo por acta de notoriedad ante notario. Tal publicidad registral se prevé exclusivamente para el matrimonio.

IV. FUNDAMENTO DEL LLAMAMIENTO ABINTESTATO AL CÓNYUGE. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA EQUIPARACIÓN DEL CONVIVIENTE EXTRAMATRIMONIAL

1. Posibilidad de designación en testamento

Una de las razones para no llamar a las uniones de hecho a la sucesión intestada es que los convivientes se pueden llamar voluntariamente en testamento pues, para que se dé la vocación abintestato a favor del cónyuge es preciso que no existan descendientes ni ascendientes, órdenes preferentes⁶⁴. Y, además, se ha dicho, a un módico precio⁶⁵; podríamos añadir que incluso en testamento ológrafo que ahora debe adverarse y protocolizarse ante Notario (arts. 689 y ss. Cc. reformados por Ley 15/2015 *de la Jurisdicción Voluntaria*).

En este mismo sentido, la STC 93/2013 recuerda al legislador las amplias posibilidades reconocidas en derecho navarro para otorgar pactos, testamentos, fiducias, etc.

Fue sin duda uno de los argumentos para que el derecho aragonés no llamase a la sucesión intestada a la pareja cuando se tramitó la propuesta de Ley de parejas estables no casadas que fue presentada directamente en las Cortes de Aragón el año 1999 (sin pasar por la Comisión asesora de Derecho Civil presidida por el profesor Delgado), mientras se tramitaba la Lsuc. 1/1999⁶⁶. El CDFA de 2011, como la Lsuc. de 1999 no equiparan en la sucesión legal (intestada) al cónyuge y la pareja estable no casada registrada, ni tampoco atribuyen derecho a suceder abintestato al conviviente de mero hecho.

2. El llamamiento al cónyuge está hoy basado exclusivamente en la convivencia

Buena parte de la doctrina considera que el llamamiento abintestato al cónyuge está basado en la convivencia y no en el consentimiento matrimonial, especialmente desde la reforma de los artículos 834 y 949 por la Ley 15/2005

⁶⁴ Si hay cónyuge, por no haberse disuelto el matrimonio de alguno de los convivientes, habrá que entender necesariamente que hay separación de hecho y el viudo no tendrá usufructo ni sucesión abintestato (834 y 945 *post* 2005)

⁶⁵ PANTALEÓN, 1998, p. 80.

⁶⁶ Sobre esta cuestión, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 229-233.

y la nueva eficacia abdicativa de la separación de hecho en norma escrita⁶⁷. La conclusión es la misma (incluso tiene mayor fundamento) después de la reforma de la separación y el divorcio en el Cc. por la Ley 15/2015 (LJV). Sin convivencia de los cónyuges, entendida como cese de la convivencia conyugal aunque sea impuesta unilateralmente por cualquiera de los cónyuges, no hay derecho a heredar abintestato; el consentimiento matrimonial tiene entonces muy poca virtualidad pues aunque uno no quiera separarse, si de hecho lo está aunque sea por voluntad unilateral del otro, no puede heredar abintestato.

Es igual el tiempo que haya durado la convivencia, incluso habiendo celebrado los cónyuges bodas de oro, si hay separación de hecho al fallecimiento, no hay derecho a heredar abintestato, aunque puedan existir otros derechos como la pensión de viudedad del artículo 174 LGSS. Si bien, algún autor en la doctrina francesa ha propuesto *de lege ferenda* la introducción de un mecanismo de sucesión *prorata temporis* para favorecer en la intestada a antiguos cónyuges divorciados del difunto⁶⁸, no conozco propuestas análogas para el Cc. En Cataluña existen atribuciones *mortis causa* tanto para el cónyuge viudo como para la pareja estable que relacionan indemnización por convivencia, régimen económico matrimonial (separación de hecho en defecto de acuerdo) y sucesión *mortis causa*⁶⁹.

3. Sucesión intestada como presunta voluntad del fallecido y afectos del español medio junto a razones de política legislativa y de política social

Se ha dicho también que la sucesión abintestato no tiene, a diferencia de la legítima, su fundamento en el matrimonio⁷⁰ y que se basa en una presunción de afectos típicos del causante medio⁷¹. Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en la decisión del orden de llamamiento a la sucesión intestada se dan «tanto razones derivadas de una voluntad tácita o presunta o de lo que es normal que los causantes quieran (v. gr., preferir a los hijos o descendientes, etc.), pero existen también razones de política legislativa y de política social, como pueden ser la protección de los intereses familiares en función de la idea de que la protec-

⁶⁷ PÉREZ ESCOLAR, ADC, 2007, p. 1645 y antes en 2003, pp. 85 ss., 149 ss. y 234 ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, YSÁS SOLANES, NAVAS NAVARRO y SOLÉ RESINA, 2006, p. 392; NIETO ALONSO, 2010, p. 126.

⁶⁸ GUÉVEL, 2014, p. 43.

⁶⁹ Vid. GRAMUNT y RUBIO, 2014, pp. 573-595.

⁷⁰ SAP A Coruña, Sección 4.ª, 22 de octubre de 2010 (AC 2010, 1816).

⁷¹ NIETO ALONSO, 2010, p. 126.

ción a la familia se considera como socialmente conveniente»⁷². La supletoriedad de la sucesión intestada se recalca al considerarla incluso *de rango inferior* a la testada, en *Elementos* de LACRUZ⁷³.

Cuando se acredita convivencia extramatrimonial, ¿cabe pensar que, de haber podido, el causante hubiese llamado preferentemente a un hermano, sobrino, tío, primo, sobrino-nieto, tío-abuelo o al Estado o CA? Es razonable contestar que no, si la convivencia fue estable y dilatada en el tiempo y, sobre todo, si persistía en el momento de fallecer el primero de los convivientes. Así que ateniéndonos a este criterio como fundamento de la ordenación abintestato, no sería extravagante llamar al conviviente en la misma posición del cónyuge viudo.

4. La sucesión abintestato como medida de protección al supérstite

No es lo mismo, ni tiene por qué serlo, la orientación de decisiones de política legislativa para llamar abintestato que para adoptar medidas de protección de la pareja supérstite, por ejemplo, para reconocer derechos de indemnización en casos de accidente de tráfico (en que prima el concepto de «perjudicado» frente a «heredero») o para salvaguardar el derecho al alojamiento en el inmueble que fue soporte de la convivencia⁷⁴ y el ajuar doméstico, seguramente con diferente *ratio* si hay hijos⁷⁵, y si son menores cuando fallece el primero.

La protección legal desde el punto de vista civil del conviviente puede estar justificada con independencia de que la pareja estable haya formalizado de algún modo su relación o, incluso, sin que se dé exclusividad, como en supuestos en que el fallecido estaba casado y convivía a la vez con otra persona, con la que ha podido tener hijos que sean menores a su fallecimiento. Existe jurisprudencia extranjera que así lo ha reconocido como la sentencia de la Corte Suprema de 7 de marzo de 2012 de Chile que desestimó el recurso contra la de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que, revocando la de primera instancia, concedió derecho a indemnización a la pareja de hecho durante más de 10 años del fallecido aunque durante todo ese tiempo permaneció casado con otra mujer que había

⁷² 2015, p. 208.

⁷³ LACRUZ, Revista *Rams Albesa*, Elementos, V, 2001, pp. 427-428.

⁷⁴ Tendencia a aplicar la regulación sobre el uso del domicilio contemplada para las uniones matrimoniales cuando hay descendencia tanto de los tribunales como de la doctrinal. Si no hay descendencia, no, salvo pacto entre convivientes. VIÑAS MAESTRE, *Indret* 409, 2007, *i.t.*

⁷⁵ Mejor que «descendencia común» lo que puede ocurrir sin haber tenido ambos relación marital alguna por ser, por ejemplo, abuelos de un mismo nieto, como subraya MARTÍN-CASALS, 2013, p. 17, nota 32.

vivido con los cuatro hijos del matrimonio fuera del país. La pareja de hecho del fallecido, muy enfermo durante toda su vida, además de convivir durante más de 10 años y ser conocida públicamente como su cónyuge, se había ocupado de su cuidado y también de la administración de sus bienes por mandato⁷⁶.

Más todavía, el creciente modelo de las denominadas familias «recompuestas» o «reconstituidas» puede justificar la misma medida protectora aunque los hijos que convivieron con la pareja de hecho no lo fueran del fallecido⁷⁷.

La normativa sobre lanzamientos y desahucios pone de manifiesto la necesidad de proteger más allá de los vínculos de sangre o adopción a todos los que convivan en el inmueble⁷⁸.

Existen otros supuestos que evidencian identidad de razón, exclusivamente en el ámbito civil, entre matrimonio y convivencia extramatrimonial. Hace años que el profesor PANTALEÓN consideró que los derechos de los artículos 142. II *in fine* (gastos de embarazo y parto no cubiertos de otro modo) y 964 (derecho de alimentos sobre los bienes hereditarios de la «viuda que quede encinta») se deben al conviviente extramatrimonial⁷⁹. En efecto, de ambos se deduce que se trata de alimentos del hijo frente al padre, pero la orientación correcta es, a mi juicio, la del artículo 62 CDFa que obliga al padre, esté o no casado o conviva o no con la madre del hijo, a contribuir equitativamente a los gastos de embarazo y parto, así como a «prestar alimentos a la madre con preferencia sobre los parientes de esta, durante el período de embarazo y el primer año de vida del hijo si la madre se ocupa de él».

El derecho de alimentos por embarazo y parto (en su caso, también el primer año claramente singular y gravoso por la intensa necesidad de atención del menor) no es solo *inter vivos* sino que se debe aplicar si ha fallecido el causante y frente a la masa hereditaria, y la única interpretación sensata es que procederá con independencia de que el hijo llegue a nacer y «fuere viable» como parece exigir el artículo 964, con terminología anterior a la reforma del

⁷⁶ ESPADA MALLORQUÍN, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 20, julio 2013, *i.t.*

⁷⁷ En Aragón, desde la reforma por Lrem. 2003, son de cargo del patrimonio común de los cónyuges los deberes de crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio (hoy, artículo 218.1.a) CDFa. Y el artículo 298 CDFa impone deber de alimentos al viudo usufructuario frente a descendientes del premuerto no comunes. También es «gasto común» de la pareja estable no casada (parece que la registrada) el mantenimiento de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluido derecho de alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda. No se encuentra obstáculo, a pesar de la letra de la ley y de la STC 93/2013 para su aplicación a convivientes extramatrimoniales no registrados en razón del interés del menor que debe prevalecer frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Acaso sería dudoso en relación a los gastos de los hijos mayores de edad hasta los 26 años del artículo 69.2 CDFa, si bien por identidad de razón y analogía existen argumentos que amparan su derecho frente al conviviente.

⁷⁸ RD-1 27/2012 y Ley 1/2013 de 14 de mayo que protegen incluso a parientes afines y allegados.

⁷⁹ PANTALEÓN PRIETO, 1998, p. 72.

artículo 30 Cc. por Ley del Registro Civil de 2011. En mi opinión, en idénticos términos debería contribuir a los gastos de embarazo y atenciones médicas a la madre cuando el hijo no llegue a nacer por elementales razones de coherencia, mejor que de humanidad, que también, y exista o no convivencia con el fallecido en el momento de la muerte.

Los caracteres y finalidades de las decisiones de política legislativa aludidas no necesariamente han de coincidir con las de los llamamientos abintestato pero existe inequívocamente cierto barniz de protección del supérstite en la ordenación de llamamientos abintestato, que se va mitigando a medida que se llama a parientes más alejados (y que no se da en el llamamiento al Estado que responde a otras finalidades).

La Historia enseña que la paulatina preferencia en el llamamiento al cónyuge viudo en la sucesión intestada ha sido en buena medida consecuencia de la necesidad de proteger su situación y estatus al fallecimiento del causante. Estas mismas razones de protección podrían servir para argumentar a favor de la sucesión del conviviente extramatrimonial en pareja estable, si bien, falta un concepto jurídico de conviviente marital o extramatrimonial⁸⁰, fuera del de las legislaciones autonómicas⁸¹, quizás más necesario que la legislación estatal de parejas que sigue reclamando la doctrina⁸².

Si bien, se constata que ni la falta de un concepto establecido, ni la falta de una legislación estatal han impedido la promulgación de todo tipo de normas, incluidas civiles, que prevén efectos jurídicos muy concretos y relevantes cuando se da la convivencia marital estable, también en la sucesión por causa de muerte como demuestra la nueva regulación de las causas de indignidad para suceder del artículo 756 Cc. por Ley 15/2015 (LJV).

5. Argumento basado en el necesario reflejo en el arquetipo familiar. El conviviente extramatrimonial forma parte de la «familia *inter vivos*», ergo debe integrarse en la «familia *mortis causa*»

Junto a las medidas aludidas de protección de quien puede resultar en situación de debilidad al fallecer el conviviente y que pueden encontrar mayo-

⁸⁰ Los juristas franceses, poco proclives a la equiparación de derechos ni para la pareja que ha concluido un pacto (PAC), ni para quienes viven en el denominado «concubinato» consideran imprescindible que el Código civil recoja una definición de la «pareja conyugal»: Congreso de Notarios Francia 2010.

⁸¹ Que, como indicó la STC 40/2014, de 11 de marzo, no sirve a efectos del artículo 174.3. V del TRLGSS para atribuir pensión de viudedad.

⁸² GARCÍA RUBIO, 2006, p. 122; DELGADO ECHEVERRÍA, 2009, p. 8.

res argumentos en razones éticas y económicas, se puede aludir al necesario reconocimiento de estatus social y también familiar y jurídico del conviviente supérstite.

Con independencia del fundamento de los llamamientos⁸³, los sistemas jurídicos de sucesión abintestato reflejan con gran fidelidad el modelo familiar al que se aplican y que toman como referencia. El análisis histórico del derecho muestra que la evolución de los sistemas de cómputo de grados de parentesco, por ejemplo, se va adaptando a las concepciones familiares de cada sociedad en las distintas etapas de su evolución (por eso el cambio del sistema de cómputo canónico o germánico al civil o romano). Por ejemplo, la afinidad no tiene la misma relevancia jurídica cuando desde el punto de vista moral no se considera indigno o impropio el matrimonio entre afines, y ello acaba por reflejarse en la falta de regulación en los Códigos civiles. Son aspectos que forman parte del estudio de la Familia desde un punto de vista antropológico, sociológico, ético, moral y hasta religioso.

En este sentido, el orden en el llamamiento abintestato de cada grupo de llamados es también un reconocimiento de un determinado estatus familiar, de la posición que ostenta el individuo en el conjunto familiar. Por ello, y dado que la convivencia extramatrimonial es indudablemente hoy una fuente de creación de familia, ello necesariamente terminará por plasmar en el modelo y arquetipo familiar de sucesión «mortis causa». A este respecto, podría decirse que hoy el Cc. no refleja fielmente los modelos familiares actuales imperantes cuando establece los llamamientos abintestato, salvo al establecer las causas de indignidad para suceder en el artículo 756 Cc., reformulado por la Ley 15/2015 (LJV) que sí ha seguido la orientación indicada ateniéndose a modelos sociales imperantes.

Si el conviviente extramatrimonial es una pieza más en el engranaje familiar, lo mismo que el cónyuge, y forma parte de la familia *inter vivos*, debe también formar parte de la «familia mortis causa». Y tomar decisiones jurídicas que respeten este axioma, no atenta a la libertad y dignidad del individuo, sino más bien todo lo contrario al tomar en consideración la trascendencia de las relaciones humanas y la relevancia jurídica de la convivencia entre dos personas mayores de edad y libres a pesar de lo que afirma la STC 93/2013.

⁸³ Como indican Díez-PICAZO Y GULLÓN, una cosa es el fundamento de la sucesión intestada y otra distinta el de los órdenes preferencia entre llamados: Sistema IV-2, 11.ª ed., 2012 (reimpresión 2015), p. 208.

Entiendo que el propio TC se contradice cuando al argumentar sobre la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, que admite la adopción de las parejas de hecho con independencia de la orientación sexual (lo mismo que las admiten los artículos 175 ss. Cc.) llega a afirmar citando la doctrina sentada por la STEDH de 26 de febrero de 2002 (asunto *Frente c. Francia*), que «la adopción es dar una familia a un niño, y no un niño a una familia» y, sin embargo, en otros lugares (hasta en cuatro ocasiones como ya se ha dicho) habla de las parejas de hecho como «fenómeno social» que los parlamentos autonómicos pueden valorar en el marco de sus competencias (FJ 5), parece que con independencia de que tengan o no las CCAA las de legislación civil foral o especial, si se interpretan conjuntamente las SSTC 81/2013 y 93/2013. Indudablemente, la que se constituye por el nexo de dos personas que conviven *more uxorio*, formalicen o no su relación en registros autonómicos o en escrituras públicas notariales o en virtud de actas de manifestaciones, es una familia, tan digna de consideración como la matrimonial, más que un fenómeno social que se pueda o no tomar en consideración por los poderes legislativos.

Las cosas han evolucionado y, paulatinamente, se ha ido reivindicando, primero la licitud de la convivencia extramatrimonial, también su constitucionalidad⁸⁴ y cada vez más el reconocimiento de eficacia jurídica civil en ámbitos diversos y hasta la igualdad y equiparación con el matrimonio en asuntos de relevancia capital como la adopción de hijos y su procreación mediante TRAH⁸⁵.

Es difícil negar hoy la analogía entre la relación de convivencia y el matrimonio, y es difícil argumentar en contra de quienes advierten que se invaden competencias del poder central cuando se legisla sobre parejas de hecho por las CCAA, aunque el TC haya considerado lo contrario⁸⁶. La conexión familiar entre matrimonio y pareja de hecho es reconocida incluso por el TC en la fundamentación jurídica y habiendo consentimiento con vocación de permanencia, no se puede negar que acaba por ser bastante similar al matrimonio civil tal cual es después de las reformas de Cc. por Ley 13/2005, 15/2005

⁸⁴ PANTALEÓN, 1998, p. 73: es inconstitucional considerar ilícita la convivencia extramatrimonial.

⁸⁵ El privilegio de convivir a diario con jóvenes, del profesor universitario con responsabilidad docente en las asignaturas Derecho de Familia y Sucesiones y Derecho civil aragonés, ambas del Grado, permite conocer la opinión de las nuevas generaciones al respecto que, cada año más claramente, consideran en pie de igualdad para suceder a cónyuges y convivientes y por bien que se explique cómo son las cosas en el Cc. (primer semestre) y en el Derecho Foral aragonés (segundo semestre) cada año cuesta más hacer entender que la pareja de hecho no es heredera abintestato en el Cc. ni en el CDFA. El tema, desde hace varios años y sistemáticamente, suscita debate en el aula.

⁸⁶ Lo niega BERCOVITZ, *CCJC*, 94, 2014, pp. 218-220 y antes en *DPC* 2003, núm. 17, pp. 61 y ss.; y 2004.

y 15/2015 (LJV). Así sucede en el caso de la pareja registrada o la que se constituye con alguna formalidad o pacto en escritura notarial, o sencillamente la que se proyecta en el tiempo con estabilidad acreditada o de la que nacen hijos, incluidos por adopción o mediante TRHA,

En este momento, la evolución de la regulación jurídica de los derechos, deberes y eficacia de los actos jurídicos de la convivencia *more uxorio*, lleva a que su estatuto se acerque bastante al de un miembro más de la estructura familiar, indiscutiblemente, análogo al cónyuge, especialmente cuando existen hijos, pero si no, también.

Y esta misma consideración se ha reflejado con total nitidez al establecer la Ley 15/2015, las nuevas causas de indignidad para suceder en el artículo 756 Cc., lo mismo que los nuevos artículos 175, 177 y 178 Cc. en la reforma por Ley 26/2015.

Por lo demás, no conozco ninguna opinión que proponga llamar al conviviente extramatrimonial a la sucesión intestada pero en lugar diferente al del cónyuge, por ejemplo, entre los colaterales y el Estado.

6. La paradoja del Cc.: el viudo bínubo debe reservar pero el conviviente no

Hasta tal punto son equiparables cónyuge viudo y conviviente extramatrimonial en los efectos de la sucesión *mortis causa* que cuando en algunos supuestos ciertas normas no prevén los mismos efectos para ambos, se dan paradojas difíciles de explicar.

Las obligaciones de reservar bienes a favor de los descendientes del causante solo se prevén en el Cc. para el viudo que heredó (por testamento o abintestato) bienes de su cónyuge y que pasa, después de enviudar, a segundo o ulterior matrimonio (arts. 968 a 980 Cc.).

No se contemplan ni para los supuestos en que el viudo tenga una nueva relación de convivencia de hecho (formalizada o no según lo dispuesto en las legislaciones autonómicas) ni tampoco se impone la misma reserva al conviviente extramatrimonial que haya podido adquirir bienes de su pareja (por ahora en el Cc. solo por testamento). Se da entonces una cierta contradicción pues cuando el conviviente hereda bienes, necesariamente como digo en virtud de llamamiento testamentario del premuerto, no está obligado a reservar a diferencia del viudo bínubo herede por testamento o abintestato.

La Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco parece haber tenido en cuenta esta paradoja al ampliar en el artículo 120 la reserva que ya regía en Derecho vasco para el cónyuge viudo extendiéndola al miembro sobreviviente de la

pareja de hecho y, para ambos, si pasan a segundas nupcias o vuelven a formalizar nueva pareja o tengan un hijo que no lo sea del causante: «Salvo disposición contraria del causante, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho que pase a segundas nupcias, constituya nueva pareja de hecho o tenga un hijo que no lo sea de su difunto cónyuge o pareja de hecho, estará obligado a reservar a los hijos y descendientes de aquél todos los bienes que haya adquirido del mismo por testamento, pacto sucesorio [u] otro título lucrativo».

La norma permite dos constataciones. Por un lado que se ha decidido (a diferencia de lo que hicieron otros derechos como el gallego y catalán) conservar la reserva por ulteriores nupcias y por otro, que se ha optado por la total equiparación de la pareja, si bien parece que con el límite de su aplicación a la formalizada a la vista de la disposición adicional segunda de la LDCV. Se aparta así el legislador vasco de la solución dada a estas situaciones en Cataluña, donde se ha suprimido la reserva binupcial que se recogía en el artículo 387 CSC (como expresamente indica el artículo 411-8 CCC), en atención a la modernización del derecho sucesorio y a un contexto social en que las segundas nupcias y formación de nuevas parejas tras divorcio y la adopción han crecido enormemente. Sin embargo, algunos autores se han mostrado críticos con dicha supresión y se ha dicho que acaso debería haberse ampliado la reserva a los supuestos de pareja de hecho para proteger a los hijos habidos en común con el causante⁸⁷.

La reserva binupcial y su ampliación a las situaciones convivenciales han sido objeto de atención especial en la jurisprudencia y doctrina en Navarra donde se mantiene junto a un régimen de amplia libertad de testar. Constituye en ese derecho una medida de protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio de singular relevancia y que consagran las Leyes 272 y 274 FNN⁸⁸. La STSJ de Navarra de 18 de septiembre de 2013 (RJ 2014, 1559) ha extendido la aplicación de dicha reserva (y de las Leyes indicadas del FNN) asimilando la posición del miembro superviviente de una pareja estable a la del cónyuge, a fin de aplicarle las citadas normas y restringir la libertad dispositiva del causante⁸⁹.

Las reservas no gozan de simpatía en la doctrina, menos todavía cuando se trata de reservar bienes de origen familiar o troncal e incluso se ha cuestio-

⁸⁷ CODERCH y LÓPEZ BURNIOL, en *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, II, EGEA FERNÁNDEZ, FERRER RIBA (dir.), ALSACIO CARRASCO (coord.), ed., Atelier, p. 86, ARROYO AMAYUELAS y ANDERSON, 2013, p. 1716; GRAMUNT y RUBIO, 2014, p. 588.

⁸⁸ EGUSQUIZA, 2006, pp. 11-14.

⁸⁹ *Vid.* críticas y comentarios en EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, pp. 123-130.

nado la constitucionalidad de las reservas binupciales cuando no hay hijos del matrimonio en el que se produjo la transferencia previa de bienes⁹⁰ pero es indudable que reportan ventajas a quienes pueden ostentar posiciones de debilidad ante constitución de nuevas familias por quienes recibieron atribuciones patrimoniales (como el modelo de la Ley 272 FNN) y también permiten ponderar intereses en juego cuando fallece el último de los cónyuges o convivientes. Se ha dicho, con razón, que la regulación moderna, en beneficio de la simplicidad (aunque no de la equidad), prefiere los sistemas de atribución de los bienes por el exclusivo dato del parentesco⁹¹.

Para valorar la justificación, racionalidad y oportunidad de mantener o no las reservas hereditarias (troncales o no), debe tomarse en consideración, más que el momento de adquisición de los bienes por parte del reservista, el momento de la apertura de su sucesión, que es cuando realmente se produce la verdadera eficacia de la reserva. Y a tal momento hay que referir la conveniencia de llamar a unos parientes y no a otros. Dicho de otro modo, el *quid pro quo* es fundamental. Si se plasma la imagen de los contendientes por mejor derecho a suceder en bienes objeto de reserva troncal (art. 811 Cc.) o binupcial (arts. 968 a 980 Cc.), se verá que hay buenos argumentos para preferir a quienes tienen mayor conexión con los bienes familiares o son dignos de protección especial ante la constitución de nueva familia por el reservista.

En definitiva, en el arquetipo conceptual de aplicación de la reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc. se prefiere a colaterales del transmitente frente a colaterales del causante que los recibió. En el preciso momento de llamamiento a los reservatarios no hay daño para el propio adquirente (si bien, en vida, estuvo obligado a reservar) porque el supuesto del artículo 811 Cc. se da cuando fallece el reservista. Y no se olvide que la reserva del artículo 811 Cc. es solo sobre bienes troncales, no sobre bienes que el descendiente que los transmitió a su ascendiente hubiese ganado con su propio esfuerzo y trabajo a lo largo de su vida. En mi opinión, y pese a la opinión contraria mayoritaria de la doctrina⁹², existen buenos argumentos para diseñar llamamientos específicos en los bienes troncales de la familia, especialmente si se antepone al cónyuge a los ascendientes⁹³ y se constituyan o no como reservas hereditarias, lo que también ha de valorarse.

⁹⁰ MUNAR BERNAT y VERDERA IZQUIERDO, 2011, pp. 2431-2433.

⁹¹ RAMS ALBESA, en LACRUZ, Elementos, 2001, p. 429.

⁹² Tratamiento completo del estado de la cuestión en HUALDE MANSO, 2007, *passim*.

⁹³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, así parecen considerarlo (2012, reimp. 2015, p. 208).

7. Un par de apuntes finales: efectos del fallecimiento 30 días después de contraer matrimonio en derecho argentino y del matrimonio con fallecido en derecho francés

Existen dos normas vigentes en otros derechos que no se contemplan ni deben en el Cc. y que excluyen del derecho a heredar abintestato al cónyuge. Una es el artículo 2436 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino «Matrimonio *in extremis*. La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial». La otra es la previsión expresa en el Código civil francés cuando dice que el matrimonio con un fallecido que puede autorizar en casos especialísimos el Presidente de la República francesa, no tiene efecto sucesorio alguno.

V. PRIVACIÓN DEL DERECHO A SUCEDER DEL CÓNYUGE POR LA MERA SEPARACIÓN DE HECHO. DIFERENCIAS CON LA SITUACIÓN DE LA PAREJA ESTABLE

Como ya se ha dicho, desde la reforma de los artículos 834 y 945 Cc. la separación de hecho provoca la pérdida de derechos sucesorios *mortis causa* de los cónyuges. La doctrina anuda, con razón, consecuencias de gran calado para el matrimonio por esta decisión de la Ley 15/2005 que no ha alterado la reforma de la Ley 15/2015 (LJV). Sin embargo, la mera separación de hecho (si no es consentida por mutuo acuerdo que conste fehacientemente) no priva en Aragón ni en Navarra ni en País Vasco del derecho a la sucesión intestada (art. 531.1 CDFa) ni tampoco del derecho de viudedad (276 y 301 CDFa).

Ello al margen, parecería razonable que, si algún derecho a suceder abintestato reconocen las leyes autonómicas a los convivientes extramatrimoniales, también se desactive si, al fallecer el primero, estaban ya «separados de hecho». Es lo que sugiere la doctrina al proponer la aplicación analógica del artículo 944 Cc. al miembro de una unión de hecho que sobrevive⁹⁴.

⁹⁴ ESPADA MALLORQUÍN, 2009, pp. 309 y siguientes; PÉREZ ESCOLAR, 2010, p. 1038.

Sin embargo, el análisis de las legislaciones autonómicas que reconocen derecho a suceder abintestato a la pareja estable muestra nuevamente asimetrías paradójicas.

Desde 2011 no las hay en Cataluña. El artículo 442-6.2 CCC, que procede de la reforma por *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo, relativo a la persona y la familia*, equiparó la situación del cónyuge separado de hecho «en el momento de la apertura de la sucesión» con la del conviviente en pareja estable separado de hecho del causante «en el momento de la muerte» de éste y, desde entonces, carecen ambos de derecho a suceder *abintestato*.

Tampoco hay discordancias en Aragón donde la mera separación de hecho de los cónyuges no tiene relevancia en la letra de la ley para la pérdida de la sucesión abintestato (=legal) ni para la del derecho de viudedad (arts. 531.1 y 276 CDFa) y porque, como ya se ha dicho, no se reconoce a la pareja estable no casada derecho a sucesión legal. La separación de hecho tampoco tiene relevancia para privar del derecho a suceder al cónyuge por pacto sucesorio (art. 404 CDFa), testamento mancomunado (art. 438 CDFa) ni por testamento unipersonal pues lo relevante es que al fallecer el causante estuviesen en trámite los procedimientos tendentes a la obtención de la separación, nulidad o divorcio, y siempre que el fallecido no hubiere dispuesto lo contrario⁹⁵. No se prevé, en cambio, para el testamento unipersonal en razón de la plena libertad del testador para modificarlo y revocarlo cuando bien le parezca.

Sin embargo, la identidad de razón entre supuestos, se puso de manifiesto en la STSJ de Aragón de 20 de junio de 2005, dictada en un supuesto (plagado de singularidades) de convivencia de hecho acreditada durante 23 años, si bien, durante todo ese tiempo persistió el matrimonio de uno de los convivientes con otra mujer. Poco tiempo antes de fallecer el testador, la convivencia de hecho se rompió y volvió aquél a convivir con la esposa. El TSJA consideró que el legado de usufructo hecho en testamento unipersonal a favor de quien había sido su conviviente extramatrimonial durante 23 años no debía ser eficaz porque al fallecer el testador había cesado ya la convivencia de hecho con la legataria, y ello, por entender que era un supuesto análogo al entonces vigente artículo 123 de la Ley 1/1999 Lsuc. (idéntico al vigente artículo 438 CDFa) que deja sin efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges y las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado

⁹⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, 2005, *i.t.*

el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a este fin», y siempre que no sea otra la voluntad del testador. Es una argumentación razonable a la vista del supuesto concreto en que incluso existieron litigios y confrontación entre los convivientes antes de fallecer el primero de ellos y aunque éste no había revocado su testamento unipersonal.

Por lo que respecta al Derecho balear, al remitir al Cc. para la sucesión intestada, desde la reforma por Ley 15/2005, el cónyuge separado de hecho no hereda abintestato, como explica la SAP Islas Baleares, Sección 3.^a, de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 22179). La legislación balear no contempla el mismo efecto para la pareja estable que, conforme a su legislación, se extingue después de un año de cese efectivo de la convivencia. Este período de tiempo sin convivencia se pudo acreditar en el asunto resuelto por la SAP Islas Baleares, Sección 5.^a, de 20 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 69397) que no reconoció derecho a suceder *ab intestato* de la pareja inscrita. Hubiera resultado acaso más difícil resolver sobre el particular si no se hubiera podido acreditar separación de hecho durante un año.

En cuanto al Derecho vasco, en la propuesta de reforma que se tramita la mera separación de hecho no tiene relevancia para la pérdida del derecho abintestato del cónyuge, ni se prevé nada específicamente en el mismo sentido para la pareja de hecho que se extingue según la Ley 2/2003, entre otras causas, por decisión unilateral pero que ha de ser comunicada fehacientemente al otro (art. 18.b). El artículo 112 de la Ley 5/2015 (LDCV) llama en segundo lugar, inmediatamente después de los descendientes, «al cónyuge viudo no separado legalmente o por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente o al miembro superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros».

En Navarra, conforme a la ley 254 del Fuero Nuevo, la separación de hecho extingue el usufructo legal de fidelidad solo si ha sido consentida por ambos, pero tiene eficacia extintiva para el cónyuge que la motivó por infidelidad conyugal, incumplimiento grave de los deberes familiares o por haber atentado contra la vida del otro, reglas que se aplican al cónyuge en la sucesión legal (intestada) *ex* ley 304.5. La pareja estable estaba equiparada conforme al artículo 11 de la Ley Foral 6/2000, pero como se ha dicho ya, ha sido declarado nulo e inconstitucional por STC 93/2013. En Navarra, la pareja se extingue por voluntad unilateral de uno de los miembros notificada fehacientemente al otro y por cese efectivo de la convivencia durante más de un año (art. 4 Ley 6/2000).

Curiosamente, pues, la mera separación de hecho de los cónyuges (aunque sea unilateral y no consentida por el otro) priva del derecho a suceder abintestato a los todavía casados (art. 945 Cc.) y del usufructo por legítima (claramente según el artículo 834 Cc. en concurrencia con descendientes y también con ascendientes y extraños pues lo mismo hay que interpretar en relación con los artículos 837 y 838 Cc.). Sin embargo, en algunas legislaciones autonómicas que reconocen derecho a heredar abintestato a las parejas formalizadas, la mera separación de hecho no tiene la misma eficacia para excluir del llamamiento, al menos en la letra de la ley.

En presencia de este derecho positivo, es completamente razonable que los jueces consideren, como hizo la citada STSJ de Aragón de 20 de junio de 2005, que existe analogía entre los supuestos de separación de hecho de los convivientes extramatrimoniales y la de los cónyuges a efectos de la privación de derechos sucesorios, especialmente, para privar de la sucesión intestada.

VI. DECLARACIÓN DE HEREDERO ABINTESTATO DEL CONVIVIENTE EXTRAMATRIMONIAL TRAS LA REFORMA POR LEY 15/2015 DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY DEL NOTARIADO

Hasta la reforma del artículo 55 de la Ley del Notariado por Ley 15/2015 (LJV), cuando los convivientes extramatrimoniales pretendían heredar abintestato reclamando un derecho que el texto del Cc. no les reconocía (como tampoco hoy), solían recurrir al juez y no a la vía notarial que es la que correspondía antes y hoy para que el cónyuge fuese declarado heredero abintestato.

En este sentido, cabe citar el AAP Madrid, Sección 10.ª, núm. 142/2007, de 11 de junio (JUR 2007, 259127) en el que la conviviente de hecho (durante 12 años) solicitaba ser declarada heredera abintestato por analogía con el vínculo del matrimonio, y dado que no podía ser por acta de notoriedad, recurrió al juez. La AP entendió que pedirlo al Juez no era coherente con la solicitud de equiparación con el cónyuge (que debe obtener la declaración de heredero por vía notarial), si bien, *obiter dicta*, pues finalmente decidió que no había lugar a aplicar la analogía ni a que la conviviente heredase abintestato.

En los derechos civiles territoriales la cuestión se planteó claramente. El artículo 442-7 CCC dispone que: «Los derechos del cónyuge viudo o del conviviente en pareja estable superviviente en la sucesión intestada deben atribuirse expresamente en las declaraciones de heredero abintestato, que pueden

hacerse, en ambos casos, por acta notarial de notoriedad». El texto definitivo de la norma procede de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, que sustituyó la expresión «unión estable de pareja» por «pareja estable».

En Galicia, el Auto de la AP de La Coruña 81/2012, de 31 de mayo se pronunció a favor de la competencia notarial para tramitar la declaración de herederos del conviviente, aunque los artículos 979 y 980 LEC/1881 todavía vigentes entonces, no lo preveían expresamente.

La cuestión sobre el tipo de declaración de herederos a tramitar para la declaración como herederos abintestato de los miembros de parejas de hecho registradas o constituidas formalmente según las legislaciones autonómicas está clara después de la reforma del artículo 55 de la Ley del Notariado por Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria. Conforme a dicho precepto, es el Notario quien tramita todas las declaraciones de herederos abintestato, salvo la del Estado (que se hará por las propias Administraciones Públicas): «Quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o *persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*, o sus parientes colaterales, podrán instar la declaración de herederos abintestato» (subrayo).

Según los textos legales (aparentemente) en vigor, la declaración notarial servirá para declarar herederos abintestato a los miembros de las parejas registradas o formalizadas que gozan del mismo derecho a suceder abintestato que el cónyuge en los derechos balear, gallego y vasco. También están equiparados en derecho catalán y en este caso, según la letra de la ley no solo las registradas sino también las que lo sean conforme a lo dispuesto en el artículo 234-1 CCC, es decir, aquellas cuya convivencia dure más de dos años ininterrumpidos, o las que tengan un hijo común, además de las que formalicen la relación en escritura pública.

Cabe preguntarse, si en adelante, los convivientes extramatrimoniales que no tengan registrada o formalizada su relación de pareja conforme a las legislaciones autonómicas (tenga el causante vecindad civil común o correspondiente a cualquiera de las legislaciones civiles forales o especiales) solicitarán acaso «por analogía o identidad de razón» ser declarados herederos abintestato y, en tal caso, si lo solicitarán al Notario o, si contienden con el Estado, a la propia Administración General que tramite la declaración administrativa de heredero. Está claro que, como indica la última proposición del párrafo tercero del artículo 56.3 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, tal como ha quedado formulada por la Ley 15/2015 (LJV), «También quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda».

Cabe preguntarse si habrá contienda judicial entre la correspondiente CA y la pareja de hecho registrada, en supuestos en que no existan más parientes del causante y si los jueces y tribunales interpondrán cuestiones de inconstitucionalidad en relación a las normas civiles que reconocen derecho a heredar abintestato a la pareja de hecho registrada o formalizada.

Y por las mismas razones cualesquiera otros parientes (ascendientes o colaterales dentro del cuarto grado, según el orden de llamamiento de cada CA) que consideren que tienen derecho a heredar abintestato y no la pareja estable a tenor de la STC 93/2013.

CAPÍTULO OCTAVO

SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES

I. ANTECEDENTES

El Fuero Juzgo llamaba a los colaterales en tercer lugar, después de los descendientes y los ascendientes¹. El llamamiento se limitaba al séptimo grado² y, dentro de este orden, tenían preferencia los hermanos; después se llamaba a los tíos y a falta de ellos, a los sobrinos del fallecido³. Los medio hermanos sucedían con los hermanos de doble vínculo pero solo en los bienes que el causante había recibido de la línea a la que pertenecían dichos hermanos, de modo que al tener en cuenta el origen familiar, los hermanos de vínculo sencillo eran postergados por los de doble vínculo, aunque todos fuesen llamados conjuntamente en el resto de bienes adquiridos por el causante durante su vida «de propia industria»⁴.

En el Fuero Real, los colaterales también sucedían después de los ascendientes, sin admisión del derecho de representación y con aplicación de la regla del duplo (derecho a doble porción por doble vínculo, paterno y materno), con el mismo criterio del Fuero Juzgo⁵. El límite de llamamiento también estaba en el séptimo grado⁶.

En las Partidas, el llamamiento a los parientes colaterales se extendía hasta el décimo grado, siempre con preferencia al cónyuge viudo⁷. Se se-

¹ Ley 5.^a, título 2.^o, libro IV.

² Ley 7.^a, título 1.^o y Ley 11.^a, título 2.^o, ambas en el libro IV.

³ Ley 8.^a, título 2.^o, libro IV y Ley 4.^a, título 5.^o, libro IV.

⁴ Ley 4.^a, título 5.^o, libro IV.

⁵ Ley 12.^a, título 22, libro IV.

⁶ Leyes 12.^a y 13.^a, título 22, libro IV.

⁷ Ley 6.^a, título 12, Partida VI.

guía, en cierto modo, el sistema de la Novela 118 de Justiniano. Los hermanos sucedían con los padres y, en defecto de padres, con los abuelos. Tenían preferencia los hermanos y los hijos de hermanos del fallecido, con aplicación radical del doble grado pues los hermanos germanos excluían a los de vínculo sencillo, que solo podían heredar los bienes del causante correspondientes a su respectiva línea y en defecto de hermanos y sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo. Después eran llamados los demás colaterales⁸.

Las Leyes de Toro prohibieron expresamente el llamamiento conjunto a los padres con los hermanos recogido en las Partidas. Los colaterales eran llamados en defecto de descendientes y ascendientes⁹. No estaba claro el límite de llamamiento, aunque parece que era el cuarto grado de parentesco según el cómputo civil y no el canónico (sobre los sistemas de cómputo de grado de parentesco, ver el capítulo segundo). Este sistema permaneció inalterado en la Nueva y Novísima Recopilación.

Después, la «Ley de mostrencos» de 1835 (Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 16 de mayo; Gaceta de Madrid del 22 de mayo de 1835, número 142) introdujo nuevamente en su artículo 2 el llamamiento a los colaterales hasta el décimo grado. De modo que después de los parientes colaterales del cuarto grado heredaban los hijos naturales; después, el cónyuge y después, *los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión*. En último lugar sucedía el Estado.

Según la base 18.^a de la Ley de Bases de 1888, los hermanos e hijos de hermanos debían suceder en tercer lugar, después de los descendientes y los ascendientes; tras ellos, ordenaba llamar a los hijos naturales, después al cónyuge y luego, sin precisar cómo había de hacerse la distribución, fijaba como límite de grado de llamamiento el sexto.

El Cc. así lo estableció. La sucesión intestada de los colaterales se reguló en la Sección cuarta (*De la sucesión de los colaterales y de los cónyuges*), en los artículos 946 a 951, 954 y 955 (el 952 y 953 recogían el llamamiento al cónyuge viudo). Al promulgarse el Cc., los artículos 946 a 951 llamaban a los hermanos e hijos de hermanos del causante después de los descendientes, ascendientes e hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión Real; se reconocía el derecho a doble porción para los hermanos de doble vínculo en caso de concurrir con hermanos de vínculo sencillo (o

⁸ Leyes del título 13, Partida VI.

⁹ Ley 7.^a de las de Toro; recogida en la 2.^a, título 20, libro X de la Novísima Recopilación.

sea, solo de padre o madre). Después de los hermanos e hijos de hermanos, los artículos 952 y 953 llamaban al cónyuge viudo. Después del cónyuge, eran llamados los colaterales hasta el sexto grado (954 y 955); este último llamamiento se hacía sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

Como bien indicó la STS de 20 de marzo de 1920¹⁰, el cónyuge tenía preferencia en el llamamiento abintestato respecto de todos los colaterales del causante a excepción de los hermanos e hijos de hermanos, orden que cambió en la reforma del Cc. de 1981.

Por RD-I de 13 de enero de 1928 (Gaceta de Madrid de 14 de enero de 1928) se limitó el grado de llamamiento a colaterales del sexto al cuarto grado, para lo que se modificaron los artículos 954 y 955 (también, como veremos en el capítulo siguiente, los artículos 956 y 957).

La reforma del Cc. de 13 de mayo de 1981, antepuso al cónyuge en la intestada respecto a los hermanos e hijos de hermanos del causante. Al pasar los hermanos e hijos de hermanos en bloque al penúltimo lugar (antes del Estado) persistió la división jerárquica, dentro de los colaterales, en dos subórdenes: hermanos e hijos de hermanos por un lado y resto de colaterales por otro. Desde entonces, el llamamiento a los colaterales se recoge en la Sección Tercera, artículos 943 y 946 a 955 Cc.

II. PLANTEAMIENTO

En lo relativo a la sucesión intestada de los parientes colaterales las cuestiones que se pueden abordar desde el punto de vista *de lege ferenda* son, en nuestra opinión, las siguientes:

a) La conveniencia de limitar del cuarto al tercer grado el llamamiento (en su caso, limitando completamente el llamamiento a los tíos) y restringiéndolo exclusivamente a los hermanos y sobrinos del causante.

b) Si se decide mantener el llamamiento al cuarto grado, los sobrinos nietos del causante (nietos de los hermanos) deberían heredar en el primer grupo de parientes colaterales privilegiados con preferencia a los no privilegiados. En tal caso habría que regular con extremo cuidado las reglas del derecho de representación al entrar más grados que en la actualidad.

¹⁰ *Jurisprudencia civil*, tomo 149.

c) Convendría aclarar si los hijos de hermanos indignos para suceder al causante heredan la total cuota abintestato por estirpes por derecho de representación. También si se aplica el derecho de representación en caso de exclusión voluntaria de la herencia de los hermanos.

d) Debería valorarse la supresión de la regla del duplo y, de mantenerse clarificar completamente los aspectos más discutibles de su aplicación:

1.º Si el derecho a doble cuota se ha de calcular para que la tenga individualmente cada colateral de doble vínculo comparándolo con el de vínculo sencillo.

2.º Si la regla del duplo se refleja a descendientes de hermanos del causante concurren o no con hermanos de doble vínculo o vínculo sencillo.

Tal como se ha puesto de manifiesto en los dos capítulos anteriores, la evolución de los modelos familiares desde la promulgación del Cc. en 1889 lleva a reflexionar sobre algunos aspectos del llamamiento a colaterales en vistas a una eventual reforma del derecho de sucesiones. El protagonismo de la familia nuclear en detrimento de la extensa, la atención a los derechos del cónyuge y también de la pareja estable y de hecho y a las obligaciones del individuo para con la sociedad constituyen fenómenos sociales que han forzado modificaciones en el régimen jurídico de la sucesión de los colaterales en los derechos coetáneos en los últimos cien años.

Al margen de las relaciones de preferencia y jerarquía con otros órdenes de llamados, se podría valorar la conveniencia de favorecer a la estirpe de los hermanos del causante hasta el cuarto grado en detrimento de otros colaterales, es decir, si se ha de dar preferencia a los nietos de los hermanos frente a los tíos, primos y, sobre todo, a los tíos abuelos. Tiene, en mi opinión, poco sentido que los hermanos del abuelo del fallecido hereden en la misma posición que los nietos de sus hermanos.

Asimismo, desde hace años se ha puesto en entredicho la constitucionalidad de la denominada «regla del duplo», es decir, el derecho a doble porción de los hermanos de doble vínculo frente a los de vínculo sencillo. En Francia se ha suprimido en las recientes reformas del Código civil del siglo XXI. Acaso la relevancia social cada vez mayor de las denominadas «familias reconstituidas», la equiparación completa de los distintos tipos de filiación, incluida la adoptiva, y la desatención a la consideración del origen familiar de los bienes relictos del causante, llevan a rechazar progresivamente la distinción entre hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo y su reflejo en las cuotas abintestato.

Finalmente, convendría clarificar si el derecho de representación se aplica a la estirpe del hermano indigno pues existen posiciones doctrinales diver-

gentes y se dan claras paradojas al comparar los efectos con los que se dan en la indignidad de descendientes para su correspondiente estirpe.

III. TENDENCIAS EN EL LLAMAMIENTO A COLATERALES EN LOS ÚLTIMOS CIEN AÑOS

1. Dos efectos del protagonismo de la familia nuclear: anteposición del cónyuge y limitación gradual en el llamamiento a colaterales

La tendencia de las reformas del Cc. durante el siglo xx en lo que respecta a la sucesión intestada de los parientes colaterales ha seguido dos líneas nítidas, indudablemente consecuencia del mayor protagonismo social de la familia urbana y nuclear. Por un lado, la paulatina anteposición del cónyuge viudo a grupos de parientes y, por otro, la sistemática limitación en el grado de llamamiento a colaterales, lo que ha favorecido la sucesión abintestato del Estado.

En nuestro Cc., la restricción del sexto al cuarto grado de parentesco se produjo, como hemos indicado en el apartado anterior, tempranamente, en la reforma por Real Decreto-ley de 13 de enero de 1928. Todavía se encuentran estelas del sistema anterior en el tenor literal del artículo 1653 Cc., sobre enfiteusis, cuando dice que «A falta de herederos testamentarios descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma». Con buen criterio, la STS de 1 de junio de 1951 consideró que el artículo 1653 había de interpretarse según la limitación al cuarto grado operada en la reforma de 1928¹¹. Puesto que su tenor literal no ha cambiado es aconsejable tenerlo en cuenta en futuras modificaciones del Cc.

La limitación del sexto al cuarto grado de parentesco se consideró en 1928 tan relevante que, como indicaba la Exposición de Motivos del RD-ley de 13

¹¹ *Jurisprudencia civil*, tomo XX, mayo y junio de 1951, Madrid, 1952. Según el considerando primero: «el Código Civil, por su artículo 1.653, establece una forma de readquisición del dominio pleno en los censos enfiteúticos al disponer que a falta de herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge «supérstite» y parientes dentro del sexto grado –hoy cuarto por virtud del Decreto-ley de 13 de enero de 1928– del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma, con lo cual se crea un modo de extinción del censo por consolidación, sin precedentes en nuestro Derecho histórico, excluyéndose de la herencia, en la hipótesis a que dicho artículo se refiere, la finca enfiteútica, con la finalidad de reunir los dos dominios que en los censos de tal naturaleza existen».

de enero, no debía ser aplicada inmediatamente, y se fijó «para su vigencia un plazo suficiente» para que cuantos quisieran «testar a favor de parientes de grado superior al cuarto» pudieran hacerlo. Publicado el RD-1 en la Gaceta de 14 de enero, la limitación al cuarto grado entró en vigor el 1.º de julio del mismo año (art. 3.º).

La tendencia a la limitación gradual en la línea colateral se da recientemente incluso en derechos que atienden al origen familiar de los bienes relictos del causante, es decir, en ordenamientos que, siguiendo su tradición, regulan la troncalidad, más proclives, en principio, a una mayor extensión en el llamamiento a parientes colaterales. Así, por ejemplo, en el derecho aragonés, vasco y navarro, que conservan sus respectivas y genuinas sucesiones troncales, en cada caso de naturaleza distinta, el llamamiento a los colaterales se ha limitado notablemente y no llega hoy más allá del cuarto o sexto grado de parentesco¹². En derecho navarro, conforme a la Ley 307.3 FNN, son parientes tronqueros los colaterales dentro del cuarto grado, pero tienen derecho a heredar abintestato, en bienes no troncales, los colaterales ordinarios hasta el sexto grado (Ley 304.6).

En la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco se han limitado los derechos de adquisición preferente de los parientes sobre bienes inmuebles troncales (el derecho de la saca) del cuarto al tercer grado de parentesco (art. 72). Si bien no se ha hecho en la sucesión intestada (legal) es una limitación relevante en institución colateral o conexas a la troncalidad.

2. Reforma del artículo 745 del Código civil francés en 2015

La tendencia a limitar el llamamiento a colaterales se aprecia en las reformas del siglo XXI en Francia. La Ley 3 de diciembre de 2001 limitó el llamamiento de los parientes en la sucesión intestada al sexto grado reformando el

¹² En la Compilación del Derecho civil de Aragón el llamamiento a los herederos troncales en los bienes troncales de abolorio era ilimitado (art. 133). La Lsuc. 1999 mantuvo la limitación al cuarto grado en la troncalidad simple y la limitó al sexto en la troncal de abolorio (hoy artículo 526 CDFA). Fue una decisión aplaudida por casi todos pues la troncalidad se suele considerar una reliquia histórica, más propia de derechos «rancieros y anticuados» pero, aunque se ha propuesto incluso su supresión, tiene indudables ventajas y racionalidad pues no supone sino que los bienes reviertan a la familia de la que procedieron después de haber sido disfrutados por una o más generaciones y ante un hecho singular y muy concreto, cual es la falta de descendencia del adquirente de los bienes. Encuentro que es todavía más razonable en derechos como el aragonés donde el viudo tiene usufructo universal y vitalicio también en los bienes troncales (al igual que en los bienes objeto de recobro como precisa el artículo 524.3). En Aragón los herederos troncales no son reservatarios ni legitimarios. *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 a), pp. 150-200; 2002, pp. 12-20; 2012, *i.t.*

artículo 745 del *Code*. Desde entonces surgió la duda en la doctrina en torno a si dicha limitación se había de aplicar a todos los órdenes de colaterales, incluidos los colaterales privilegiados (parentela de los hermanos y hermanas del causante) o exclusivamente en el orden de los colaterales ordinarios (resto de colaterales de líneas más apartadas)¹³.

En la sucesión intestada, el segundo orden de llamados, tras los descendientes (y desde la reforma por Ley 3 de diciembre de 2001 junto al cónyuge viudo), lo constituyen los ascendientes privilegiados (padre y madre del causante) y los colaterales privilegiados (hermanos y hermanas y sus correspondientes descendientes que heredan por derecho de representación si concurren de grados diferentes). El resto de ascendientes y colaterales más alejados heredan en penúltimo lugar, después de todos los parientes anteriores y del cónyuge, y antes del Estado¹⁴.

La Ley de 16 de febrero de 2015¹⁵ ha reformulado el artículo 745 del *Code civil* para aclarar que la limitación al sexto grado en la línea colateral solo tiene lugar respecto del orden de los colaterales ordinarios sin que se deba aplicar a los colaterales privilegiados¹⁶. Es decir, la sucesión en el llamamiento a colaterales privilegiados, hermanos y descendientes de hermanos, es ilimitada; el derecho de representación en esta línea colateral se aplica también ilimitadamente, lo mismo que en la línea recta descendente. Como la doctrina ha indicado, será difícil en la práctica que concurren a la sucesión parientes colaterales privilegiados del causante más alejados del sexto grado, pero merece subrayarse que algunos de los diputados que defendieron esta enmienda al artículo 745 del *Code Civil* eran representantes de la Polinesia que pidieron tomar en consideración la realidad de la familia tradicional en ese departamento¹⁷.

3. ¿Conviene limitar el llamamiento al tercer grado de parentesco?

La lectura de la Exposición de Motivos del RD-1 de 13 de enero de 1928 muestra que la limitación gradual no es planteamiento exclusivo del siglo XXI, pues ya entonces se propuso la limitación al tercer grado de parentesco en el

¹³ GRIMALDI, M. y VERNIÈRES, Ch., *Defrénois, La revue du notariat*, 2015, pp. 250-257.

¹⁴ GUÉVEL, D., 2014, pp. 95-99.

¹⁵ *Loi n.º 2015-177, du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*: legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030248552.

¹⁶ « Les parents collatéraux relevant de l'ordre d'héritiers mentionné au 4.º de l'article 734 ne succèdent pas au-delà du sixième degré ».

¹⁷ *Amendement n.º CL 22, 14 févr. 2014*.

llamamiento a colaterales en la sucesión intestada, pero la mayoría de la Asamblea Nacional consideró que era todavía prematuro y se optó por limitarlo al cuarto grado.

Díez-Picazo y Gullón consideran que, «dada la evolución de la familia, su estrechamiento y sus crisis, imponen reajustes en el ordenamiento sucesorio. El más claro de ellos es la progresiva limitación del cuadro de los parientes con derecho a heredar, que hoy está colocado en el cuarto grado y que podría restringirse aún más»¹⁸.

Si la proximidad y habitualidad de las relaciones con hermanos (2.º grado) y sobrinos (grado 3.º) no es ya la que era en la sociedad española actual, menos trascendencia tiene la relación entre primos (4.º) que, si la hay, se enmarca más en un contexto de amistad que familiar. De decidirse así, el Estado mejoraría su posición sucesoria.

En cambio, sí parece razonable «trasladar» a los nietos de hermanos del causante al grupo de los colaterales privilegiados, admitiendo el derecho de representación en la línea colateral hasta el cuarto grado, por las razones que a continuación se expondrán.

IV. TRASLADAR A LOS SOBRINO-NIETOS AL GRUPO DE COLATERALES PRIVILEGIADOS Y ADMISIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN HASTA EL CUARTO GRADO: ARGUMENTOS

1. **Distinción entre parientes colaterales privilegiados y ordinarios**

Hasta la reforma por Ley 11/1981 del Cc., el cónyuge era llamado a la sucesión intestada, como se ha reiterado ya, después de los hermanos e hijos de hermanos y antes de los demás colaterales hasta el cuarto grado (limitación del sexto al cuarto grado introducida en 1928).

En ese momento no se introdujo ninguna otra modificación en las reglas de distribución de la herencia en este grupo. Sencillamente, se traspasó en bloque el grupo de colaterales integrado por los hermanos e hijos de hermanos del causante al orden general de los colaterales, sin modificar sus reglas internas. En esto no se aparta el Cc. de otros sistemas que también distinguen dentro del orden de colaterales entre privilegiados y ordinarios. Es un sistema tradicional en los llamamientos abintestato que se da tanto en ordenamientos

¹⁸ Díez-PICAZO y GULLÓN, Sistema IV-2, 2012 (reimpresión 2015), p. 208.

que siguen sistemas de llamamiento a parentelas, más influenciados por derechos germánicos, como en los que siguen sistemas de orden y grado, fieles a las Novelas de Justiniano¹⁹. La estirpe de los hermanos del fallecido sin posteridad suele gozar de preferencia en todos los derechos históricos frente a otras ramas de colaterales más apartadas.

Siguiendo lo dispuesto en los artículos 946 y 954 Cc., existe un llamamiento preferente dentro de la clase de los colaterales al suborden de los hermanos e hijos de hermanos²⁰. Existiendo hermanos o hijos de hermanos, no sucederán el resto de parientes colaterales hasta el cuarto grado: Auto de la AP Santander de 2 de mayo de 2002 (JUR 2002, 185869).

En el caso resuelto por la STS de 12 de julio de 1910 (vigente el orden sucesorio anterior a la reforma por Ley 11/1981), ante la repudiación de una hermana del causante (único pariente más próximo vivo) una prima alegaba que al ser pariente de cuarto grado tenía derecho a suceder con preferencia a la viuda en virtud de la repudiación de la hermana. Con toda razón, el TS desestimó el recurso. La repudiación por la hermana (entonces preferente al cónyuge viudo en el llamamiento a la intestada) no provocaba el llamamiento a los demás colaterales llamados por la ley, sino al orden siguiente, es decir, en ese momento al cónyuge viudo²¹.

La Ley 11/1981 tampoco modificó todo lo concerniente al derecho a doble porción por doble vínculo, ni reformuló el derecho de representación. Mantuvo la regla de distribución igualitaria o «por cabezas» en caso de concurrir solo sobrinos del causante. Quedó asimismo intacto el criterio de distribución de la herencia dentro del suborden de los parientes colaterales ordinarios: principio de preferencia por proximidad de grado con todo rigor y sin aplicación del derecho de representación (pues no lo permite el artículo 925. II Cc.) y sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón de doble vínculo.

La conclusión es que la ley sigue criterios diferentes tanto de preferencia como para la distribución de la herencia dentro del mismo orden y clase de llamados, lo que se indica como mera constatación sin ser necesariamente una crítica. El derecho de representación solo se admite en el Cc. a favor de los hijos de hermanos del causante (art. 925. II Cc.) así que no llega más allá del tercer grado de parentesco y, consecuentemente, solo se aplica en el grupo de colaterales privilegiados. En la línea colateral el derecho de repre-

¹⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. 2000 b, pp. 257-270.

²⁰ VAQUER ALOY, 2011, pp. 1363-1364; YSÁS SOLANES, 2011, pp. 1289-1290; LÓPEZ MAZA, 2013, pp. 6908-6909; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, pp. 1284-1285.

²¹ *Jurisprudencia civil*, tomo 118.

sentación provoca la distribución por estirpes si concurren hermanos del causante con hijos de hermanos del causante (arts. 925, 927. I y 948 Cc.)²². Si concurren solo sobrinos, heredan por cabezas o en partes iguales (art. 927. II Cc.).

Los nietos de hermanos del fallecido (4.º grado) no pueden representar a su abuelo (hermano del causante), sin embargo, son llamados en el segundo subgrupo de colaterales, es decir, en el de los colaterales ordinarios o no privilegiados²³.

El derecho de representación tampoco se aplica a favor de descendientes de parientes colaterales distintos de los hermanos del causante. Los primos no pueden representar a sus padres, es decir, a los tíos del fallecido, como correctamente se indica en la SAP de Ávila núm. 150/2002, de 17 de junio (JUR 2002, 225408), en el Auto de la AP Salamanca núm. 100/2003, de 18 de septiembre (JUR 2003, 236188) y en el Auto de la AP Soria de 10 de junio de 2009 (JUR 2009, 301620). De modo que si el causante deja como únicos parientes vivos un tío (colateral de grado 3.º) y un primo (colateral de grado 4.º) que es hijo de otro tío que premurió al causante, el tío excluye de la sucesión al primo (arts. 954 y 955, en relación con el artículo 921 Cc.), pues se debe aplicar rigurosamente el principio de preferencia por proximidad de grado (conforme a lo dispuesto en los artículos 921 y 955 Cc., y en caso de repudiación, también se aplica junto a los anteriores, el artículo 923 Cc.). Los primos pueden heredar como colaterales ordinarios siempre que no concurren tíos del causante.

La aplicación del derecho de representación a favor de los hijos de los hermanos del causante y la consideración de los hijos de hermanos como parientes colaterales privilegiados, provocan que un sobrino del causante excluya de la sucesión a un tío del mismo, esto es, un colateral de grado 3.º excluye a otro de idéntico grado, como hemos visto en el apartado anterior²⁴. Es una opción legislativa razonable pues el que vence en el llamamiento, pertenece a una parentela más cercana al causante de la sucesión y representa a priori a una generación más joven. El hijo del hermano es miembro, en efecto, de la segunda parentela del causante y el tío (descendiente del abuelo del causante) pertenece a la tercera parentela del mismo.

²² Como correctamente aplicó el AAP Sevilla, Sección 5.ª, núm. 99/2008, de 21 de abril (AC 2008, 2233).

²³ Auto de la AP Burgos, Sección 2.ª, 17 septiembre 2001 (JUR 2001, 315339), Auto AP Salamanca, Sección Única, 18 septiembre 2003 (JUR 2003, 236188) y Auto AP Madrid de 24 de enero de 2008 (AC 2008, 517).

²⁴ HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1039; VAQUER ALOY, 2011, p. 1364.

Sin embargo, no se sigue el mismo criterio para los otros descendientes de los hermanos del causante que pueden concurrir a la sucesión intestada, en concreto, los sobrino-nietos (nietos de los hermanos del causante). Dentro del orden de los parientes colaterales ordinarios, los sobrino-nietos (4.º grado) quedan postergados por los parientes que tienen grado más próximo al causante: los tíos (grado 3.º), aunque los tíos pertenezcan a una parentela más alejada y no correspondan (en teoría) a generaciones jóvenes. Además, los sobrino-nietos, colaterales de 4.º grado y pertenecientes a la segunda parentela del causante, concurren con derecho a igual porción con otros colaterales del mismo grado pero que pertenecen a parentelas más alejadas: el primo pertenece a la tercera y el tío abuelo a la cuarta parentela del causante.

2. Argumentos para anteponer a los sobrino-nietos al resto de colaterales ordinarios

En tercer grado de parentesco están los sobrinos y los tíos del causante. Los primeros heredan con preferencia a los primeros al pertenecer al grupo de los colaterales privilegiados (art. 946 Cc.) y poder «entrar», en su caso, con hermanos del causante por derecho de representación (925. II, 927, 948 y 951)²⁵.

Sin embargo, los sobrinos-nietos (4.º grado) no están en el grupo de los colaterales privilegiados sino en el de los ordinarios y tampoco pueden heredar por derecho de representación pues éste no se aplica, en la línea colateral, sino a favor de los sobrinos, de los hijos de hermanos.

Este es el modelo de la delación intestada según doctrina pacífica del TS, como se deduce de sentencias tanto anteriores como posteriores a la limitación gradual al sexto grado en 1928. Así por ejemplo, las SSTS 25 de junio de 1905, 18 de diciembre de 1908, 5 de julio de 1966 (RJ 3671), 9 de febrero de 1998 (RJ 609) y 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628) negaron la aplicación del derecho de representación a los hijos de los sobrinos del causante, lo mismo que los Autos de la AP Burgos, Sección 2.ª, de 17 de septiembre 2001 (JUR 2001, 315339) y AAP Granada, Sección 3.ª, de 4 de marzo de 2011

²⁵ En la STS de 20 de marzo de 1920 (antes de la reforma de 1981: el cónyuge heredaba después de los hermanos e hijos de hermanos y antes de los demás colaterales del causante), el recurrente en casación era un tío carnal del fallecido. En sus alegaciones se quejaba de lo injusto que resultaba que el cónyuge fuese llamado en el Cc. después de ciertos parientes de tercer grado (los sobrinos del causante) y, sin embargo, con preferencia a otros, también de tercer grado (los tíos del causante). Un hábil argumento del abogado de la parte recurrente que el TS, correctamente, no atendió.

(AC 2011, 1769). En el mismo sentido, RRDGRN de 22 de diciembre de 1949 y 14 de agosto de 1959.

Los nietos de hermanos pueden ser llamados por *ius transmissionis* pero siempre que el transmitente sobreviva al causante (no en caso de premoriencia) y si se dan sus presupuestos²⁶.

Los nietos de los hermanos son llamados abintestato en el grupo de los parientes colaterales no privilegiados u ordinarios, entonces sin distinción de líneas ni preferencia entre ello por razón del doble vínculo (arts. 954 y 955 Cc.).

Teniendo en cuenta el modelo familiar del orden abintestato vigente en la actualidad, cabe cuestionar si tiene sentido que los tíos-abuelos, los hermanos de los abuelos, hereden junto a los primos por tener todos ellos cuarto grado de parentesco civil con el causante. Más todavía, que herede en la misma posición el sobrino-nieto, es decir, el nieto de hermano del causante por tener también cuarto grado. Se pueden hacer dos observaciones al respecto: que los nietos de los hermanos pertenecen a una parentela más próxima al causante que los tíos-abuelos aunque tengan todos ellos cuarto grado civil y que es más oportuno y conveniente preferir a generaciones más jóvenes. Es razonable pensar que los afectos y la voluntad presunta del causante llevarían a preferir a un hijo de un sobrino antes que a un hermano de un abuelo y también lo es preferir en la sucesión intestada a generaciones teóricamente más jóvenes, es decir, a «colaterales-descendientes», mejor que a «colaterales-ascendientes». Ambas afirmaciones, sin duda discutibles como opciones de política legislativa, sirven también para proponer la anteposición de los nietos de los hermanos frente a los tíos del causante aunque éstos tengan, incluso, un grado civil más próximo (3.º).

3. Preferir al «colateral-descendiente»: coherencia de los derechos históricos buscando al representante más joven de futuras generaciones y garantía de preservación de los bienes familiares

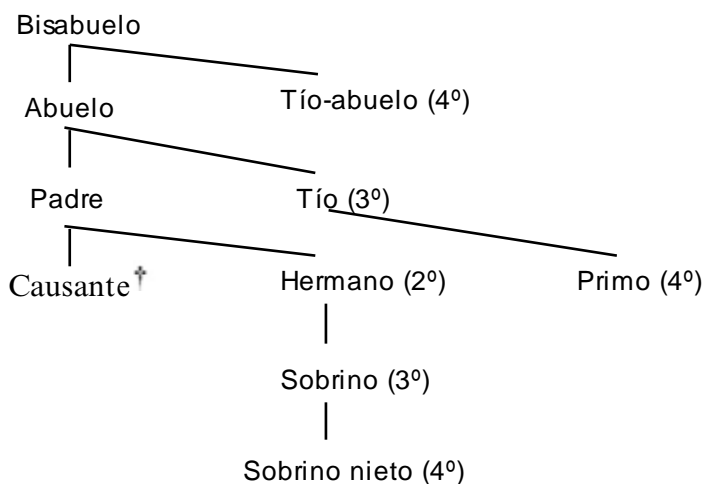
La búsqueda de las generaciones más jóvenes en el llamamiento a la sucesión es una decisión lógica y racional que siguieron derechos históricos al aplicar sistemas de troncalidad pura ateniéndose a dos principios fundamentales: garantía de preservación de los bienes en la familia ante el bloqueo de una estirpe debido al fallecimiento sin descendencia y búsqueda del «colateral-

²⁶ NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, pp. 303-303; LÓPEZ MAZA, 2013, p. 6924.

descendiente» más joven representante de futuras generaciones. Una sistemática que, por lo general y aunque no parece que fuera imprescindible, se solía complementar con la exclusión sucesoria de los ascendientes, manifestada en el principio de «la herencia no sube»²⁷.

En la actualidad es la regla del artículo 526 CDFA, última proposición de la letra c) para ordenar la sucesión en bienes troncales de abolorio: «Concurriendo tíos y sobrinos del transmitente, cuando unos y otros sean parientes del mismo grado respecto del causante, los primeros serán excluidos por los segundos»²⁸. La regla tiene también sentido para establecer preferencias en cualquier llamamiento a sucesión colateral que prescinda del origen familiar de los bienes.

Los parientes colaterales de cuarto grado incluidos en el llamamiento de los artículos 954 y 955 son los que muestra el árbol genealógico (entre paréntesis, grado de parentesco civil del pariente colateral con el causante).



Tío-abuelo, primo y sobrino-nieto tienen cuarto grado civil con el causante y el mismo derecho en concurrencia, sin que el Cc. atienda a la mayor proximidad parentelar del sobrino-nieto para favorecerle en la sucesión. Éste pertenece a una parentela más próxima al causante y representa a priori a una generación más joven. En puridad, es el descendiente «del costado» del causante más joven y con más futuro y posibilidad de tener descendencia.

²⁷ Otros detalles en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 a), pp. 175-222.

²⁸ Otras explicaciones en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 189-197 y 2002, *i.t.*

El estudio de los arquetipos de sistemas sucesorios históricos muestra que la transmisión *mortis causa* entre parientes colaterales, denominada también en «línea oblicua», es siempre consecuencia de la falta de descendientes, tanto en la estirpe del causante como de su segunda o tercera parentela. Si no se han tenido hijos, se supone que los afectos van hacia los sobrinos y así sucesivamente en las siguientes parentelas, siempre considerándolo desde la más próxima a la más alejada. La «falta de éxito» («el fracaso», se dice en obras históricas) en la procreación en cada estirpe (falta de descendientes en línea directa) provoca el llamamiento a «descendientes» de parentelas más próximas (forzosamente, colaterales del causante).

La sucesión *mortis causa* tiene tradicionalmente una clara finalidad de perpetuación de las familias a través de la transmisión intergeneracional de los patrimonios (y abolorios). Y ello es independiente de la troncalidad que puede darse o no. Cuando no hay descendientes directos del fallecido, lo razonable es buscar al preferido en la sucesión entre las generaciones más jóvenes siguiendo criterios de proximidad con el causante, y no tanto de grado de parentesco como de pertenencia a parentelas más próximas.

De seguir la opción de política legislativa propuesta, se propiciaría que en cada eslabón de la cadena sucesoria abintestato fuesen seleccionados para suceder los representantes de las parentelas más jóvenes, es decir, los integrantes de generaciones que están llamadas a vivir más años en el futuro.

Y para estas consideraciones es completamente irrelevante que el ligamen de parentesco se haya producido en virtud de filiación biológica, sea matrimonial o extramatrimonial, o por adopción²⁹. Evidentemente, no tiene derecho a heredar ni por derecho de representación un afín, un cuñado (Auto de la AP Zaragoza, sección 2.^a, de 7 de marzo de 2007, JUR 2007, 1374).

Un llamamiento muy extenso a la línea colateral no tiene buena acogida en nuestros días, y mucho menos la troncalidad que provoca atender al origen familiar de los bienes que deja el causante. Pero una reflexión sosegada y rigurosa muestra que determinadas preferencias en la sucesión pueden estar más que justificadas.

²⁹ Las reglas de la sucesión intestada del Cc. entre parientes colaterales deben ser interpretadas incorporando plenamente en el grupo familiar al extramatrimonial y al adoptivo sin que deba diferenciarse en ningún caso pues, como ya se vio en el capítulo quinto, no hay razón para discriminar por el origen de la filiación en la sucesión intestada y el adoptado adquiere el completo *status familiae* en la nueva familia. Vid. VAQUER ALOY, 2011, pp. 1364-1365; LÓPEZ MAZA, 2013, pp. 6909-6910; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1285.

En Francia, tras la anteposición del cónyuge al padre y madre y a los hermanos en 2001, se reintrodujo en 2006, junto al recobro de ascendientes, un nuevo *droit de retour legal* de donaciones a favor de parientes colaterales exclusivamente para bienes de origen familiar una solución que, como se vio en el capítulo anterior, también se ha propuesto si se llegara a mejorar la posición del cónyuge viudo.

No hay que olvidar que cuando en el Cc. se plantea el llamamiento abintestato al orden de los colaterales, nos encontramos en un escenario de un causante que no ha otorgado testamento pudiendo hacerlo (aunque es cierto que la apertura de la sucesión intestada puede tener lugar por invalidez o por ineficacia del llamamiento testamentario). El caso típico de sucesión de colaterales se da en defecto de descendientes, ascendientes y cónyuge, que son también los únicos legitimarios en el Cc. Una ordenación distinta de la preferencia entre colaterales como la que se plantea (traslado del sobrino-nieto al grupo de colaterales privilegiados) no parece extravagante y es importante subrayar que no menoscaba derechos de otros llamados considerados dignos de atención, especialmente, del cónyuge viudo. Tampoco provocaría cambios en el orden de llamamiento del Estado.

4. Propuesta entonces de ampliación del derecho de representación hasta el cuarto grado en la línea colateral. Precauciones y cautelas: la experiencia del Derecho aragonés

De admitirse el traspaso de los sobrino-nietos al orden de los colaterales privilegiados, habría que regular con cuidado las reglas de aplicación del derecho de representación en la línea colateral para evitar errores.

En Aragón, desde la reforma de por Ley 1/1999 de la Lsuc., los nietos de hermanos pertenecen al grupo de colaterales privilegiados y, además, se admite la aplicación de la sustitución legal (análoga al derecho de representación en este punto concreto) hasta el cuarto grado en la línea colateral. Es una preferencia a favor de una parentela del causante, indudablemente más próxima que por mimetismo se aplica también en el primer orden de colaterales llamados a la sucesión troncal³⁰. Ha habido, eso sí, que reformular algunos aspectos derivados de la sustitución legal al ampliar un grado (has-

³⁰ El método de trabajo de los redactores del texto aragonés que consistió en bastantes casos en copiar artículos del Cc., que no admite el derecho de representación en la línea colateral sino hasta el tercer grado, provocó inseguridad jurídica y confusión en la regulación en este orden de colaterales. Es de las

ta el 4.º su ámbito de aplicación en la línea colateral, algo que no se advirtió en 1999 y se corrigió al refundir las leyes civiles aragonesas en el CDFA el año 2011, siguiendo la razonable solución que dio en el ínterin la jurisprudencia.

El párrafo segundo del artículo 925 Cc. limita la aplicación del derecho de representación en la línea colateral a los «hijos de hermanos» así que, si se decidiera preferir en la sucesión intestada a los nietos de hermanos (4.º grado) respecto de los tíos (3.º), los tíos-abuelos (4.º) y los primos (4.º) del causante, habría de retocarse también esta regla del derecho de representación. Se daría así preferencia a generaciones más jóvenes, y seguiría mejor la lógica de la transmisión sucesoria intergeneracional. Conviene no caer en los errores de otros legisladores y precisar las reglas y efectos del derecho de representación, pues en tal caso podrán concurrir, dentro de la misma estirpe, colaterales de grados diferentes: hermanos, sobrinos y sobrino nietos. Ahora basta que concurren exclusivamente sobrinos para que no se distribuya por estirpes aunque sea por premoriencia de todos los hermanos. Sin embargo, de admitirse la «entrada» también de sobrino nietos por representación pueden surgir dudas al concurrir solo sobrinos y sobrino nietos. La solución del vigente artículo 338.2 CDFA es un buen modelo.

Pensemos en un causante que tuvo tres hermanos que le premurieron y dejaron los siguientes descendientes. El mayor deja un hijo (un sobrino del causante: A), el hermano intermedio deja dos hijos (dos sobrinos del causante: B y C) y el hermano menor deja dos nietos (sobrino-nietos del causante: E y F) ambos, hijos a su vez de un sobrino del causante también premuerto.

En este caso, si se admitiera la aplicación del derecho de representación a favor de E y F surge la duda de si el caudal se ha de distribuir por estirpes desde el inicio (desde los hermanos del causante) o si la aplicación por estirpes ha de partir solamente desde los sobrinos. Es decir, si A, B y C deben heredar la misma porción (1/4 cada uno de los tres) y el otro 1/4 distribuirse entre los sobrino-nietos (E y F: 1/8 cada uno) o si A debe tener 1/3 (por representar a su padre premuerto), B y C repartir 1/3 entre ambos (1/6 cada uno) y E y F repartir el otro 1/3 entre ambos (1/6). Todas las opciones son razonables desde el punto de vista de política legislativa pero es imprescindible, por seguridad jurídica, que la norma lo deje bien claro.

pocas modificaciones introducidas en el CDFA 2011 (arts. 338, 532 y 533) respecto de la Ley 1/1999 Lsuc. (arts. 23, 218 y 219 Lsuc.). Para la sucesión troncal, artículos 526 CDFA y 211 Lsuc.

V. LA CUESTIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN A FAVOR DE LA ESTIRPE DEL HERMANO INDIGNO: PARADOJAS CON EL ORDEN DE LOS DESCENDIENTES

1. Reglas internas de distribución de la herencia en el orden de los colaterales privilegiados

Recapitulando lo dicho, en el grupo de los parientes colaterales privilegiados, hermanos e hijos de hermanos rige el principio de proximidad de grado de parentesco (arts. 946 y 921) con admisión del derecho de representación por premoriencia. Los hermanos (2.º grado) excluyen a los sobrinos (3.º). Si concurren solo hermanos del causante heredan en partes iguales, salvo la regla del duplo a que aludiremos enseguida.

Únicamente se hereda por representación (*in stirpes*) cuando concurren parientes de grados distintos, es decir, hermanos e hijos de hermanos (arts. 926, 927. I y 928 Cc.). Si concurren solamente sobrinos, heredan en partes iguales o «por cabezas» (arts. 921 y 927. II Cc.). Cuando se aplica el derecho de representación, la herencia se distribuye por estirpes heredando los sobrinos la parte que hubiera correspondido recibir al hermano.

Cuando repudia la herencia algún hermano del causante, si son varios, bloquea la entrada a su estirpe (art. 929 Cc.). Si es el único hermano, heredan los sobrinos y el efecto es el mismo. Si repudian todos los hermanos, son llamados los sobrinos en partes iguales (arts. 922, 923, 927 y 981 Cc.). Si los sobrinos concurren solos, tanto da que lo hagan por repudiación de sus progenitores o en virtud del derecho de representación por premoriencia. En todos los casos distribuyen la herencia en partes iguales.

Evidentemente, no sucede lo mismo si en lugar de premoriencia o de repudiación de todos los hermanos, fallecen éstos después del causante sin aceptar ni repudiar pues en tal caso se aplica el *ius transmissionis*³¹: Autos AP Navarra 11 de mayo de 1999 (AC 1999, 1074); AP Castellón 19 de octubre de 2006 (JUR 2007, 76416), AP Albacete de 26 de marzo de 2010 (JUR 2010, 163293).

Como se apreciará, las reglas expuestas no están sistemáticamente ubicadas en la Sección Tercera del Capítulo IV, título III, libro III Cc., sino que se deducen de preceptos de las Secciones segunda y tercera del capítulo III. Sería

³¹ Como acertadamente indica VAQUER ALOY (2011, p. 1364) corrigiendo lo resuelto por el Auto AP Valencia de 23 de junio de 2003 (AC 2003, 1943) y el Auto AP Madrid de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 116780).

mejor técnica legislativa regularlos expresamente entre las normas que ordenan la sucesión intestada de los colaterales. Lo único que sí se regula expresamente en lugar adecuado es el modo de distribuir los bienes cuando concurren hermanos con hijos de hermanos en el artículo 948 Cc., pero al estar mezclada la explicación con la regla del duplo por doble vínculo de parentesco tampoco resulta satisfactoria.

Con todo, de la interpretación conjunta de los artículos 925, 927 y 948 Cc. se deduce claramente la aplicabilidad en el grupo de los colaterales privilegiados del derecho de representación, y la jurisprudencia lo ha entendido así desde siempre: STS de 18 de noviembre de 1902 (Jurisprudencia Civil, tomo 94).

2. La cuestión de la aplicación del derecho de representación por indignidad del hermano. Distintas opiniones de doctrina autorizada. Conveniencia de concordar con la solución para los descendientes

Indudablemente, el derecho de representación se aplica en la línea colateral por premoriencia del hermano y siempre que concurren colaterales de grados diferentes, es decir, hermanos e hijos de hermanos (art. 927 Cc.). En relación a los hijos de hermanos del causante no existe precepto análogo al artículo 761 Cc. relativo a la legítima de los descendientes, y no existe opinión unánime sobre si los descendientes de hermanos indignos suceden en la total cuota abintestato³², o quedan completamente excluidos de la sucesión intestada, interpretación *a contrario* del artículo 761 Cc.³³ El Cc. no lo regula expresamente y más bien se encuentran argumentos a favor del derecho a suceder de los hijos del hermano indigno. Primero, que cuando el artículo 924 Cc. define el derecho de representación, dice que permite suceder a una persona en todos los derechos que tendría si viviera «o hubiera podido heredar». El artículo 929 Cc. prevé excepciones al principio *viventis non datur representatio*, como la indignidad, se entiende. Puesto que puede representarse a una persona viva y dado que los hermanos del causante (como cualquier colateral) pueden incurrir en causa de indignidad para suceder, no hay obstáculo para aplicar el derecho de representación a favor de su estirpe (sobrinos del causante), pues el Cc. no contempla excepciones como la del artículo 761 Cc. Finalmente, otro argumento favorable es que, cuando un hermano es declarado indigno para suce-

³² VATTIER, 1991, p. 2214.

³³ REGLERO CAMPOS, 1998, p. 177, n. 115.

der, la delación no se ha extinguido, a diferencia de lo que, en opinión del profesor VATTIER, sucede en el supuesto de repudiación³⁴.

Siguiendo esta interpretación, los hijos de hermanos indignos del causante podrían heredar por representación y, al no existir restricciones análogas a las de los descendientes legitimarios (como las previstas en los artículos 761 y 857 Cc.), recibirían la total cuota intestada que hubiese correspondido al indigno. En consecuencia, en el mismo supuesto recibe peor trato el descendiente hijo del indigno (que no deja de ser un legitimario, si bien, de grado ulterior) que el colateral hijo del indigno que no es legitimario.

El artículo 766 Cc. poca luz ofrece sobre la cuestión pues no está claro el supuesto que contempla, si derecho de transmisión o derecho de representación; si se considerase que este último, reforzaría el argumento de quienes entienden que los hijos de los hermanos indignos no pueden heredar por representación pues no son legitimarios (y no tienen derecho a la legítima que reconoce a los descendientes de grado ulterior el artículo 761 y el 857 Cc.). Serviría para reforzar el argumento de quienes consideran que en realidad el artículo 929 Cc. no es una excepción sino que reafirma el principio *viventis non datur representatio* y que se incluyó en el Cc. con la única finalidad de advertir de las excepciones que a esta regla introducen los artículos 761 y 857 Cc., y exclusivamente para la sucesión de los descendientes del causante³⁵.

Las diferencias al aplicar el derecho de representación en la línea descendente y en la colateral suponen una cierta paradoja que entraña cierta injusticia, se siga una u otra interpretación. Sería oportuno que esta cuestión quedase clara en una eventual reforma del Cc.

3. **Desheredación o exclusión de hermanos: consecuencia para su estirpe**

Los parientes colaterales del causante no son legitimarios. Sin embargo, es posible otorgar testamento a los solos efectos de privar de la sucesión a uno de los parientes colaterales. Es discutible si este supuesto es de desheredación en la sucesión intestada (algo bastante dudoso pues el colateral no es legitimario) o un caso de sucesión testamentaria pues la exclusión del llamado por la ley, se produce por testamento. Es seguro que no haría falta alegar justa causa puesto que no es legitimario. Si se alega causa falsa, el artículo 857 Cc. no se puede aplicar,

³⁴ MADRIÑÁN, 2011, p. 1332.

³⁵ REGLERO CAMPOS, 1998, p. 177, n. 115.

y el hermano no podría pedir «anulación de la institución de heredero» (*rectius*, reducción de la institución) pues no puede salvar un derecho de legítima del que carece. Cosa diferente sería que pudiera ejercitar acción (de contenido indemnizatorio civil) como agraviado por lesión de su derecho al honor, si es que existe por injuria o calumnia en la declaración testamentaria.

En cuanto a si se puede aplicar el derecho de representación a favor de la estirpe del excluido (mejor que desheredado) al amparo de los artículos 924, 925 y 929 Cc., hay partidarios de la respuesta afirmativa³⁶, aunque podría ser una objeción considerar que en tal caso se estaría dando un supuesto de representación en la sucesión testada que no existe en el Cc. Se han mostrado expresamente en contra de la posibilidad de desheredación en la sucesión intestada ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU. Aunque de acuerdo con ambos, ROMÁN GARCÍA mantuvo que sería deseable una reforma del Cc. en este punto para que se pudiera aplicar, dice, la sanción civil similar a la de los herederos forzosos, para los parientes *colaterales*³⁷. Sin embargo, cabe refutar que, puesto que ningún colateral es legitimario, el causante puede hacer testamento libremente nombrando heredero a cualquier extraño, incluso al Estado o a instituciones de acción social, y así impedirá heredar a los parientes colaterales.

Es posible que lo dispuesto en el artículo 927 Cc. refrende la posibilidad de aplicar el derecho de representación a favor de la estirpe del hermano excluido voluntariamente de la herencia.

VI. LA REGLA DEL DUPLO: DERECHO A DOBLE PORCIÓN POR DOBLE VÍNCULO. REVISIÓN

1. La regla del duplo: artículo 949 Cc. Supuestos y posibles interpretaciones

El artículo 920 Cc. define el doble vínculo de parentesco: «Llamase doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente». Al fallecer el causante pueden concurrir hermanos de doble vínculo, de padre y madre también llamados «hermanos germanos» y hermanos de vínculo sencillo (de un solo lado) ya sean hermanos solo de padre, denominados «hermanos consanguíneos» o solo de madre, «hermanos uterinos».

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, 2000, pp. 128-141; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2011, p. 1333.

³⁷ ROMÁN GARCÍA, 1999, p. 259.

Es seguro que a tenor de los artículos 921 y 947 a 951 Cc. el doble vínculo de parentesco tiene relevancia en el llamamiento de los parientes colaterales privilegiados, al menos si concurren solamente hermanos del fallecido³⁸. Los hermanos de doble vínculo tienen derecho a tomar «doble porción» en la herencia, pero no excluyen completamente a los de vínculo sencillo a diferencia de lo que sucedió en algunos derechos históricos³⁹.

El cualquier caso, el doble vínculo no provoca la total exclusión de los de vínculo sencillo, sino solamente el derecho a tomar doble porción, una expresión que también requiere interpretación. En las Novelas de Justiniano los hermanos de doble vínculo excluían a los de vínculo sencillo⁴⁰. La regla está en vigor en Derecho Navarro: La Ley 304 números 2 y 3 FNN establece la preferencia de los hermanos de doble vínculo y sus correspondientes estirpes en la sucesión no troncal excluyendo a los hermanos de vínculo sencillo, que son llamados a continuación, medida concordante con la protección de la unidad familiar y de los derechos de los hijos de primeras nupcias⁴¹.

La exclusión no se aplicó en el Derecho castellano anterior al Cc. (Ley 40 de Toro) como afirmó la STS de 28 de abril de 1989 (RJ 1989, 9886). El artículo 768.3 del Proyecto de 1851 recogió la regla del derecho a doble porción; a pesar de suscitar discusiones, acabó por incorporarse en el artículo 949 Cc⁴².

³⁸ YSÀS SOLANES, 2011, p. 1590.

³⁹ En el derecho Justiniano, la Novela 84 introdujo la exclusión total de los hermanos de vínculo sencillo por los de doble, criterio que se mantuvo en la Novela 118 y que ésta extendió a los sobrinos del fallecido. Las Partidas también pero a consecuencia de la aplicación de la troncalidad.

⁴⁰ La Novela 118 (aproximadamente del año 543) llamaba a los descendientes, ascendientes y colaterales a la sucesión intestada: KROLL, 1954, pp. 567-572. Hacia el año 548, se complementó con la Novela 127 que introdujo un sistema de parentelas mitigado, al admitir en el segundo orden, junto a los ascendientes, a los hermanos de doble vínculo y sus hijos (KROLL, pp. 633-636). En adelante, el sistema sucesorio de las Novelas contemplaba cuatro clases de herederos abintestato: a) los descendientes, con derecho de representación; b) los ascendientes, llamados conforme al principio de proximidad de grado de parentesco y sin aplicación del derecho de representación, junto con los hermanos germanos y los hijos de tales hermanos que heredaban por derecho de representación (estos hermanos germanos excluían a los abuelos). En este orden, *entre los ascendientes, los de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto, cualquiera que sea la línea ascendente o «tronco» (de modo que el padre o la madre excluye a los abuelos, y uno de los abuelos, a todos los bisabuelos), pero, si concurren tan sólo los de segundo o ulterior grado, se hace el reparto, por troncos, entre los del mismo grado (de modo que, si vive la abuela materna, tendrá ella sola una mitad, como los dos abuelos paternos juntos); si sólo hay «germanos», in capita, pero con derecho de representación (in stirpes) de los descendientes de hermanos o hermanas premuertos (D' ORS, 1997, pp. 305, 306, 333 y 334). c) los hermanos consanguíneos o uterinos por cabezas y sus descendientes con derecho de representación y por estirpes y, finalmente, d) los demás colaterales, siguiendo el grado de parentela, que sucedían siempre por cabezas (SOHM, 1928, pp. 535-538; KASER, 1982, pp. 309 y 310; DOMAT, 1830, pp. 416 y 417; COING, 1996, *in totum*).*

⁴¹ BARBER CÁRCAMO, 2001, pp. 1211 y ss.; VAQUER ALOY, 2011, pp. 1367-1368.

⁴² Según GARCÍA GOYENA, el proyectado CC no debía acoger la regla de la exclusión total de los parientes de vínculo sencillo por los de doble vínculo en la sucesión intestada, pero sí el derecho al doble: *facsimil* 1974, pp. 403 y 498-500.

También se aplica para interpretar la voluntad testamentaria conforme al artículo 770 Cc. (ha de entenderse derogado por la CE el término «carnales»). En dicha sede, supone una excepción a la distribución igualitaria en la sucesión testada del artículo 765 Cc.⁴³

El doble vínculo de parentesco no es predicable de la relación entre ascendientes y descendientes ni viceversa, es decir, no tiene sentido en la sucesión en la línea recta. Como afirmó la STS de 5 de diciembre de 1958 (RJ 1958/4038) el derecho a doble porción por doble vínculo de parentesco solo se aplica en la sucesión abintestato entre hermanos y no entre descendientes. Y, como indicó la STS de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988/705), no se admite «la concatenación» del artículo 934 con el 949 Cc.

2. Reproche de incompatibilidad con el principio constitucional de igualdad. Crítica

El profesor VATTIER FUENZALIDA mantiene que es muy dudosa la adaptación de esta diferenciación al marco constitucional por los imperativos del derecho a la igualdad y no discriminación que consagra el artículo 14 CE pues, en el fondo, encubre una discriminación entre hermanos y sobrinos por razón de la filiación no matrimonial o adoptiva plena, por lo que cabría incluso entenderla derogada por contraria al sistema de valores que inspira la CE. Considera, en consecuencia, que la regla del 949 *ha de ser interpretada literal y estrictamente y referirla de forma exclusiva al concurso de hermanos de vínculo doble y sencillo, pero no se debe extender a los sobrinos, cualquiera que sea el modo en que éstos sean llamados a la sucesión*⁴⁴.

Es opinión razonable y que suscita fuerte consenso⁴⁵ pero, a mi juicio, la regla no entraña exactamente discriminación por razón de filiación ni es incompatible con la CE. El derecho a doble porción de los hermanos de doble vínculo respecto a los medio hermanos es completamente independiente de

⁴³ Ahora bien, como indicó el profesor REGLERO (1998, p. 176), si hay designación nominal de los hermanos excluyendo a otros, y entre los designados los hay doble vínculo y de uno solo, lo lógico es que no se aplique la regla del duplo, dado que el causante no lo ha previsto expresamente.

⁴⁴ VATTIER, 1986, pp. 269-270; y 1991, p. 2227.

⁴⁵ No dispongo de otros datos que la opinión casi unánime contraria a la aplicación de la regla del duplo de los jueces, fiscales, secretarios, abogados y funcionarios asistentes a las distintas ediciones de cursos *on-line* y presenciales de derecho aragonés en las que he participado. Lo mismo manifiestan los estudiantes del Grado en Derecho, representantes de generaciones más jóvenes, tanto para el Cc. como para el CDFa.

que la filiación de unos u otros sea matrimonial o extramatrimonial y de que sea biológica o adoptiva⁴⁶.

El hermano del causante de doble vínculo con filiación extramatrimonial tiene derecho a doble cuota en la herencia del causante en relación al hermano del fallecido que tenga determinada filiación matrimonial. Es claro el ejemplo de una madre, que en estado de soltera tiene dos hijos y más adelante contrae matrimonio con un tercero con el que tiene dos hijos más matrimoniales (y sería lo mismo si estos dos últimos son adoptivos). Fallecido uno de sus dos hijos extramatrimoniales, el de doble vínculo (también con filiación extramatrimonial) tiene derecho a doble porción en la herencia de su hermano y el hijo habido de posterior matrimonio tiene derecho a la mitad de porción en la herencia de su hermano de madre. Correlativamente, fallecido uno de los matrimoniales adoptivos, el otro adoptado tiene derecho a doble porción que los otros dos de vínculo sencillo (y sería lo mismo si los dos anteriores hubiesen sido también nacidos de relación matrimonial de sus progenitores; a efectos de la regla del duplo es irrelevante la filiación de los llamados).

En puridad, la regla del duplo no es exactamente discriminatoria en razón de filiación. Sencillamente refleja en el derecho a heredar la mayor vinculación familiar, mayores lazos y mayor proximidad parentelar del doble vínculo respecto del hermano de vínculo sencillo⁴⁷. Y da igual que sea por consanguinidad o por adopción, como en los ejemplos anteriores.

No hay que olvidar que se trata de una regla aplicable en la sucesión intestada, así que el causante puede libremente elegir que no se aplique, pues hermanos y sobrinos no son legitimarios, aunque es cierto que habrá de otorgar testamento. Es una regla muy tradicional del régimen jurídico abintestato. Dicho esto, el modelo de familia en España ha cambiando intensamente y, como venimos manteniendo, los cambios en las familias y la evolución del derecho de familia han de reflejarse en el derecho de sucesiones. Posiblemente, el fenómeno creciente de las denominadas «familias reconstituidas» o «recompuestas» lleva a cuestionar que exista mayor relación y afecto con hermanos de doble vínculo que con los de vínculo sencillo. Es posible que entre «hermanos afines» (hijos de relaciones anteriores, matrimoniales o no, de los nuevos convivientes o cónyuges) exista mayor relación y afectos que con otros biológi-

⁴⁶ «Una vez eliminada la distinción entre hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, lo anterior es aplicable a todos los hermanos, sean por naturaleza o por adopción. En el supuesto de adopción, serán medio hermanos los adoptados solamente por uno de los cónyuges»: YSÁS SOLANES, 2011, p. 1590.

⁴⁷ Una de las razones en pro de la exclusión de los hermanos de vínculo sencillo por los de doble vínculo era que la presunción del cariño hacia el hermano entero es mayor que hacia el medio hermano; contrariamente, GARCÍA GOYENA, defendía el cariño igual entre los hermanos con independencia de parentesco doble o simple (lo refiere GUILARTE, 1989, p. 274).

cos. Según el diccionario de la RAE son hermanastros tanto los hermanos por afinidad, como los hermanos biológicos de vínculo sencillo, si bien en la segunda acepción del término⁴⁸.

Desconozco si esta tendencia será mayor en derechos, como el aragonés, cuyo modelo preferente al cesar el matrimonio o disolverse la unión es de custodia compartida o si sucederá lo contrario pues es posible que la guarda y custodia a un solo progenitor propicie mayores vínculos con los hijos de nuevas parejas o matrimonios de los progenitores. Lógicamente, se dará acaso con mayor intensidad en supuestos de reanudación de vida en común (matrimonial o de hecho) con otra persona por fallecimiento de uno de los progenitores. La regla del artículo 178 Cc. prevé incluso la adopción en estos casos manteniendo los parentescos biológicos con el resto de la familia.

En Francia, la doctrina ha subrayado que una de las razones para la restricción de las legítimas (*droit de réserve*) en la Ley de 3 de diciembre de 2001 y en la posterior Ley de 23 de junio de 2006 ha sido precisamente la conveniencia de atender a estas nuevas situaciones familiares y para permitir mayor libertad de elección entre herederos, tengan o no lazos de sangre con el causante⁴⁹. La multiplicación de las familias recompuestas en Francia ha llevado, según las Actas del Congreso de Notarios celebrado en 2010⁵⁰, a considerar inútil la perdurabilidad de este sistema complejo que ya no rige en el *Code* y todos los hermanos heredan por igual sean de doble vínculo o de vínculo sencillo⁵¹.

A pesar de lo expuesto, puede ser interesante una reflexión en torno a un dato temporal en relación a las personas a quienes con mayor probabilidad se va a aplicar la regla del duplo en la sucesión abintestato, no muy habitual en la práctica. De aplicarse hoy, por ley de vida y siguiendo las estadísticas sobre esperanza de vida en España, es muy posible que el modelo de relación que hayan tenido entre sí los hermanos de doble vínculo y sencillo esté más adaptada a modelos familiares «anteriores o más antiguos», por utilizar una expresión gráfica. Es decir, fallecido el causante sin descendientes, ni ascendientes ni cónyuge y concurriendo hermanos de doble vínculo con otros de vínculo sencillo, será bastante común que hayan tenido más relación entre sí los hermanos de doble vínculo que los de vínculo sencillo, incluso es muy probable que no hayan tenido siquiera relación con los de vínculo sencillo (pensemos en

⁴⁸ Utiliza la terminología el profesor LASARTE (2011, pp. 289 y ss.). Por su parte, HIDALGO GARCÍA (2010, p. 1040) considera que el término «hermanastro» puede tener una carga despectiva.

⁴⁹ LEROYER, A. M. y ROCHFELD, J., *RTDC*, 2006, pp. 612-624.

⁵⁰ *106^e Congrès des Notaries de France*, Bordeaux 30 mai-2 juin 2010. Existe atención cada vez mayor por sistematizar los derechos sucesorios en estas familias, todavía necesariamente en virtud de testamento: en Bélgica, HERPOEL, 2009, *i.t.*

⁵¹ GUÉVEL, 2014, pp. 94-95.

personas con más de 80 años, canon de esperanza de vida a tener en cuenta, algo superior en mujeres).

Finalmente, la regla del duplo produce ciertas paradojas en un derecho en el que no hay sucesión troncal. Si el causante fallecido abintestato deja únicamente una casa que le regaló o que heredó de su padre y deja un hermano de doble vínculo y un hermano uterino (sólo de madre), el primero recibirá 2/3 partes de la casa y el hermano uterino tendrá derecho a la tercera parte restante en un bien que el causante heredó de quien no es siquiera familia del medio hermano. En el mismo ejemplo, si el causante deja dos medio hermanos, uno uterino y otro consanguíneo, la casa que el causante recibió de su padre, se repartirá en partes iguales entre los dos hermanos de vínculo sencillo y resulta que el uterino no tiene relación alguna de parentesco con el padre que transmitió los bienes al fallecido. Son paradojas que no se dan en sistemas sucesorios abintestato, como el aragonés que aplican la troncalidad para estos colaterales y la regla del duplo en bienes no troncales.

Al margen de estas constataciones y la referencia a críticas de algunos autores, si se decidiese mantener la regla del duplo, se debe aclarar si solo se ha de aplicar entre hermanos (lo que impone el artículo 949 Cc.) o si se refleja a los sobrinos, hereden por derecho de representación o concurren solo sobrinos, todos del mismo grado de parentesco.

3. La regla del duplo es segura *de lege lata* en concurrencia exclusiva de hermanos del causante

3.1 SOLO HERMANOS DE DOBLE VÍNCULO O SOLO HERMANOS DE VÍNCULO SENCILLO

Si concurren a la sucesión sólo hermanos de doble vínculo, como dispone expresamente el artículo 947 Cc. distribuirán los bienes en partes iguales (la regla concuerda con el artículo 921 Cc.). En el supuesto de concurrencia solo de hermanos de vínculo sencillo o solo de medio hermanos, como los denomina el Cc., el artículo 950 Cc. prevé la misma regla de distribución del caudal en partes iguales (concordante nuevamente con el artículo 921 Cc.)⁵².

Conforme al 950 Cc. no cabe hacer distinción alguna entre los bienes. Como vimos en el apartado de los antecedentes, el Cc. no recogió el criterio del Fuero Real y las Partidas, que para la distribución de los bienes entre los

⁵² YSÀS SOLANES, 2011, p. 1590.

hermanos de vínculo sencillo seguían la regla *paterna paternis, materna maternis*, esto es, que los hermanos uterinos, solo sucedían en los bienes que dejaba el causante recibidos de la línea materna y los consanguíneos sólo sucedían en los bienes que el causante recibió durante su vida de la línea paterna; una aplicación de la troncalidad en su grado de ejecución simple. Los bienes adquiridos por el fallecido durante su vida fruto de su trabajo o industria se distribuían por mitad entre los dos tipos de hermanos de vínculo sencillo.

Estas distinciones en razón del origen de los bienes no tienen cabida en el Cc. Por si hubiese alguna duda, el artículo 950 Cc., última proposición expresamente indica que no ha de hacerse para el reparto de los bienes entre los medio hermanos, *ninguna distinción de bienes*⁵³.

3.2 CONCURRENCIA DE HERMANOS DE DOBLE VÍNCULO Y HERMANOS DE VÍNCULO SENCILLO: POSIBLES INTERPRETACIONES DEL DERECHO A «DOBLE PORCIÓN»

El artículo 949 Cc. no ha sido modificado desde 1889: *Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia.*

Como ha indicado la doctrina, caben al menos dos interpretaciones respecto al modo concreto de distribución del caudal entre los hermanos de vínculo doble y sencillo.

Una consistiría dividir el caudal relicto en tres partes, de las que dos corresponderían a todos los hermanos de doble vínculo que concurren a la sucesión y la tercera, se distribuiría igualitariamente entre todos los hermanos de vínculo sencillo. La solución resultaría coherente si solo concurren un hermano de doble vínculo y otro de vínculo sencillo pero no tiene el mismo resultado si concurre un número superior de hermanos⁵⁴.

Si concurren a la sucesión tres hermanos de doble vínculo del causante y uno solo de vínculo sencillo, siguiendo esa interpretación, los tres hermanos de doble vínculo del causante repartirían entre sí las $\frac{2}{3}$ partes del caudal y recibirían $\frac{2}{9}$ partes cada uno y el hermano de vínculo sencillo recibiría para él solo $\frac{1}{3}$ de la herencia, es decir, $\frac{1}{9}$ parte más que cada uno de los hermanos de doble vínculo.

Tampoco se cumple la *ratio* de la norma si concurren a la sucesión, por ejemplo, un solo hermano de doble vínculo y tres de vínculo sencillo, pues el

⁵³ VAQUER ALOY, 2011, p. 1368.

⁵⁴ Lo advierte también VAQUER ALOY, 2011, p. 1367.

hermano de doble vínculo recibiría $\frac{2}{3}$ partes del caudal y el otro tercio habría de dividirse en partes iguales entre los tres de vínculo sencillo, con lo que recibirían $\frac{1}{9}$ parte cada uno de ellos, es decir, el hermano de doble vínculo recibiría seis veces más de lo percibido por cada uno de los hermanos de vínculo sencillo. Ni armoniza con la regla del artículo 949 Cc.

La otra interpretación, más generalmente aceptada por la doctrina, lleva a hacer una distribución del caudal específica en cada supuesto para que cada uno de los hermanos de doble vínculo que concurran a la sucesión reciba exactamente el doble que cada uno de los hermanos de vínculo sencillo⁵⁵. Volviendo a los ejemplos planteados, en el primer ejemplo de concurrencia de tres hermanos de doble vínculo y uno solo de vínculo sencillo, cada uno de los tres de doble vínculo recibirá $\frac{2}{7}$ partes del caudal y el hermano de vínculo sencillo $\frac{1}{7}$ parte. Cada hermano de doble vínculo recibe exactamente el doble que el hermano de vínculo sencillo. Y en el supuesto de concurrencia de un solo hermano de doble vínculo y tres de vínculo sencillo, el hermano de doble vínculo recibirá $\frac{2}{5}$ partes del caudal y cada uno de los tres hermanos de vínculo sencillo, $\frac{1}{5}$ parte, con lo que se cumple también la regla del duplo.

Esta segunda interpretación es razonable y más respetuosa con la *ratio* del artículo 949 Cc.

4. Posible reflejo de la regla del duplo al concurrir sobrinos con hermanos

El artículo 949 Cc. alude solo a hermanos y el artículo 920 Cc. dice que hay doble vínculo de parentesco cuando lo hay por parte de «padre y madre» sin aludir a ascendientes más alejados (solo los hermanos pueden compartir padre y madre entre sí). Es cuestionable si la regla se aplica cuando concurren sobrinos del fallecido con hermanos. También, si concurren solo sobrinos que fueron, hijos de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo del causante. Creo que se puede afirmar que es mayoritaria la opinión que niega que se pueda discriminar por doble vínculo cuando concurren solamente sobrinos del causante, aunque alguno o algunos sean hijos de hermanos que tenían vínculo sencillo con el causante⁵⁶, pero se encuentran opiniones contrarias que entienden que «si concurren solo sobrinos, heredarán por cabezas (arts. 927 *in fine* y 951 Cc., según descendan de hermanos o hermanastros),

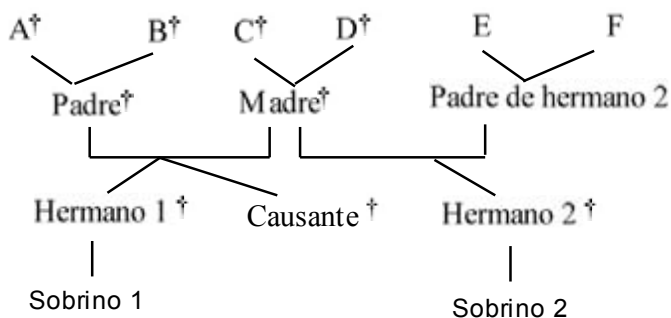
⁵⁵ HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1040.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, Elementos, p. 562; DE LOS MOZOS, 1991, p. 2254; VAQUER, 2011, p. 1367.

correspondiendo a los hijos de hermanastros la mitad de porción que a los otros»⁵⁷.

Indudablemente, el artículo 951 Cc. ofrece sólidos argumentos para mantener que la regla del duplo se refleja cuando se aplica el derecho de representación y concurren hermanos y sobrinos, es decir, cuando se da la sucesión por estirpes⁵⁸: «Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo». El efecto natural de la sucesión por derecho de representación lleva a la misma conclusión: el representante no puede heredar más de lo que hubiera correspondido heredar al representado (arts. 924 y 926 Cc.).

La solución es coherente con el criterio de mayor derecho abintestato en función de la mayor conexión o vinculación familiar. Los hijos de los hermanos de doble vínculo comparten con él el doble de ascendientes que los sobrinos que sean hijos de hermanos de vínculo sencillo. El sobrino, hijo de hermano germano, tiene parentesco con el padre y madre del causante (son dos de sus cuatro abuelos) y con cuatro de sus bisabuelos (que son los cuatro abuelos del causante). El sobrino que sea hijo de medio hermano, solo tendrá parentesco con el padre o con la madre del causante (será uno de sus cuatro abuelos) y solo con dos de los abuelos del causante (que serán dos bisabuelos del sobrino).



En el gráfico se aprecia cómo el sobrino 1 es descendiente del padre y la madre del causante y es también descendiente de A, B, C y D (los cuatro abuelos del causante). Sin embargo, el sobrino 2 sólo es descendiente de la madre del causante y sólo comparte con el causante como ascendientes de segundo grado a C y D. Para que el sobrino 2 pueda suceder al causante es totalmente

⁵⁷ LASARTE, 2011, p. 290.

⁵⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006, p. 452; NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, p. 305 y ss.; VAQUER ALOY, 2011, p. 1369; YSÀS, 2011, p. 1590; LÓPEZ MAZA, 2013, pp. 6923-6924.

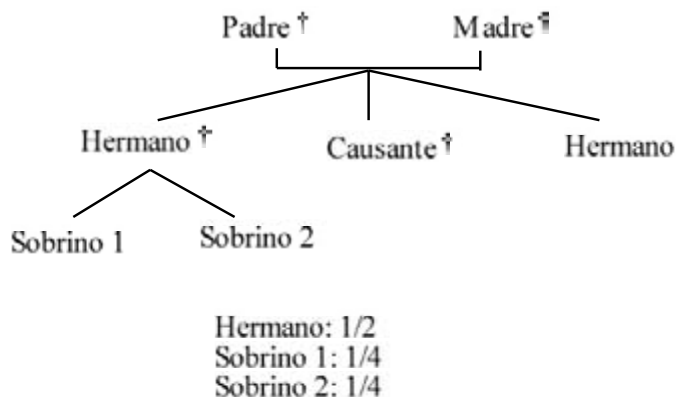
indiferente que hayan premuerto el padre de hermano 2 (su abuelo) y E y F (sus bisabuelos), pues no son ascendientes del causante (por ello no se ha escrito en el gráfico la cruz que indica premoriencia al causante).

4.1 CONCURRENCIA DE HERMANOS CON SOBRINOS. APLICACIÓN CONJUNTA DE LA REGLA DEL DUPLO Y EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

La concurrencia de colaterales privilegiados de grados diferentes en presencia de hermanos de doble vínculo y otros de vínculo sencillo provoca necesariamente que se deba tomar en consideración el derecho a doble porción. El derecho de representación se aplica en la línea colateral solo a favor de hijos de hermanos (art. 925. II Cc.) y tiene lugar en concurrencia de hermanos con sobrinos (art. 948 Cc.), dado que «siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera» (art. 926 Cc.).

Pueden plantearse diferentes casos y soluciones.

1. Concurrencia de hermanos de doble vínculo con hijos de hermanos que también tenían vínculo doble con el causante. Se aplica el derecho de representación (arts. 925 y 928 Cc.) con distribución por estirpes (arts. 926 y 948 Cc.)⁵⁹.



2. Concurrencia a la sucesión hermanos de vínculo sencillo con hijos de hermanos que tenían también vínculo sencillo con el causante. No está ex-

⁵⁹ GUILARTE, 1989, p. 277.

presamente previsto en el Cc. (*vid.* art. 948 Cc.) pero al aplicarse los artículos 925 a 928 Cc., los sobrinos heredan por representación y distribuyen los bienes con sus tíos por estirpes.

3. Concurrencia de hermanos de doble vínculo del causante con hijos de hermanos de vínculo sencillo. El supuesto tampoco se regula expresamente pero la aplicación conjunta de los artículos 924 a 927 Cc., que permiten heredar por representación a los sobrinos y la previsión del artículo 926 Cc. que no permite que los hijos de hermanos tomen más porción que la que hubiera correspondido tomar al progenitor al que representan, los hijos de medio hermanos del causante distribuirán entre sí exactamente la porción que hubiese correspondido recibir a su respectivo ascendiente y que será, conforme al 949 Cc., la mitad de lo que perciba cada uno de los hermanos de doble vínculo del causante que concurran a la sucesión.

4. Concurrencia de hermanos del causante de vínculo sencillo con hijos de hermanos de doble vínculo del causante. Vuelve a plantearse la misma disyuntiva que en el supuesto anterior y, por aplicación del derecho de representación, los hijos de hermanos de doble vínculo repartirán la porción que hubiese correspondido heredar a su ascendiente que, en tal caso, será el doble de lo que perciba cada uno de los hermanos del causante de vínculo sencillo.

5. Concurrencia de hermanos del causante de vínculo sencillo con hijos de hermanos de vínculo sencillo e hijos de hermanos de doble vínculo. También aplicaríamos el derecho de representación a favor de los hijos de hermanos de doble vínculo, que tendrán derecho a doble porción, como lo hubiese tenido su correspondiente ascendiente.

6. Concurrencia de hermanos del causante de vínculo doble con hijos de hermanos de vínculo sencillo e hijos de hermanos de doble vínculo. Vuelve a aplicarse el derecho de representación y la regla del duplo. Si el causante deja 2 hermanos de doble vínculo, dos hijos de otro hermano de doble vínculo que premurió al causante y dos hijos de un hermano de vínculo sencillo, también premuerto, el caudal se dividirá de la siguiente manera: los dos hermanos de doble vínculo tendrán $\frac{2}{7}$ partes cada uno; los dos hijos del hermano de doble vínculo que premurió al causante, repartirán los $\frac{2}{7}$ que hubiese recibido (por tanto, cada uno de ellos, recibirá $\frac{1}{7}$) y los dos hijos del hermano de vínculo sencillo, que premurió al causante, repartirán $\frac{1}{7}$ del caudal entre los dos, por tanto, cada uno de ellos recibirá $\frac{1}{14}$ parte del mismo.

7. Concurrencia de hermanos del causante de vínculo doble, con hermanos de vínculo sencillo y con hijos de hermanos de doble vínculo. Si

concorre un hermano de vínculo doble, un hermano de vínculo sencillo y dos hijos de un hermano de doble vínculo que premurió al causante distribuirán todos el caudal, como sigue: el hermano de doble vínculo recibirá $2/5$ partes; el hermano de vínculo sencillo tomará $1/5$ parte y los dos hijos del hermano de doble vínculo que premurió al causante repartirán en partes iguales las $2/5$ partes que hubiese correspondido recibir al hermano de doble vínculo del causante, por tanto, tomarán $1/5$ parte cada uno. Coherente con el previsto en el punto 4.

8. Concurrencia de hermanos del causante de vínculo doble, con hermanos de vínculo sencillo y con hijos de hermanos de vínculo sencillo. Si concurre un miembro de cada grupo expuesto, distribuirán el caudal así: el hermano de doble vínculo recibirá la mitad del caudal, el hermano de vínculo sencillo un cuarto y el hijo del hermano de vínculo sencillo premuerto, otro cuarto. El supuesto es coherente con el planteado en el punto 3.

9. Concurrencia de hermanos del causante de vínculo doble, con hermanos de vínculo sencillo, con hijos de hermanos de vínculo doble y con hijos de hermanos de vínculo sencillo. En este supuesto, si concurren un miembro de cada grupo expuesto, distribuirán los bienes de la siguiente manera: el hermano de doble vínculo recibirá $1/3$ del caudal; el hermano de vínculo sencillo recibirá $1/6$ parte; el hijo del hermano de vínculo doble, $1/3$ y el hijo del hermano de vínculo sencillo $1/6$ parte. Si cada uno de los hermanos premuertos hubiese dejado dos hijos, éstos distribuirían la parte correspondiente entre dos, así los dos hijos del hermano de doble vínculo recibirían $1/6$ parte cada uno y los dos hijos del hermano de vínculo sencillo, $1/12$ parte. Solución coherente con los puntos 5 y 6.

Esta interpretación aplica de manera rigurosa, prácticamente matemática, el derecho de representación con el derecho a doble porción por parentesco paterno y materno. Es la denominada orientación de signo objetivista⁶⁰, atienda a la mayor o menor vinculación familiar, es muy coherente y fácilmente aplicable a los diferentes supuestos. La STS de 17 de enero de 1895, si bien *obiter dicta*, siguió esta interpretación (Gaceta de Madrid de 15 de abril de 1895) en un supuesto de concurrencia solamente de sobrinos del causante, unos eran hijos de hermanos de doble vínculo y otros, hijos de medio hermanos. Con ser una resolución muy anterior a la CE, nada ha cambiado en el tenor de los artículos aplicables.

⁶⁰ VATTIER, 1986, p. 269.

4.2 CONCURRENCIA SOLO DE SOBRINOS DEL CAUSANTE, UNOS HIJOS DE HERMANOS DE DOBLE VÍNCULO Y OTROS, HIJOS DE HERMANOS DEL CAUSANTE DE VÍNCULO SENCILLO

El caso de concurrir exclusivamente sobrinos del causante, unos hijos de hermanos de doble vínculo y otros, hijos de hermanos del causante de vínculo sencillo no está expresamente contemplado en el Cc. y no hay, como se ha dicho, acuerdo unánime de la doctrina sobre el modo de distribuir la herencia.

VATTIER opina que todos los sobrinos deben heredar en partes iguales⁶¹. LACRUZ dudaba sobre la solución correcta pues encontraba argumentos para la distribución igualitaria en el artículo 921 Cc. y para la distribución desigual (regla del duplo y derecho de representación conjuntamente) en los artículos 951, 955 Cc. *a contrario* y en la STS de 17 de enero de 1895 antes citada⁶².

Como argumento para la distribución igualitaria entre los sobrinos podría añadirse el artículo 927. II Cc. Y para la tesis contraria (reflejo de la regla del duplo aunque concurren solos los sobrinos) se puede también argumentar que el artículo 955 Cc., al aludir a la distribución de la herencia entre los colaterales ordinarios dice que entre ellos la sucesión «se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo»⁶³.

Finalmente, el caso de entrada de todos los sobrinos por repudiación de los hermanos del causante, también es discutible. Cabe mantener que se ha de reflejar el derecho a doble porción (arts. 949 y 951 Cc.) pues la cuota repudiada por cada uno de ellos tendrá que atenerse a dicha medida y el acrecimiento entre sobrinos es lógico que siga la misma proporción. Sin embargo, el artículo 923 Cc. excluye expresamente la representación en caso de repudiación de todos los llamados más próximos. Unido a la última proposición del artículo 927 Cc. es fuerte argumento para mantener la distribución por cabezas y no por estirpes.

Nada más promulgarse la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte, la jurisprudencia aragonesa resolvió un supuesto similar agudizado por el descuido de no haber previsto correctamente la aplicación de la sustitución legal (prácticamente idéntica al derecho de representación en la intestada) al ampliar el llamamiento a colaterales privilegiados al cuarto grado y decidió prescindir de la regla del duplo, argumentando razonablemente que lo alejado del parentesco con el fallecido hacía aconsejable no atender a mayores precisiones; en consecuencia, entendió que todos los sobrinos heredaban por cabezas, con derecho de representación de los sobrino-nietos (que en Aragón pertene-

⁶¹ VATTIER, 1986, pp. 269-270; en el mismo sentido, NÚÑEZ BOLUDA, *RDP*, 1986, p. 732.

⁶² LACRUZ, 1988, p. 587. En el mismo sentido, GUILARTE, 1989, p. 279.

⁶³ GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1287.

cen al grupo de los colaterales privilegiados a diferencia del orden abintestato del Cc.), pero partiendo desde la igualación de todos los sobrinos (Auto AP Zaragoza 7 de marzo de 2007; AC 2007, 1374).

Entiendo que las diferentes soluciones tienen argumentos a favor y en contra pero de mantener la regla del duplo, habría que aclarar en una próxima reforma del Cc. las reglas de distribución, y si se ha de reflejar cuando concurren sobrinos, especialmente, si solo concurren sobrinos. Hay espacio en los artículos 952 y 953 Cc., que no tienen contenido.

5. Supresión de la regla del duplo en derechos reformulados recientemente y en la Ley 35/2015

Dicho todo lo anterior, es muy probable que si se decidiese la reforma de la sucesión intestada en el Cc. la regla del duplo desaparecería totalmente. Así se ha hecho en Cataluña, donde se ha suprimido y el artículo 442-10.1 CCC dice explícitamente que no hay distinción entre hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo.

También se suprimió por la Ley de 3 de diciembre de 2001 en el Código civil Francés⁶⁴.

Merece subrayarse que el artículo 66.2 de la *Ley 35/2015, de 22 de diciembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación* dice «a estos efectos, el hermano de vínculo sencillo se equipara al de doble vínculo». Durante la vigencia del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, la jurisprudencia de las AAPP, si bien no de modo unánime, solía aplicar el derecho a doble cuota por mimetismo con la sucesión intestada del Cc.

VII. LLAMAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA ENTRE COLATERALES NO PRIVILEGIADOS. LÍMITE HASTA EL CUARTO GRADO Y PREFERENCIA POR PROXIMIDAD DE PARENTESCO RIGUROSAMENTE

Si no quedan parientes colaterales privilegiados del causante (hermanos e hijos de hermanos), son llamados a suceder abintestato los parientes colate-

⁶⁴ GUÉVEL, 2014, pp. 94-95.

rales del causante que no estén más alejados del cuarto grado de parentesco civil, es decir, los colaterales ordinarios o no privilegiados (art. 954 Cc.).

En este suborden de llamados rige la preferencia por proximidad de grado de parentesco de forma rigurosa; aunque no se diga así en los artículos 954 y 955 Cc., se deduce de lo dispuesto en el artículo 921 Cc.⁶⁵

En este subgrupo de llamados están incluidos los tíos (grado 3.º), los tíos abuelos (4.º grado) y los primos (4.º grado) del causante, y también sus sobrino nietos (4.º grado), es decir, los nietos de hermanos del causante, dada la extensión hasta el cuarto grado en este suborden de llamamiento. Ya hemos mostrado nuestra opinión favorable a su traslado al grupo de colaterales privilegiados. *De lege lata*, para todos los colaterales ordinarios, la distribución de los bienes se realizará sin distinción de líneas ni preferencia por razón de doble vínculo, como dispone el artículo 955 Cc.

El tío tiene preferencia respecto del tío abuelo, del primo y del sobrino nieto del causante, con independencia a la línea a la que pertenezcan⁶⁶. Los sobrino nietos, los primos y los tíos-abuelos heredaran en partes iguales, pues en este orden no hay preferencia por pertenencia a parentela más cercana del causante.

En este suborden de llamados tampoco hay derecho de representación (art. 925. II Cc.). Si concurre a la sucesión un tío del causante y dos primos, hijos de otro tío premuerto, el tío heredará todo y postergará completamente a los primos del causante. Y si concurre un primo hijo de un tío premuerto y dos primos hijos a su vez de un segundo tío premuerto, heredan un tercio cada uno sin distribución por estirpes pues no se aplica el derecho de representación.

Tampoco se tiene en cuenta la posible pertenencia a línea materna o paterna. Siendo los más próximos parientes del fallecido cuatro tíos de la madre (tíos abuelos del causante) tienen derecho cada uno de ellos a la misma porción que un tío del padre del causante (tío abuelo del mismo) y que dos primos del causante que sean hijos de un hermano del padre del causante.

VIII. DERECHOS DEL VIUDO EN CONCURRENCIA CON PARIENTES COLATERALES DEL CAUSANTE, PRIVILEGIADOS Y NO PRIVILEGIADOS: ARTÍCULO 838 CC.

Conforme al artículo 838 Cc., el cónyuge viudo tiene derecho por legítima, si no concurren descendientes ni ascendientes del causante, al usufructo

⁶⁵ NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, pp. 448 y ss.; HIDALGO, 2010, p. 1042.

⁶⁶ YSÀS SOLANES, 2011, p. 1591; VAQUER ALOY, 2011, p. 1370; LÓPEZ MAZA, 2013, p. 6948; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1288.

de dos tercios de la herencia. En consecuencia, también se aplica esta norma cuando el cónyuge concurre con parientes colaterales, sean los que sean. Ello puede suceder si el cónyuge premuerto otorgó testamento nombrando heredero universal, por ejemplo, a su hermano.

El precepto procede de la reforma del Cc. por Ley 24 de abril de 1958 y se comprende mejor en un contexto en que los parientes colaterales privilegiados eran llamados a la sucesión intestada con preferencia al cónyuge (los hermanos y sus hijos), lo que rigió en el Cc. hasta la reforma por Ley 11/1981. Este derecho de usufructo por legítima estaba previsto originariamente para proteger el derecho del cónyuge en concurrencia con los parientes colaterales que eran preferentes en la sucesión intestada, pero también hoy se aplica si concurre con colaterales llamados voluntariamente en testamento del causante.

Desde la reforma del Cc. por Ley 15/2005 no cabe entender el supuesto de concurrencia del cónyuge con parientes colaterales que hereden abintestato. Con anterioridad, y al ser diferentes los requisitos exigidos para la legítima (art. 834 Cc.) y para la sucesión intestada (art. 945 Cc.) podía entenderse (aunque un tanto forzadamente) que el cónyuge viudo podía estar incurso en causa de exclusión de la sucesión intestada pero no de la legítima. Después de la Ley 15/2005 concuerdan los preceptos.

Hoy, con la reforma del Cc. por Ley 15/2015 (LJV), se entiende que el cónyuge no tiene derecho al usufructo por legítima en concurrencia con colaterales y extraños cuando al fallecer el consorte, estuvieran separados judicial, notarialmente o de hecho.

Aun hoy, cabe pensar en algún supuesto (improbable y puramente académico) en que el viudo pueda tener usufructo por legítima del artículo 838 Cc. concurriendo con colaterales o extraños como, por ejemplo, si repudia la herencia como heredero abintestato, pues en tal caso podría acceder a los dos tercios por legítima, que pudiera haberle dejado en testamento el causante (art. 1009. II Cc.).

CAPÍTULO NOVENO

EL ESTADO, ÚLTIMO HEREDERO ABINTESTATO

I. ANTECEDENTES

El Fuero Real [III, 5, 3] llamaba al Estado a recibir los bienes del muerto sin parientes y sin disposición, con justificación en el dominio eminente y en su derecho a adquirir bienes vacantes. Las Partidas fueron más favorables a la adquisición por derecho sucesorio y preveían que la Cámara del Rey heredase los bienes del muerto sin parientes no casado [Ley 6.^a, título XIII, Partida 6.^a]. La Ley de Enrique III estableció que las herencias intestadas fueran para la Cámara Real, disposición que fue luego la ley VI del título IV del Libro V de la Nueva Recopilación; no se mencionaba al cónyuge, lo que provocó posiciones encontradas en la doctrina. En la Novísima Recopilación, si no quedaban parientes dentro del cuarto grado, los bienes del fallecido eran para la Cámara regia; se limitó claramente el grado (décimo en las Partidas, que no había sido modificado por las leyes posteriores) y no se reconocía derecho sucesorio abintestato al cónyuge [Ley 1.^a, título 22, libro X].

La Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 9 de mayo de 1835 dotó a la adquisición abintestato del Estado de configuración propiamente sucesoria, aunque introdujo otros llamamientos preferentes: colaterales del cuarto al décimo grado y cónyuge. La Ley reguló con bastante detalle ciertos aspectos sobre el momento de apertura de la sucesión (art. 8), las medidas a adoptar por el representante del Estado para la adquisición de las herencias (arts. 9, 13, 14), el régimen de eventuales reclamaciones (10, 20) y que la responsabilidad del Estado en relación con las deudas de

la sucesión estaba limitada a la cantidad líquida que hubiere ingresado en las arcas (15).

Los artículos 783 a 785 del Proyecto de GARCÍA GOYENA se ocupaban de la regulación de la sucesión intestada del Estado, genéricamente llamado en último lugar en el artículo 742. El 783 lo llamaba en defecto de parientes dentro del décimo grado y dejaba a salvo los derechos del viudo o viuda (previstos en el 773). A pesar de que según el artículo 784 los derechos y obligaciones del Estado eran los mismos de los demás herederos, GARCÍA GOYENA decía que el Estado no respondía nunca con más de lo que recibía puesto que para heredar había de preceder inventario, juicio y sentencia, requisito, este último, exigido por el artículo 785 del Proyecto, y de conformidad con el artículo 386.5 del Proyecto (perteneían al Estado todos los bienes que por leyes especiales estuviesen declarados o se declarasen de su propiedad) ¹.

El Proyecto de 1882-1888, proponía: a) limitar el grado de llamados con preferencia al Estado, del décimo al sexto, mejorando la posición de la Ley de Mostrencos, una limitación que asumió la base 18.^a y recogió definitivamente el Cc. en 1889 y b) la referencia expresa a las instituciones benéficas y de instrucción como beneficiarias de los bienes heredados abintestato, régimen jurídico del vigente artículo 956 Cc.

Los artículos 956 a 958 Cc. llamaron a suceder al Estado según la base 18.^a Los dos primeros se reformaron por RD-1 de 13 de enero de 1928 (Gaceta de Madrid de 14 de enero de 1928). Una de las principales modificaciones en 1928 se introdujo para aclarar si el heredero en último lugar era el Estado o las instituciones de beneficencia, respecto de las cuales se eliminó la prelación entre las de carácter municipal y provincial y general y se añadió la referencia a las instituciones de instrucción gratuita, es decir, las de acción social. Desde entonces, una tercera parte aplica a la Caja de Amortización de la Deuda Pública, es decir, al Tesoro. También se mejoró la posición del Estado al limitarse el de los colaterales, del sexto al cuarto grado. Y se incluyó en la letra de la ley la limitación de la responsabilidad del Estado mediante el beneficio de inventario, sin necesidad de declaración expresa ².

¹ GARCÍA GOYENA, facsímil, 1974, pp. 409 y ss.

² Vid. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *ADC*, 1965; TOMÁS Y VALIENTE, *AHDE*, 1966, pp. 189-254.

II. LA REFORMA DE LA SUCESIÓN ABINTESTATO DEL ESTADO POR *LEY 15/2015 DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA*

1. Reformulación del llamamiento al Estado español con reforma de varios textos legales

Como se indicó en el capítulo primero, la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* ha introducido modificaciones relevantes en el llamamiento a la sucesión intestada del Estado con reformas en los siguientes textos legales:

- a) Los artículos 956 a 958 del Cc.
- b) El artículo 20.6 de la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Se han introducido también tres nuevos artículos: 20 bis, 20 ter. y 20 quáter.
- c) Los artículos 55 y 56 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado.
- d) El artículo 14. I de la Ley Hipotecaria que después, fue nuevamente modificado por la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*.
- e) Los artículos 790, 791 y 792 LEC.

La supresión de la declaración de herederos abintestato por auto judicial y la regulación de la nueva declaración administrativa de heredero abintestato del Estado, prevista también para la declaración de las CCAA y del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, provocará modificaciones en los textos legales de los derechos civiles forales y especiales, si bien, ello es posiblemente consecuencia de la invasión, con anterioridad, por los poderes legislativos autonómicos de competencias exclusivas del poder central del artículo 149.1.6.^a CE³.

Por lo que respecta a la sucesión de la Comunidad Autónoma Vasca, confluyen dos reformas de calado. La nueva disposición adicional 25.^a de la Ley 33/2003 (LPAP) introducida por Ley 15/2015 (LJV) preveía expresamente que «La declaración como herederos abintestato de las Diputaciones forales de los Territorios Históricos del País Vasco se realizará por la Diputación Foral correspondiente». Era una norma concordante con la especial situación derivada de la aplicación territorial limitada del Derecho Civil Vasco a los territorios

³ Como se indicó en el capítulo primero, ya se han iniciado los trámites para la reforma de los artículos 535 y 536 del CDFa para retirar del texto legal la referencia a la declaración judicial en la sucesión de la CA de Aragón y del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza.

correspondientes a la vecindad civil bizkaina (art. 73 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco). El artículo 117 de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, en armonía con la ampliación de la aplicación del derecho civil vasco a todo el territorio de la CA, ha previsto el llamamiento a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, si bien, se han iniciado los trámites por el Estado español para interponer recurso de inconstitucionalidad contra esta norma, conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero⁴.

Asimismo, la aplicación definitiva del Reglamento (UE) n.º 650/2012, *Reglamento Europeo de Sucesiones* a las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015, introduce una enorme complejidad en asuntos con elemento transfronterizo o internacional en los que pueda estar en juego la sucesión del Estado español y también la de los entes autonómicos en caso de «herencias vacantes», como las denomina el *Reglamento*, pues el artículo 9.º8 Cc. sigue siendo aplicable para la solución de los conflictos interregionales internos, como se indicará más adelante.

Finalmente, las reformas en la Ley 33/2003 (LPAP) necesariamente obligan a la adaptación del *Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* cuyos artículos 4 a 15 regulan las cuestiones jurídico administrativas de la sucesión del Estado⁵.

2. Cambio de orientación al desaparecer toda referencia a las instituciones destinatarias

2.1 CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DEL ESTADO COMO LEGÍTIMO HEREDERO ABINTESTATO

La supresión de toda referencia a las instituciones a que aludían los anteriores artículos 956 y 957 Cc. constituye una modificación relevante en el último llamamiento a la sucesión abintestato. Y no solo lo es para las institucio-

⁴ Vid. Resolución de 14 de octubre de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE núm. 260, de 30 de octubre).

⁵ Aunque alude, lo mismo que la Ley 33/2003, a la sucesión legítima «de la Administración General del Estado» (título del capítulo I).

nes, consideradas hasta ahora auténticas «fideicomisarias» de las herencias abintestato del Estado y que ya ni se mencionan. La nueva orientación legal configura decididamente la posición del Estado como heredero con legítimo derecho propio a heredar, aunque la norma legal siga obligando a destinar a fines de interés social dos tercios de la herencia.

Hasta la reforma por Ley 15/2015, tenían derecho a heredar una tercera parte de la herencia cada una de las siguientes:

- a) Instituciones municipales del domicilio del difunto, de Beneficencia, Instrucción, acción social o profesionales de carácter público o privado.
- b) Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo, tanto entre unas como entre otras, aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general.

La otra tercera parte se destinaba a amortizar la deuda pública, salvo que el Consejo de Ministros, por la naturaleza de los bienes heredados, decidiera darles total o parcialmente otra aplicación.

Ni el artículo 956 ni el 957 Cc. aluden ahora a ninguna institución y el Estado debe ingresar el haber líquido abintestato en el Tesoro Público. El artículo 956 Cc. prevé que dos partes del valor «de ese caudal relicto» (el valor ya liquidado) se destinen a fines *de interés social*, sin más concreción. No hay en la norma referencia expresa a *beneficencia* (concepto superado) ni a *acción social*, término este último acuñado en toda la normativa reguladora de las cláusulas de cierre autonómicas que sí lo utilizan (en Navarra se alude a instituciones de beneficencia: Ley 304.7 FNN).

Los dos tercios destinados a del valor del caudal se añadirán a la asignación tributaria para fines de interés social de los Presupuestos Generales del Estado. Como se verá más adelante, la Ley 33/2003 (LPAP) concede un amplio margen al Consejo de Ministros y también al Director General de Patrimonio del Estado para excluir de la liquidación, una vez declarada la herencia y tomada posesión por el Estado de la misma, los bienes y derechos del caudal relicto, total o parcialmente, atendidas las características de los mismos (art. 20 quáter números 2 y 3 de la Ley 33/2003). Basta con compensar el valor con la correspondiente modificación presupuestaria en los presupuestos generales del Estado.

Con la supresión de la referencia expresa a las Instituciones en la normativa reguladora del último llamamiento *ab intestato* culmina una evolución en la que el Estado ha ido ganando el derecho a heredar paulatinamente hasta

desplazar totalmente a las anteriores, tradicionalmente consideradas las verdaderas titulares del derecho a la herencia intestada.

Tal como se ha aprobado el nuevo artículo 956 Cc. en la Ley 15/2015 (LJV), ya no tienen sentido discusiones en torno a si se podían incluir como tales instituciones y establecimientos destinatarios de los bienes adquiridos por sucesión intestada a colegios profesionales o a partidos políticos y se desactivan las críticas a la exigencia de postulación⁶. Tampoco se plantea la cuestión sobre si la actividad de las instituciones beneficiarias, cuando fueran de ámbito estatal, habrían de tener o no presencia y actuación efectiva en el territorio correspondiente al ámbito municipal o provincial a que aludía el anterior artículo 956 Cc.⁷; tampoco el tenor literal del nuevo precepto lleva a propuestas *de lege ferenda* para sustituir el referido ámbito municipal o provincial por el autonómico⁸.

No obstante, surgen nuevos interrogantes, en especial, en relación al control del cumplimiento de los fines de interés social; es también llamativo el reconocimiento expreso al Estado y a la Administración General, que es quien lo declara heredero, para decidir el destino del tercio que se ingresa en el Tesoro Público y para excluir de la liquidación y reparto, todos o alguno de los bienes recibidos (art. 20 quáter, números 2 y 3 de la Ley 33/2003 en la redacción dada por Ley 15/2015).

2.2 EVOLUCIÓN DESDE LA PROMULGACIÓN DEL Cc.

Durante la preparación del Cc. hubo bastantes opiniones que propugnaban llamar a la sucesión intestada en último lugar directamente a las instituciones de beneficencia sin mencionar al Estado. Tras arduas discusiones durante la preparación de los proyectos de Código civil en torno a si debía llamarse exclusivamente a suceder a las instituciones, entonces de beneficencia, o al fisco representado en la figura del Estado, la base 18 de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizó al Gobierno para publicar el Código civil estableció: «Sustituirán al Estado en esta sucesión cuando a ella fuere llamado los establecimientos de Beneficencia e instrucción gratuita del domicilio del *testador* (sic.); en su defecto, los de la provincia; a falta de unos y otros, los generales».

⁶ Sobre todas estas cuestiones, con todo lujo de detalles, HIDALGO GARCÍA, 1995, pp. 227 y ss., y 2010, pp. 1043-1044.

⁷ Responde afirmativamente GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1289.

⁸ HIDALGO, 2010, p. 1043.

Alonso Martínez, vocal de la Comisión General de Codificación, había propuesto llamar a la sucesión intestada directamente a las instituciones de beneficencia en lugar de al Estado por entender que era mejor llamar «a los menesterosos que a los contribuyentes», considerando incluso que era impropio llamar preferentemente a parientes del causante tan alejados como los del décimo grado (como hacía la Ley de mostrencos de 1835) en lugar de a la beneficencia⁹. El artículo 956 Cc. vigente en 1889 obligaba al Estado, heredero de último rango en la sucesión intestada, a partir de entonces y hasta la reforma del Cc. de 1928, en defecto de parientes colaterales de sexto grado, a destinar la totalidad de la herencia a «establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita»¹⁰. El derecho relevante de tales establecimientos se ratificaba en el artículo 957 Cc. entonces vigente: «Los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia e instrucción, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos».

La reforma del Cc. por Ley de 13 de enero de 1928 cambió la orientación anterior y en la norma legal quedó reflejada una mayor confianza en el Estado como institución que plasmó en dos decisiones de política legislativa: la mejora en la posición del Estado al limitarse del sexto al cuarto grado el llamamiento a parientes colaterales del causante y la atribución concreta de una parte de la herencia, la tercera parte, a la Caja de Amortización de la Deuda pública, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acordase darles, total o parcialmente, otra aplicación. El Estado ganó así cierto terreno en la legitimación para heredar abintestato frente a las «instituciones y establecimientos»¹¹.

No obstante la vocación sucesoria de las instituciones y establecimientos a que la norma escrita aludía seguía siendo intensa y la doctrina entendió que la posición del Estado, respecto de un tercio la de una especie de heredero *sub modo* con la carga de destinar los bienes a las entidades referidas en el artículo 956 Cc.¹² o la de heredero fiduciario sobre los otros dos tercios que re-

⁹ FRANCO Y LÓPEZ, 1886, pp. 148-150 (apartado *Memoria*). *Vid.* otras referencias y datos sobre las discusiones en torno a esta cuestión antes de la redacción definitiva del Cc. de 1889 y después de las modificaciones introducidas en la reforma de 13 de enero de 1928, en HIDALGO GARCÍA, 1995, pp. 55-82.

¹⁰ El artículo 956 Cc. decía: «A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, destinándose los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita, por el orden siguiente:

- 1.º Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto.
- 2.º Los de una y otra clase de la provincia del difunto.
- 3.º Los de beneficencia e instrucción de carácter general».

¹¹ *Vid.* HIDALGO GARCÍA, 1995, pp. 74-77.

¹² ROCA SASTRE y PUIG FERRIOL, en ENNECERUS, KIPP y WOLF, *Derecho de sucesiones*, V-1.º, p. 68; DE LOS MOZOS, 1991, p. 2259; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2012 (reed. 2015), pp. 215-216.

cibía la herencia para las instituciones fideicomisarias¹³. Las normas reguladoras de la vertiente administrativa de la sucesión intestada del Estado siguieron la misma orientación, tanto el Real Decreto de 15 de noviembre de 1918, como el Real Decreto-Ley de 23 de junio de 1928 y el Decreto 2091/1071¹⁴.

2.3 LA REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO COMO HEREDERA EN LA LEY 33/2003 (LPAP)

La supresión de toda referencia a las instituciones y establecimientos ya se intentó en el Anteproyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas que cristalizó en la Ley 33/2003.

Además de la supresión de las referencias a instituciones y establecimientos, se pretendía modificar los artículos 956 y 957 Cc. para llamar a la Administración General del Estado, propuesta para la que la Dirección General de Patrimonio del Estado esgrimió el elevado coste de la tramitación del procedimiento de abintestato. El Consejo de Estado emitió informe en el que consideró que la supresión de la referencia a las instituciones no podía hacerse en una ley especial o sectorial sin intervención de la Comisión General de Codificación y criticó también la propuesta de exclusión de la participación en la distribución del caudal hereditario a las instituciones de interés social del domicilio del deudor¹⁵.

La Ley 33/2003 (LPAP) no modificó los artículos 956 y 957 Cc. pero en el artículo 20.6 aludió a la sucesión legítima de la Administración General del Estado como si esta fuera la heredera: «La sucesión legítima de la Administración General del Estado se regirá por el Código Civil y disposiciones complementarias» (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2003) y el RD 1373/2009 que la desarrolló sigue la misma orientación (arts. 4, 5.1 RD 1373/2009), una decisión cuestionada por la doctrina¹⁶. La misma referencia se hace en el número 5 del artículo 20 bis de la Ley 33/2003: «La Abogacía del Estado de la provincia deberá emitir informe sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración General del Estado como heredero abintestato».

Estas referencias no han cambiado en la reforma de la Ley 15/2015 y, en cierto modo, se ha fortalecido la intervención de la Administración General del Estado que es ahora la que declara heredero abintestato al Estado en lugar del juez.

¹³ HIDALGO, 2010, p. 1046.

¹⁴ Detalles sobre esta normativa, en HIDALGO, 1995, pp. 74-82.

¹⁵ DE DIOS VIÉITEZ, 2011, pp. 1374-1375.

¹⁶ HIDALGO GARCÍA, 2010, p. 1043.

3. **El destino de los bienes adquiridos: distinta orientación a la vigente en las CCAA**

Los artículos 956 y 957 Cc. y los 20.6, 20.bis, 20.ter y 20.quáter de la Ley 33/2003 (LPAP) no personifican al destinatario del valor líquido de la herencia intestada del Estado, sino que exclusivamente indican que dos tercios del valor se destinará a fines de interés social.

3.1 DESTINO DE LAS HERENCIAS ABINTESTATO DE LAS CCAA EN LOS DERECHOS CIVILES FORALES Y ESPECIALES

Con esta decisión, la legislación central sigue una tendencia diferente a la de los derechos civiles forales y especiales que llaman abintestato a la correspondiente CA y establecen destinos específicos para los bienes adquiridos por sucesión intestada, no del todo coincidentes. El artículo 442-13 CCC obliga a la Generalidad de Cataluña a destinar los bienes heredados o su producto o valor a establecimientos de asistencia social o a instituciones de cultura, preferentemente del municipio de la última residencia habitual del causante en Cataluña y si no los hay en dicho municipio, a establecimientos o instituciones de la comarca, y si tampoco los hay en la comarca, a los de carácter general a cargo de la Generalidad. Además, si en el caudal relicto existen fincas urbanas, la Generalidad de Cataluña debe destinarlas preferentemente al cumplimiento de políticas de vivienda social, ya sea directamente o reinvertiendo el producto obtenido al enajenarlas, según sus características.

La Ley 304.5 FNN obliga a la Comunidad Foral de Navarra a aplicar la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra.

El artículo 535 CDFA obliga a la Diputación General de Aragón (Gobierno de Aragón) a destinar los bienes heredados abintestato o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio y el artículo 536 CDFA le obliga a destinar los bienes de los enfermos que fallezcan en el Hospital de nuestra Señora de Gracia o en establecimientos dependientes o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.

Conforme al artículo 269 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia, los bienes heredados por la Comunidad Autónoma serán destinados a establecimientos de asistencia social o instituciones culturales que se ubiquen, prefe-

rentemente y por este orden, en el lugar de la última residencia del causante, en su término municipal, en su comarca y en todo caso en territorio de la comunidad autónoma gallega.

El artículo 117 de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco (pendiente de conocerse si finalmente se interpondrá o no recurso de inconstitucionalidad por el Estado) prevé en su primer párrafo que la Administración General de la Comunidad Autónoma asigne una tercera parte de la herencia intestada a sí misma, otra tercera parte a la diputación foral correspondiente a la última residencia del difunto y otra tercera parte al municipio donde éste haya tenido su última residencia.

Finalmente, el artículo 71.1.c) de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, texto procedente de la reforma por LO 1/2006, de 10 de abril, dice que «El patrimonio de la Generalitat está integrado por: c) Los bienes procedentes, según la legislación foral civil valenciana, de herencias intestadas, cuando el causante ostentara conforme a la legislación del Estado la vecindad civil valenciana, así como otros de cualquier tipo». El artículo 43.3 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana atribuye a la Generalitat los bienes de quienes ostenten la condición jurídica de valenciano en los supuestos de sucesión intestada y a falta de personas con derecho a heredar, según la ley: «En caso de sucesión intestada, y a falta de personas con derecho a heredar, según la ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat cuando el causante ostente la condición jurídica de valenciano. El procedimiento administrativo aplicable será el que reglamentariamente se determine». La norma conserva la referencia a la «condición jurídica de valenciano» a que aludía el anterior artículo 50.1.c) EA de la Comunidad Valenciana.

3.2 EL DESTINO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS ABINTESTATO POR EL ESTADO

En armonía con lo dispuesto hasta ahora en los artículos 956 a 958 Cc., el destino de los bienes adquiridos por el Estado se regulaba por normas de derecho administrativo y no civil. Inequívocamente la sucesión por el Estado tiene dos vertientes: la privada y la pública¹⁷.

Las cuestiones jurídico públicas se vienen regulando por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, dictado con posterioridad a la Ley 33/2003 (LPAP) y que sustituyó al Decreto 2091/1971, de 13 de agosto, si bien fueron

¹⁷ Dos aspectos destacados por la doctrina: HIDALGO, 1995, *passim*; DE DIOS VIÉITEZ, 2011, pp. 1375-1376; DEL POZO SIERRA, 2013, pp. 6954-6956.

muchos los aspectos de la regulación administrativa de la liquidación de las herencias abintestato que no cambiaron con la reforma de 2009¹⁸. Dada la nueva regulación tras la reforma por la Ley 15/2015 deberán modificarse algunos aspectos del RD 1373/2009 para su adaptación al texto reformado de la Ley 33/2003 (LPAP).

Por el momento, la Ley 33/2003 regula tanto el nuevo procedimiento administrativo para la declaración como heredero abintestato, como el de la liquidación del caudal relicto, así como la aceptación de la herencia.

Por lo que respecta al destino de los bienes adquiridos por el Estado conforme al Cc. y la Ley 33/2003 (LPAP) hay que distinguir entre el tercio que ingresa directamente en el Tesoro Público, para el que parece que no existe obligación alguna de destino ni carga para el Estado (el propio art. 956 Cc. prevé que el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación sin contraprestación ni consecuencia alguna) y los dos tercios restantes que necesariamente se han de destinar a fines sociales. Para cumplir esta obligación legal basta que el gasto o inversión a los que se destine el valor líquido recibido tenga fines de interés social y que se haga constar en la correspondiente partida de los presupuestos generales del Estado.

En concordancia con esta previsión del artículo 956 Cc., y parece que en vistas al referido control legalmente impuesto en relación a los dos tercios del haber líquido de la herencia, el número 4 del nuevo artículo 20 quáter de la Ley 33/2003 (LPAP), prevé la generación de un crédito por importe equivalente a dicha suma (dos tercios del valor líquido) que se hará constar en la partida consignada en los presupuestos para atender las transferencias para fines de interés social que se dota con la asignación tributaria para esta finalidad derivada de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La Ley 33/2003 (LPAP) contempla la facultad del Consejo de Ministros de excluir de la liquidación y reparto todos o alguno de los bienes relictos, lo que también es competente para decidir el Director General del Patrimonio del Estado que podrá excluir de la liquidación aquellos bienes que convenga conservar en el patrimonio de la Administración General del Estado para su afectación o adscripción a fines o servicios propios de sus órganos o de los Organismos públicos dependientes.

Aunque esta facultad parece referida exclusivamente al tercio de la herencia *ab intestato* que corresponde conforme al artículo 956, primera proposición Cc., la lectura de la última proposición del número 3 del artículo 20

¹⁸ Como que quien tiene obligación de denunciar en razón de su cargo u oficio carece de derecho a recibir el premio del 10%: STSJ Madrid, c-a, Sección 6.ª, núm. 349/2013, de 17 de abril (RJCA 2013, 679).

quáter.2 de la Ley 33/2003, lleva a mantener que también puede afectar a los dos tercios restantes, pero en tal caso se debe compensar el exceso al resto del caudal mediante la correspondiente modificación presupuestaria.

La Ley 33/2003 (LPAP) garantiza así el destino a fines de interés social de los dos tercios del valor líquido de lo adquirido abintestato, si bien, no se determina ya en la norma jurídica los posibles beneficiarios ni su carácter público o privado. Tampoco es obligatorio que los mismos bienes adquiridos sean destinados a los fines sociales indicados. El Estado cumple destinando a tales fines el valor de lo adquirido. La cuantía para fines de interés social tendrá el mismo destino que la asignación tributaria para la misma finalidad derivada de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como establece el artículo 20.quáter.4 de la Ley 33/2003.

Las amplias facultades que la Ley 33/2003 confiere al Consejo de Ministros, incluso sobre los dos tercios que deben destinarse a fines sociales, llevan a reflexionar sobre si se puede decidir la exclusión de la liquidación y reparto de todos o alguno de los bienes del caudal relicto para transferirlos al municipio, provincia o incluso la CA en la que radique el bien (sobre todo pensando en bienes inmuebles) donde el fallecido abintestato hubiere tenido su última residencia habitual o su último domicilio¹⁹.

Acaso podría constituir un modo de reequilibrar la situación producida por la regulación de las cláusulas de cierre autonómicas que llaman a heredar abintestato a la correspondiente CA en ejercicio de la competencia civil del artículo 149.1.8.º CE.

3.3 POSIBLE TRANSFERENCIA DE LOS BIENES RECIBIDOS ABINTESTATO A LA CA DE LA ÚLTIMA RESIDENCIA HABITUAL DEL CAUSANTE (O DEL ÚLTIMO DOMICILIO)

Siguiendo con el hilo argumental del último párrafo del epígrafe anterior, se pueden hacer algunas reflexiones tomando como premisa el artículo 50.6 de la *Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja* cuando prevé que el Consejo de Gobierno autonómico pueda instar al Estado para que «subrogue» a la Comunidad Autónoma en los derechos que pudieran corresponderle como heredero: «Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores de este artículo, en aquellos casos en los que de confor-

¹⁹ Una nueva revisión de esta cuestión y de las injusticias que para algunos autores se producen al comparar con otras CCAA, en HIDALGO GARCÍA, 2014 b), pp. 659-683.

midad con el Código Civil deba heredar el Estado, el Consejo de Gobierno instará a éste para que subrogue a la Comunidad Autónoma en los derechos que pudieran corresponderle como heredero, siempre que el causante tenga vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de La Rioja al tiempo del fallecimiento o se trate de bienes sitos en dicho territorio».

La norma ha sido duramente criticada por algún autor²⁰, pero sin entrar en su valoración aquí pretendo sencillamente plantear la posibilidad de que el Consejo de Ministros decida, por ejemplo, excluir de la liquidación y reparto alguno de (o todos) los inmuebles del caudal relicto por haber pertenecido a un español fallecido sin cónyuge ni parientes con vecindad administrativa en La Rioja y residencia habitual en dicha CA (de vecindad civil común) a la que haya sido llamado el Estado español y que radiquen en dicho territorio. Entiendo que en el ámbito de las relaciones entre CCAA y Estado (en su acepción de Estado central pues también lo son las CCAA, por más que en ocasiones parece desconocerse) este tipo de asignaciones son posibles. La misma solución podría aplicarse en otros territorios de vecindad civil común aun sin la previsión de la Ley de Patrimonio riojana. Y lo mismo en Baleares que, teniendo competencias para hacerlo, no llama a la CA a heredar abintestato en último lugar.

La Ley 33/2003 (LPAP) otorga un amplio margen de libertad al Estado y a la Administración pública (dentro del respeto a los procedimientos legalmente establecidos) para pactar y celebrar contratos, convenios y negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales (arts. 110 y ss. LPAP).

Desde el punto de vista del Derecho sucesorio civil, la «subrogación» directa como heredera de la CA no parece posible pues es el Estado el declarado heredero y debe aceptar la herencia (aunque sea tácitamente o por actos presuntos) para llegar a adquirir los bienes y luego poder transferirlos. No obstante, es posible que el Consejo de Ministros, pueda decidir la transferencia de determinados bienes, siempre que en la correspondiente partida de los presupuestos generales del Estado se consigne el correspondiente crédito (por el mismo valor transferido a la CA) para cumplir los fines de interés social a que obliga la norma.

El artículo 956 Cc. nada dice sobre el territorio en que hayan de cumplirse los fines de interés social ni establece tampoco prelación de instituciones o establecimientos ni entidades municipales o provinciales del domicilio de fallecimiento del causante, a diferencia de la regulación anterior.

²⁰ HIDALGO, 2014 b), pp. 682-683.

Será, en todo caso, una decisión libre del Consejo de Ministros a la que la citada Ley de Patrimonio autonómica no puede obligar. De producirse la adquisición por la Comunidad Autónoma de La Rioja (o como digo, de cualquier otra de derecho común) de los bienes correspondientes no lo será por sucesión *ab intestato*, pues carece de competencias en legislación civil foral o especial, pero entiendo que la adquisición definitiva del bien, es posible (siempre que se respete la normativa administrativa correspondiente). El supuesto se ha explicado en relación a la CA de La Rioja (que contempla una norma singular en su Ley de Patrimonio) pero lo mismo podría concluirse para otras CCAA sin derecho civil foral o especial, puesto que, como se ha indicado, no se trataría en ningún caso de una subrogación de la correspondiente CA en la posición jurídica del Estado como heredero abintestato.

4. Aspectos de la sucesión abintestato del Estado español en sucesiones transfronterizas

La aplicación completa del Reglamento (UE) n.º 650/2012, al que denominaremos *Reglamento de Sucesiones Europeo*, el 17 de agosto de 2015 plantea bastantes interrogantes sobre el derecho a suceder abintestato del Estado español en sucesiones internacionales o con elemento transfronterizo. En este apartado se dejan solamente apuntadas.

El artículo 9.º Cc. ya no determina la ley aplicable en las sucesiones internacionales, sino que es el *Reglamento de Sucesiones Europeo* el que la establece (art. 20); será la ley del lugar de residencia habitual en el momento del fallecimiento del causante (art. 21.1), salvo que dicho causante hubiera elegido la ley correspondiente a la nacionalidad que posea en el momento en que otorgue una disposición de última voluntad o en el momento del fallecimiento (art. 22). El *Reglamento* también contempla que se pueda aplicar otra ley, de forma excepcional, si resulta claramente que al fallecer el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto (art. 21.2)²¹.

De conformidad con el artículo 36.1 del citado *Reglamento*, el artículo 9.º Cc. ya no se aplica, según doctrina autorizada, sino para la resolución de los conflictos interregionales internos del derecho español²².

²¹ PALAO MORENO, 2015, pp. 547-556.

²² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2012, pp. 153 y ss.; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, 2013, p. 8; ÁLVAREZ GONZÁLEZ y BONOMI, 2015, pp. 484-486.

Entiendo que el artículo 9.º Cc. solo se aplica a los españoles, únicos que pueden ostentar vecindad civil. También la tienen quienes tengan doble nacionalidad, pero solo pueden tener vecindad civil los españoles; de hecho, la vecindad civil correspondiente no se pierde por residencia continuada durante más de 10 años en el extranjero; en realidad, la vecindad civil «se pierde» porque «se gana, se adquiere» otra vecindad civil distinta.

Para extranjeros que fallezcan en territorio español con residencia habitual en territorio con derecho civil foral o especial, se plantea la disyuntiva entre la aplicación a la sucesión *mortis causa* del Cc. o del derecho civil foral o especial de la residencia habitual bajo la que falleció el causante. Algunos profesionales consideran que el criterio de la residencia habitual es el aplicable en tales casos; en consecuencia, a la sucesión de un extranjero fallecido con última residencia habitual en Cataluña, se le aplicará el derecho Catalán y así con todas las legislaciones civiles forales y especiales²³.

Para Cataluña, es una solución que acaso refrenda el sentido del artículo 111-3 CCC, si bien, no puede obviarse que los extranjeros carecen de vecindad civil española. Es distinto el supuesto del artículo 111-3.3 CCC que impone la aplicación del derecho civil catalán a los extranjeros que adquieran la nacionalidad española mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra, solución compatible con lo previsto en el artículo 15 Cc. (aunque se trata de «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas» y de «normas para resolver los conflictos de leyes»²⁴), pero que no se aplica en ningún caso en el supuesto de recuperación de la nacionalidad española *ex* artículo 15.3 Cc., si no era la catalana²⁵.

No obstante, y aunque es previsible que en el futuro la ley correspondiente a la residencia habitual tenga un protagonismo destacado más allá de los supuestos específicamente contemplados en el *Reglamento*, en España existe normativa para la resolución de los conflictos interterritoriales internos que solo prevé el criterio de la vecindad civil, y puede ser dudoso que entre en juego cuando se trata de sucesiones de nacionales extranjeros que residen en nuestro país²⁶.

²³ Cuatrecasas.pdf, pp. 4-5.

²⁴ Aunque desde un punto de vista práctico, sea muy dudoso que los jueces puedan apreciar tal vicio sin previa declaración por el TC, como afirma DELGADO, en relación a otras normas que pueden incurrir en vicio de inconstitucionalidad por extralimitación de las competencias (2000, p. 397).

²⁵ Se ha dicho que el artículo 15.3 Cc., intacto en las reformas de 1990 (Ley 11/1990 y Ley 18/1990), cercena posibilidades de opción por una u otra vecindad que se ofrecen, por el contrario, a todos los demás extranjeros que adquieren la nacionalidad española: DELGADO ECHEVERRÍA, 2000, p. 418. *Vid. tb.* sobre la norma catalana HIDALGO, 2014 a), pp. 55-56.

²⁶ Lo niega RODRÍGUEZ-URÍA, 2013, p. 46; parecen optar por la respuesta afirmativa HIDALGO, 2014 a), p. 52, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ y WAUTELET, 2015, p. 431, nota 9.

Es decir, fallecido un nacional alemán con última residencia habitual en Zaragoza, se plantea si se aplicará a su sucesión el derecho aragonés o el Cc. Si fallece abintestato y sin cónyuge ni parientes, se plantearía la disyuntiva entre llamar a la Comunidad Autónoma de Aragón o al Estado español. Si deja bienes troncales, según las determinaciones del CDFA, se plantearía la aplicación de los llamamientos a la sucesión troncal aragonesa que pueden llegar hasta parientes de sexto grado, con preferencia a la CA²⁷. Todo ello hace particularmente compleja la solución de la sucesión sin parientes ni cónyuge (ni pareja de hecho, si procede) y puede provocar conflictos entre Estados y con alguna CA²⁸.

A esta complejidad hay que añadir los diferentes criterios que siguen las legislaciones en derecho comparado para atribuir la herencia en defecto de parientes y cónyuge al Estado que tampoco son idénticos pues algunos consideran que se trata de un verdadero derecho de sucesión *mortis causa* (como es el caso de España) y en otros constituye una manifestación del *ius imperii*²⁹ y admiten la toma de posesión de los bienes relictos que se encuentren en su territorio; asimismo, las normas pueden prever un destino sucesorio diferente en función de que en el patrimonio existan bienes muebles o inmuebles³⁰.

El artículo 33 del *Reglamento de Sucesiones Europeo* regula expresamente las denominadas «sucesiones vacantes» con notable imprecisión terminológica pues, como ha destacado la doctrina, la sucesión en defecto de parientes y cónyuge (en su caso, pareja de hecho) no es vacante pues todavía se puede llamar al Estado abintestato (en su caso a las CCAA)³¹. Del artículo se colige que la ley sucesoria determina si hay o no herencia vacante (es decir, si el Estado debe ser llamado por no haber personas con derecho preferente) y, una vez determinado, la atribución de la herencia sigue una doble regla pues el artículo 33 del *Reglamento* confirma en primer lugar la competencia de la ley sucesoria, pero asimismo permite a los Estados en cuyo territorio se encuen-

²⁷ Es evidente que la aplicación de los sistemas de sucesión troncal a quienes no tengan vecindad civil correspondiente a territorios donde se aplique o cuyos derechos nacionales no la contemplen resulta una solución un tanto artificial e insatisfactoria. No es lo mismo discutir si hereda el Estado español o la correspondiente CA que aplicar normas que constituyen verdaderas singularidades sucesorias y familiares de carácter y contenido histórico foral. Correlativamente tampoco tiene mucho sentido que no se apliquen este tipo de sucesiones e instituciones genuinamente forales a quienes siendo aragoneses fallezcan con residencia habitual fuera de España (se trata de llamamientos abintestato que no se aplicarán si no hubo *professio iuris*), pero el *Reglamento* parece bastante claro al respecto.

²⁸ Más acusados en CCAA en las que es discutible la competencia para llamar a la sucesión intestada en último lugar y no al Estado, como explica Hidalgo [2014 a], p. 14] en relación al caso de la Comunidad Valenciana, con más detalles sobre la cuestión en Hidalgo, 2014, b), pp. 657 y ss.

²⁹ HIDALGO, 2014 a), pp. 21 y ss.

³⁰ HIDALGO GARCÍA, 1995, pp. 83-143, y 2014 a), pp. 62-64; DEL POZO SIERRA, 2013, pp. 6959-6960.

³¹ HIDALGO GARCÍA, 2014 a), p. 43.

tren bienes sucesorios reivindicar la aplicación de sus propias reglas³². Por tanto, la dualidad se puede producir y podrían heredar dos estados diferentes (acaso cada uno los bienes inmuebles que radiquen en su propio territorio).

Y a todo ello han de añadirse las dificultades de la coexistencia de distintos derechos civiles en territorio español con diferentes cláusulas de cierre de los sistemas de llamamiento a la sucesión intestada que, como he indicado, pueden hacer dudar sobre si hay que resolver conflictos internos siguiendo el criterio de la vecindad civil de los artículos 9.º8, 14 y 16 Cc., pues, como he dicho, los extranjeros no tienen vecindad civil.

Como argumento a favor de la aplicación de la legislación civil foral o especial del territorio correspondiente a la última residencia habitual del causante extranjero podría decirse que las CCAA también son Estado. El *Reglamento* no alude expresamente a «Estado central» (aunque es cierto que alude a las normas internas de cada Estado para la resolución de conflictos).

III. LLAMAMIENTO DE CIERRE EN LA SUCESIÓN ABINTESTATO. CARACTERES

1. Último llamado a la sucesión intestada al que no se puede desheredar

Según el vigente artículo 913 Cc., el Estado es el último llamado a la sucesión intestada en defecto de descendientes, ascendientes, parientes del difunto dentro del cuarto grado y de viudo o viuda, lo que concuerda con el artículo 956 Cc. que dice que es llamado «a falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones...»

La doctrina considera que no se le puede excluir voluntariamente de la sucesión³³ y que su llamamiento en último lugar es obligado pues hay que evitar el *horror vacui* que se produciría ante el fallecimiento del causante sin parientes ni cónyuge.

Lo cierto es que ninguna de las causas de indignidad del artículo 756 Cc. parecen aplicables al Estado, ni tampoco las de desheredación (arts. 848 a 857 Cc.), aunque ciertamente no es legitimario (es heredero legítimo o abintestato pero carece de la condición de legitimario)³⁴. Por eso parece difícil

³² ÁLVAREZ GONZÁLEZ y WAUTELET, 2015, pp. 428-430.

³³ Por todos, DE DIOS VIÉITEZ, 2013, p. 1380.

³⁴ Ello no obsta para que pueda ejercitar acciones de nulidad de testamento por simulación: STS 23 de julio de 1993, recurso núm. 241/1991 (González Poveda, Sierra Gil de la Cuesta, coord. O'Callaghan Muñoz, 2006, pp. 326-327). Ello al margen, algún autor ha considerado que el derecho tributario del Estado debía de configurarse como su legítima, como refiere DE LOS MOZOS (1991, p. 2258), citando a Val-

considerar que el Estado pueda incurrir en causa de indignidad o de justa desheredación, por mucho que algún causante pueda entender que se ha portado indignamente con él o que le ha desatendido en sus elementales necesidades alimenticias. La obligación «de alimentos» en estos casos (cuyo incumplimiento acaso podría derivarse de la falta de asignación de alguna pensión por el Estado aun teniendo derecho a ello evidenciándose dicho incumplimiento por haber sido el Estado condenado judicialmente a prestarla) no sería de las previstas en los artículos 142 y siguientes del Cc.

Pese a lo dicho no es extraño pensar, vista la situación actual, en algún supuesto en que algún testador llegue a incluir en su testamento una cláusula, por ejemplo, del siguiente tenor: «y no quiero que en ningún caso y pase lo que pase sea mi heredero el Estado Español» (o alguna CA en particular). Si se puede excluir de la herencia a quienes no son legitimarios, no se encuentran obstáculos para que se pueda excluir también al Estado o a alguna CA. Es posible que, en tales supuestos, los bienes queden verdaderamente vacantes y, a continuación, serían recibidos por el Estado pero ya no como heredero sino en virtud de lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la Ley 33/2003, como titular de los inmuebles vacantes y de los saldos y depósitos abandonados, si bien para estos últimos, hay que esperar 20 años sin que se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad. Y esto último es lo que no puede evitar ningún particular. De admitirse la exclusión testamentaria y que afectase a la intestada, los bienes serán adquiridos por el Estado como vacantes pero no por ser heredero abintestato residual³⁵. Algunas CCAA prevén en sus correspondientes legislaciones de patrimonio de las administraciones públicas el derecho a atribuirse los bienes sin dueño que radiquen en su territorio, pero son de dudosa constitucionalidad, según la doctrina³⁶.

2. El Estado es verdadero sucesor y heredero *mortis causa*

El llamamiento abintestato al Estado constituye verdadera sucesión *mortis causa* y es completamente independiente del que puede tener lugar por testamento, como indicó la STS de 27 de julio de 1993 (RJ 1993, 6475).

verde (Tratado, V, pp. 208-209). Es cierto que el impuesto de sucesiones en las CCAA que todavía lo regulan (y algunas lo están reactivando en los últimos tiempos a causa de la crisis económica) se parece mucho a una legítima o a un derecho forzoso en la sucesión, pero su naturaleza es distinta.

³⁵ GARCÍA RUBIO, *Comentarios Edersa*, tomo XXXII, vol. 2.º, pp. 1238-1239; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006 b), p. 664. Varias CCAA.

³⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, *El Consultor Inmobiliario*, 2005, pp. 10-29; LACRUZ MANTECÓN, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2012, pp. 11-47; HIDALGO, 2014, b), pp. 681-682.

El Estado tiene la condición de heredero con independencia de que el artículo 956 Cc. indique el destino de los bienes adquiridos³⁷ y aunque existan ciertas características diferenciales respecto de cualquier otro heredero como es el beneficio de inventario por ministerio de la ley previsto en el artículo 957 Cc.³⁸.

Se ha puesto en duda si el Estado tiene la posesión civilísima³⁹, aunque doctrina autorizada considera que es un heredero necesario que no necesita aceptar la herencia para adquirirla, con lo que se configura como un supuesto de adquisición al modo germánico⁴⁰.

Si bien la justificación de la sucesión abintestato del Estado se fundamenta en consideraciones de Derecho público, el título en virtud del cual el Estado adquiere los bienes del caudal hereditario es, en sentido estricto, de Derecho privado⁴¹. Se puede decir por ello que el Estado se sitúa en una posición jurídica de igualdad con los particulares⁴².

Entiendo que estos principios no se han visto alterados por la reforma de la sucesión intestada del Estado por Ley 15/2015 (LJV) y que no cambian aunque sea la propia Administración la que declara heredero abintestato al Estado con supresión de la declaración judicial (nuevos arts. 958 Cc., 14 LH, 20.6, 20 bis, 20 ter y 20 quáter de la Ley 33/2003).

Si bien la Administración General del Estado llevará a cabo una especie de «autodeclaración» como heredero abintestato, debe someterse al procedimiento previsto en la Ley 33/2003 y es imprescindible que previamente quede justificado debidamente el fallecimiento de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión intestada y constatada la ausencia de otros herederos legítimos, mediante el informe de adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración General del Estado como heredero abintestato por parte de la Abogacía del Estado de la Provincia.

Es posible la impugnación por los particulares de los actos administrativos que vayan dictándose durante la tramitación del procedimiento de declaración administrativa como heredero abintestato conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 20 bis de la Ley 33/2003) y se

³⁷ DE LOS MOZOS, 1991, p. 2259. La LJV 2015 amplía la libertad del Consejo de Ministros para decidir otra aplicación presupuestaria por la naturaleza de los bienes heredados.

³⁸ HIDALGO GARCÍA, 1995, pp. 156-157.

³⁹ SALVADOR CODERCH, 1986, pp. 62 y ss.; LASARTE, 2011, p. 292.

⁴⁰ HIDALGO, 2010, p. 1046.

⁴¹ DE DIOS VIÉITEZ, 2011, p. 1379.

⁴² DEL POZO SIERRA, 2012, p. 6959, con argumento en la SAN, Sala c-a, de 12 de marzo de 1997 y STS, c-a, 13 julio 1999 (RJ 1999, 5166).

puede recurrir a ante la jurisdicción civil, en vía declarativa civil para reclamar mejor derecho a heredar, aunque es necesario agotar la vía administrativa previa (art. 20.bis.8 de la Ley 33/2003).

IV. DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE HEREDERO DEL ESTADO: ARTÍCULO 958 CC.

1. **Declaración administrativa pero también puede ser declarado en sentencia judicial**

Ya se ha dicho que larga DF 8.^a de la Ley 15/2015 introduce modificaciones importantes en la declaración como heredero abintestato del Estado, de las CCAA y del HNSGZ.

Por un lado, ya no es posible la declaración como heredero abintestato del Estado por auto judicial (art. 958, 20.6 y siguientes de la Ley 33/2003 y 14 LH). La declaración como herederos abintestato de descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja estable y parientes colaterales debe ser necesariamente notarial (arts. 55 y 56 de la Ley del Notariado) y la del Estado, CCAA y HNSGZ se declara por la correspondiente Administración.

Ello no obsta a que el Estado (y los demás herederos abintestato) sean declarados herederos en virtud de procedimiento judicial declarativo si existe contienda en relación al derecho a suceder (tanto si se cuestiona la validez y eficacia de una disposición voluntaria, como si se pone en cuestión que alguno de los declarados herederos pueda ser indigno para suceder, por ejemplo). La resolución judicial que ponga fin a dicho procedimiento judicial será el título hereditario de la sucesión, aunque no lo mencione expresamente el párrafo primero del artículo 14 LH, se deduce del párrafo segundo.

En la DF 19.^a de la Ley 15/2015, el legislador central reivindica su competencia exclusiva en legislación civil al amparo del artículo 149.1.8.^a CE y prevé que la Administración central y mediante expediente administrativo declare heredero abintestato al Estado. Constituye más bien un modelo de «auto-declaración», para lo que se ha modificado el artículo 958 Cc. y, como digo, varios artículos de la Ley 33/2003, introduciendo otros nuevos.

En adelante, a la vista del nuevo artículo 55.1 de la Ley del Notariado, la declaración notarial procederá exclusivamente para descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y colaterales. El Estado debe ser declarado heredero abintestato por declaración administrativa tramitada por la propia Administración General. El Juez no será competente para el expediente de declaración

de herederos abintestato en ningún caso. No obstante, en el supuesto de existir contienda judicial entre llamados a la herencia, será competente el juez civil, también cuando se litigue contra el Estado. Así lo prevé la Ley 33/2003 (LPAP) tras la reforma por Ley 15/2015, que exige a los particulares agotar la vía administrativa previa (nuevo art. 20 bis.8 Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

2. Procedimiento para la declaración administrativa de heredero

El procedimiento para la tramitación del expediente administrativo que lleve a la declaración como heredero del Estado está previsto en los nuevos artículos 20 bis, 20 ter. y 20 quater de la Ley 33/2003.

Se tramita íntegramente por la Administración Central, pero el inicio del expediente puede tener lugar por tres vías, como prevé el artículo 20 bis.1 de la Ley 33/2003:

a) En primer lugar, se puede iniciar de oficio, por acuerdo del órgano competente, adoptado por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia de los particulares (regulada en el RD 1373/2009).

b) En segundo lugar en virtud de la comunicación a que se refiere el artículo 791.2 LEC que regula los nuevos procedimientos que han sustituido a los antiguos de «prevención del abintestato» (arts. 790 y ss. LEC). Acreditado el fallecimiento del causante sin personas con derecho preferente a heredar y sin disposición testamentaria, se dictará auto por el juez ordenando de oficio la comunicación a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración de heredero abintestato a favor del Estado, con traslado del resultado de las diligencias realizadas y de la documentación recabada al amparo del apartado 1.

c) En tercer lugar en virtud de la comunicación a la que se refiere el artículo 56.4 de la Ley del Notariado redactado por Ley 15/2015: «Transcurrido el plazo de dos meses desde que se citó a los interesados sin que nadie se hubiera presentado o si fuesen declarados sin derecho los que hubieren acudido reclamando la herencia y si a juicio del Notario no hay persona con derecho a ser llamada, se remitirá copia del acta de lo actuado a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración administrativa de heredero. En caso de que dicha declaración no correspondiera a la Administración General del Estado, la citada Delegación dará traslado de dicha notificación a la Administración autonómica competente para ello».

Una vez iniciado, el expediente se tramita íntegramente por la Administración Central, y es instruido por la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente al lugar del último domicilio conocido del causante en territorio español. La resolución del expediente y, en su caso, la declaración de heredero abintestato a favor del Estado, en la que se contendrá la adjudicación administrativa de los bienes y derechos de la herencia, corresponde al Director General del Patrimonio del Estado, previo informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del servicio Jurídico del Estado. Se debe dictar dentro del plazo de un año ampliable por dos meses y la resolución que se dicte deberá publicarse en los mismos sitios en que se hubiera anunciado el acuerdo de incoación del expediente y comunicarse, en su caso, al órgano judicial que estuviese conociendo de la intervención del caudal hereditario. La resolución que declare la improcedencia de declarar heredera a la Administración deberá, además, notificarse a las personas con derecho a heredar.

Las Administraciones públicas están obligadas a acreditar que no existen herederos con derecho preferente cuya aparición posterior, si no han prescrito las acciones correspondientes, puede provocar la anulación o rescisión de la adquisición de los bienes por el Estado (también por las CCAA). Existen en algunas CCAA con derecho civil foral llamamientos abintestato a personas con derecho preferente que no se limitan al cuarto grado, sino que pueden llegar al sexto. Y en el ámbito del Cc. es posible que proceda la aplicación de reservas hereditarias que amparen derechos preferentes para heredar ciertos bienes del caudal relicto.

3. Certificado Sucesorio Europeo del Estado

La Disposición Final Segunda de la *Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* ha introducido una nueva disposición final 26.^a con medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) n.º 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 europeo.

En los números 11, 12 y 13 se prevé la Expedición por órgano judicial del Certificado sucesorio europeo y en el número 14 el procedimiento para la expedición por Notario, para lo que será competente el mismo que emitió el acta de notoriedad de la declaración de heredero abintestato. En ninguno de los

lugares indicados se hace referencia alguna a si la propia Administración, que es la que ahora emite la declaración del Estado como heredero abintestato, es la competente para la emisión del Certificado Sucesorio Europeo a su favor. No se encuentran objeciones materiales para que la propia Administración lo pueda emitir, sin necesidad de obligar al Estado a acudir al Notario para que emita acta de notoriedad y en su virtud emita el correspondiente Certificado Sucesorio Europeo o al Juzgado exclusivamente para la emisión del certificado (arts. 62 a 73 del Reglamento de Sucesiones Europeo)⁴³. No obstante, el artículo 78.1.c) del *Reglamento* (UE) n.º 659/2015 obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión la información pertinente relativa a las autoridades competentes para expedir el certificado.

El Certificado sucesorio Europeo puede resultar particularmente útil como título para acreditar la condición como heredero abintestato del Estado español y de las CCAA, señaladamente, por los problemas de derecho interregional que se añaden a los de derecho internacional, señalados *supra*.

V. REQUISITOS PARA DECLARAR HEREDERO AL ESTADO. INFORME DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO SOBRE LA ADECUACIÓN Y SUFICIENCIA DE LAS ACTUACIONES PRACTICADAS PARA DECLARAR A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO COMO HEREDERO ABINTESTATO

Para que el Estado sea declarado heredero abintestato es imprescindible en primer lugar que la ley aplicable a la sucesión sea el Cc. Además, ha de tener lugar la apertura de la sucesión intestada, sea total o parcialmente, y finalmente no pueden existir personas con derecho preferente a heredar.

1. **Ley aplicable a la sucesión: Cc.**

Ya se ha hecho referencia a la plena vigencia y aplicación a causantes que fallezcan con posterioridad al 17 de agosto de 2015 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 y a la aplicación del artículo 9.º Cc. en relación con los artículos 14 y 16 Cc. para resolver los conflictos internos. Nos remitimos al apartado anterior donde se aludió a la cuestión de la ley aplicable en sucesiones con elemento transfronterizo o internacional.

⁴³ Sobre todas estas cuestiones en relación con el Certificado Sucesorio Europeo, GÓMEZ RIESGO TABERNERO DE PAZ y WAUTELET, 2015, pp. 599-709.

2. Procedencia de la apertura de la sucesión intestada

Para que proceda el llamamiento al Estado es imprescindible la apertura de la sucesión intestada, total o parcialmente conforme al artículo 912 y cc Cc., por la compatibilidad de la delación testada y la intestada en una misma sucesión (art. 658 Cc.).

Contrariamente, ambos tipos de delación no son compatibles en derecho balear (arts. 7 y 69 del TRCB) que también llama al Estado en último lugar a la sucesión intestada (arts. 53 y 65, para la Isla de Menorca y 84 para las Islas de Ibiza y Formentera del TRCB, Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre) y equipara a la pareja estable con el cónyuge, por tanto hereda con preferencia al Estado en la sucesión abintestato⁴⁴.

El artículo 7.1. I del Real Decreto 1373/2009, alude expresamente al artículo 912 Cc. cuando regula la denuncia de particulares del fallecimiento intestado del causante: «Acompañará a dicho escrito cuantos datos posea sobre aquél y, concretamente, la justificación del fallecimiento del causante, el domicilio del mismo en tal momento, la procedencia de la sucesión intestada por concurrir alguno de los supuestos previstos en el artículo 912 del Código Civil, la relación de sus bienes y derechos, e información sobre las personas que en su caso los estuviesen disfrutando o administrando».

3. Defecto de personas con derecho preferente a suceder abintestato

3.1 DISTINTOS ÓRDENES CON DERECHO PREFERENTE A SUCEDER

El último requisito es que no puede haber personas con derecho preferente a suceder abintestato al Estado conforme al Cc. o que, si las hay, no puedan y quieran heredar, por incurrir en causa de indignidad o por repudiar la herencia, por ejemplo. Así, el AAP Madrid, Sección 19.^a, de 1 de abril de 2004 (JUR 2004, 248256), no declaró heredero al Estado por no acreditarse el fallecimiento de un hermano del causante (que se sabe que existió) ni que hubo descendencia del mismo. Podría añadirse que faltaba por averiguar si quedaban tíos, primos o tíos abuelos.

Tienen derecho preferente a heredar frente al Estado, los descendientes, ascendientes, cónyuge (pareja estable también en Baleares) y parientes colaterales hasta el cuarto grado civil con el causante.

⁴⁴ LLODRÀ GRIMALT, 2015, pp. 2027-2050.

3.2 CONCURRENCIA DE POSIBLES TITULARES DE DERECHOS DE USUFRUCTO POR LEGÍTIMA

Dada la compatibilidad de la delación testada y la intestada en una misma sucesión (arts. 658 y 912 Cc.) y a la vista de lo dispuesto en el artículo 1009 Cc., el Estado puede ser llamado a heredar exclusivamente una parte del caudal abintestato, en concurrencia con descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, es decir, personas con derecho a legítima en el Cc.

Si los descendientes, ascendientes y cónyuge repudian la herencia abintestato y tienen después conocimiento de su llamamiento a la legítima por testamento y no hay parientes colaterales que puedan y quieran suceder, el Estado recibirá el resto del caudal respecto del que proceda la delación abintestato. Así, por ejemplo, si el cónyuge repudia la herencia a la que es llamado abintestato y después tiene conocimiento de su llamamiento por testamento, por ejemplo, a dos tercios del caudal en plena propiedad, y no hay parientes colaterales que quieran y puedan heredar, el Estado recibirá el tercio restante.

También podría darse el supuesto (aun improbable) de excluir el causante en su testamento al cónyuge viudo sin alegar causa y que estuvieran separados de hecho ni estuviera incurso el supérstite en causa de indignidad para suceder. En tal caso, el cónyuge no perderá su derecho al usufructo de dos tercios del caudal previsto en el artículo 838 Cc. y si no existe ningún pariente colateral dentro del cuarto grado, el Estado solo podría tener la nuda propiedad sobre los dos tercios y la propiedad sobre el tercio restante.

3.3 POSIBLES CONFLICTOS DE DISTINTA NATURALEZA

En ninguno de los trámites administrativos previstos en la Ley 33/2003 después de la reforma por Ley 15/2015 se hace referencia al procedimiento y requisitos para la confección del inventario, punto en extremo delicado e importante, sino solamente a que la Delegación llevará a cabo los «actos y comprobaciones que resulten necesarios para determinar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración General del Estado». Parece que en los casos en que se inicie el procedimiento por comunicación del juez conforme al artículo 790 LEC queda en manos del mismo la confección del inventario, pero la tasación de los bienes parece que compete a la Administración en todo caso. La Administración encargará los correspondientes informes periciales de tasación cuando sean necesarios mediante servicios técnicos propios.

En cualquier caso, se pueden dar supuestos en que se discute no ya el mejor de derecho de parientes del fallecido en razón de parentesco, sino la misma titularidad sobre los bienes y su consideración como integrantes del caudal relicto⁴⁵.

VI. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO: ARTÍCULO 957

Desde la reforma por RD-1 de 13 de enero de 1928, el artículo 957 Cc. establecía que la aceptación de la herencia por el Estado se entiende siempre hecha a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna, a los efectos del artículo 1023 Cc.

La misma regla se prevé en el artículo 957 Cc. y en el nuevo artículo 20 ter de la Ley 33/2003 después de la reforma de la Ley 15/2015. Por tanto, el Estado no tiene obligación de pagar las deudas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. Conserva todos los derechos y acciones que tuviese frente al causante y no existe confusión de patrimonios en daño del Estado heredero, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 1023 Cc.

VII. ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y TOMA DE POSESIÓN POR EL ESTADO: RRDGRN 7 MARZO 2009 Y 27 ENERO 2015 Y REFORMA POR LEY 15/2015.

Conforme al nuevo artículo 958 Cc., «para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes y derecho hereditarios habrá de preceder declaración administrativa de heredero, adjudicándose los bienes por falta de herederos legítimos». El nuevo artículo 20 ter.1 de la Ley 33/2003 introducido por la LJV prevé, en concordancia, que el Estado pueda tomar posesión de los bienes y derechos del causante directamente. Los bienes se adjudican por Resolución del Director General del Patrimonio del Estado y mediante el procedimiento de investigación del artículo 47 de la Ley 33/2003 (LPAP). Si los bienes están titulizados o registrados el acuerdo de incorporación de los bienes se realizará por Acuerdo del Delegado de Economía y Hacienda. Dice también que, en su caso, deberá recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentren bajo su custodia.

⁴⁵ SAP Asturias 19 diciembre 2000.

Con la nueva regulación se amplía claramente la potestad de la Administración para «tomar posesión de los bienes y derechos del causante».

Con anterioridad a la reforma de la Ley 15/2015, algún autor había señalado que el Estado carecía de la posesión civilísima, pero la opinión mayoritaria de la doctrina era la contraria⁴⁶. Asimismo, las RRDGRN de 7 de marzo de 2009 y de 27 de enero de 2015 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2015) consideraron que la Administración no podía, por sí sola y sin la entrega judicial, tomar posesión de los bienes relictos por más que hubiera sido declarado judicialmente heredero abintestato.

En el caso de esta última, una vez declarado heredero en virtud de auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, el Estado solicitó la inscripción en el Registro de la Propiedad de Benidorm (Alicante) de ciertos inmuebles del caudal relicto de la fallecida en virtud de certificación de titularidad expedida por el delegado de Economía y Hacienda en Alicante, acompañando a dicha documentación providencia del mismo Juzgado de Madrid por la que se manifestaba la imposibilidad de dar posesión del inmueble «por no disponer del mismo» y que no se podía hacer entrega de los bienes por no haberlos tenido a disposición el juzgado y «no tener las llaves de los inmuebles».

La registradora de la Propiedad suspendió la inscripción al entender, como había resuelto la RDGRN de 7 de marzo de 2009, que «para la inscripción de bienes a favor del Estado como sucesor abintestato, no basta el testimonio del auto acompañado del inventario o relación de bienes sino que es necesaria el acta de entrega realizada por el Juzgado», y que ello es preciso «para todas las actuaciones subsiguientes de administración y liquidación del caudal hereditario, para la posible enajenación de los bienes adquiridos, para las cuentas del abintestato y para la distribución del caudal impuesto por le artículo 956 del Código civil». Contrariamente, el recurrente en dicha Resolución de 2009, entendía que la posesión civilísima del artículo 440 Cc. implica la que el Estado no necesita la entrega por tener ya la posesión de los bienes. La DGRN consideró que el artículo 440 no supone «la supresión de formalidades complementarias».

Las argumentaciones de la RDGRN de 7 de marzo de 2009 se basan en la configuración como puro derecho civil del llamamiento: «El estado, como todo heredero, para adquirir los bienes hereditarios ha de aceptar la herencia expresamente y además solicitar la entrega posesoria de los mismos al Juzgado, o bien aceptarla tácitamente mediante la solicitud de entrega posesoria. La

⁴⁶ HIDALGO, 2010, p. 1046; GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1292; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2012 (reed. 2015), p. 217.

sucesión a favor del Estado se somete a las normas del Código Civil, dado que el fenómeno sucesorio es una cuestión Civil. Dichas normas se completan con unas normas administrativas. El sistema del Código Civil no acoge un sistema de adquisición *ipso iure* de la herencia, sino que requiere un acto más o menos formal de aceptación de herencia. Y la normativa administrativa también parece exigir, dicha aceptación al disponer que, una vez obtenido la declaración judicial de herederos se solicite al Juzgado la entrega de los bienes. No se le puede exonerar del requisito de la aceptación. Y esa aceptación puede ser expresa o tácita».

La RDGRN de 27 de enero de 2015 añadió a estas consideraciones que el cumplimiento de la formalidad de acreditar «acta de entrega de bienes del Juzgado a la Administración General del Estado, encuentra plena justificación en los artículos 10 y ss. del RD 1373/2009, así como en los artículos 11 y ss. del Decreto 2091/1971, que presuponen la entrega de bienes para el ejercicio de las facultades de administración y disposición por parte de la Delegación de Economía y Hacienda». En suma, la DG entiende que «Permitir la inscripción sin el requisito de la entrega de los bienes supondría atribuir una legitimación dispositiva registral (vid. art. 38 LH) sin acreditar una previa legitimación dispositiva civil, con las perturbadoras consecuencias que ello acarrearía para el tráfico».

Existen otras afirmaciones de la DG *obiter dicta* como que «la previsión contenida en el artículo 9.2 [del RD 1373/2009] no puede considerarse como una prerrogativa de la Administración General del Estado para incluir o excluir libremente bienes del acta de entrega, pues en tal caso el trámite de entrega de bienes por la autoridad judicial devendría superfluo o innecesario. Esta solución convertiría la entrega de bienes en una formalidad vacía, que podría modificarse unilateralmente por la Administración General del Estado a su conveniencia».

Y la DG terminaba diciendo, «el legislador ha querido que en la sucesión intestada a favor del Estado el control judicial sea doble: primero, en la formación del título sucesorio al corresponder a la autoridad judicial la declaración de heredero conforme a los artículos 999 y 1.000 de la antigua LEC, vigente en este punto; segundo, en la entrega de los bienes relictos, mediante el acta prevista en el precitado artículo 9 del RD 1373/2009, de acuerdo con la información de que disponga el Juzgado de los particulares de la sucesión, información que puede ser integrada, entre otros, por la propia Administración General del Estado, pero sin suplir, en ningún caso, el requisito de la entrega judicial».

Los nuevos artículos 20 bis y 20 ter. de la Ley 33/2003 son claramente de signo contrario y en los dos aspectos. En cuanto al primero, sustrae al control judicial la declaración del Estado como heredero abintestato al prever un procedimiento administrativo a iniciar de oficio por la correspondiente Administración y que se tramita completamente y hasta la resolución final por la propia Administración (arts. 20.6, 20 bis, 20 ter y 20 quáter de la Ley 33/2003 y art. 958 Cc.). Y también elude el segundo control judicial en la toma de posesión pues el número 1 del artículo 20 ter de la Ley 33/2003 establece que «Realizada la declaración administrativa de heredero abintestato, que supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante y, en su caso, a recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentren bajo su custodia».

Antes de la reforma, algunos autores han mantenido que era peor la situación del Estado como heredero abintestato que la de los demás, los cuales no están obligados a solicitar la declaración judicial de herederos, aun cuando éste sea el medio normal de acreditar su condición, y además tenían derecho a la posesión por ministerio de la ley de todos los bienes hereditarios (art. 440)⁴⁷, pero otros entendían que el Estado sí tenía la posesión civilísima y que adquiriría los frutos, acciones de protección posesoria y la sucesión a efectos de la usucapación⁴⁸.

Después de la reforma por Ley 15/2015, conforme al artículo 20 ter de la Ley 33/2003, el Estado, una vez realizada la declaración administrativa de heredero, que supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, se podrá proceder a la toma de posesión de los bienes y derechos del causante y, en su caso, a recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentren bajo su custodia (art. 790 LEC).

Los bienes y derechos del causante no incluidos en el inventario judicial y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración General del Estado como heredera abintestato (sic.) y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporarán al caudal hereditario y se adjudicarán por resolución del Director General del Patrimonio del Estado y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 47.

No obstante, en los casos en que el derecho de propiedad del causante constase en registros públicos o sistemas de anotaciones en cuenta, o derivase de la titularidad de cuentas bancarias, títulos valores, depósitos, y, en general, en cualesquiera supuestos en los que su derecho sea indubitado por estar asen-

⁴⁷ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema IV*, 2006, p. 476 (y en ed. 2012, reed. 2015, p. 217).

⁴⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 1262.

tado en una titularidad formal, la incorporación de los bienes se realizará por acuerdo del Delegado de Economía y Hacienda.

La declaración administrativa como heredero abintestato del Estado es título suficiente para inscribir en el Registro conforme a los artículos 14 y 16 LH.

Si bien se puede impugnar la declaración de heredero administrativa de la propia Administración por motivos sustanciales, civiles, es preciso agotar la vía administrativa. Así habrá de proceder quien alegue mejor derecho en razón de parentesco. Según la nueva regulación, «los actos administrativos dictados en el procedimiento previsto en esta sección solo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa. Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su mejor derecho a la herencia u otros de carácter civil por la declaración de heredero abintestato o la adjudicación de bienes a favor de la Administración podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas del título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (nuevo art. 20 bis.8 Ley 33/2003, según LJV).

Finalmente, el llamamiento al Estado podrá tener lugar, como hoy, por sentencia judicial cuando, por ejemplo, contiendan parientes que se consideren con mejor derecho. La cuestión no se regula de forma satisfactoria en los nuevos artículos 790 a 792 LEC reformados en 2015. Con anterioridad, el Ministerio Fiscal intervenía preceptivamente en los procesos judiciales de declaración de herederos abintestato del Estado (también de colaterales) y la Abogacía del Estado debía ser citada al proceso⁴⁹.

Después de la reforma, vale la doctrina del TS que considera que el Estado es heredero y como tal puede ejercitar acciones de nulidad de testamento en reclamación de los bienes a los que puede ser llamado abintestato: SSTs 17 de noviembre de 1898 y 23 de julio de 1993 (RJ 1993/6475),

VIII. SOBRE LA POSIBILIDAD DE REPUDIACIÓN POR EL ESTADO

Con anterioridad a la reforma de la Ley 15/2015 ha sido objeto de polémica la cuestión sobre si el Estado puede o no repudiar la herencia abintestato

⁴⁹ Aunque en la práctica en bastantes ocasiones no se diera cumplimiento al mandato del artículo 6 del Decreto de 13 de agosto de 2007: DEL POZO SIERRA, 2013, p. 68.

a la que es llamado. Es de sobra conocida la tradicional división de opiniones en la doctrina al respecto. ROCA SASTRE⁵⁰, PUIG FERRIOL⁵¹, DíEZ-PICAZO y GULLÓN⁵², SALVADOR CODERCH⁵³, HIDALGO GARCÍA⁵⁴, niegan la posibilidad de repudiación. Parece mantener una tesis intermedia GUILARTE ZAPATERO, que entiende que *en el supuesto de no existir beneficio para el Estado de la adquisición de la herencia, a la vista de las cargas y deudas que pueden agotar su activo, el Estado puede no instar la declaración de heredero en su favor, lo que prácticamente es lo mismo que renunciar, siempre que no existan perjuicios para los eventuales acreedores*⁵⁵. GARCÍA RUBIO, al estudiar la distribución de toda la herencia en legados, entiende que no tiene sentido obligar al Estado a seguir los complejos trámites del Decreto de 1971 (vigente entonces), a pesar del evidente fin de orden público que está en la base del fenómeno sucesorio⁵⁶.

Reconocen al Estado plena capacidad y legitimación para repudiar, como cualquier otro heredero, DE LOS MOZOS⁵⁷ y LACRUZ BERDEJO, éste por entender que no hay manera de obligar al Estado a reclamar una herencia abintestato y también por lo dispuesto en el artículo 1009. I Cc. que prohibiría incluso aceptar si repudió antes el llamamiento testamentario⁵⁸. Es una opinión bien argumentada que sirve para considerar que las CCAA pueden repudiar y que, en tal caso, los bienes quedarán vacantes⁵⁹, lo mismo que si repudia el Estado. Se ha dicho que los bienes terminarán siendo del Estado por sucesión intestada o por vacancia, lo que puede tener relevancia para las obligaciones de contribuir a los gastos de los inmuebles (como gastos de comunidad en propiedad horizontal o IBI)⁶⁰.

DEL POZO SIERRA considera que «la renuncia se materializaría no instando la declaración judicial de heredero y tramitándose un expediente de averiguación de la situación de vacancia de los inmuebles, sin obviar la posible

⁵⁰ En notas a ENNECERUS, KIPP y WOLF, 1976, p. 67.

⁵¹ En notas a KIPP, 1976, p. 68.

⁵² DíEZ-PICAZO y GULLÓN, 2012 (reed. 2015), pp. 216-217.

⁵³ SALVADOR CODERCH, comentarios Edersa XXI-3, 1986, pp. 62 y ss.

⁵⁴ HIDALGO GARCÍA, 1995, pp. 160-194, y 2010, pp. 1044-1046.

⁵⁵ GUILARTE, 1986, p. 303-319.

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, *La distribución...*, p. 299, y AC n.º 11, p. 252.

⁵⁷ DE LOS MOZOS, 1991, pp. 2262-2263.

⁵⁸ LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, V, 1981, p. 565; Derecho de sucesiones, Parte General, 1961, p. 331.

⁵⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000 b), pp. 273-280.

⁶⁰ Refiere ampliamente esta problemática DEL POZO SIERRA, 2012, pp. 85-89. En la práctica, condenado el Estado judicialmente al abono de gastos, dada la limitación de su responsabilidad a la masa hereditaria (art. 1023), resultan impagados por imposibilidad de ejecutarse, aunque la Abogacía del Estado ha considerado que deberían ser abonados con cargo a Presupuestos Generales del Estado (nota 157, en p. 87).

adquisición por usucapión»⁶¹. En efecto no se puede dudar de posibles escenarios en que el Estado ni acepte ni repudie si no insta, por ejemplo, la declaración de herederos abintestato, con independencia de que los bienes sean adquiridos como vacantes por el Estado, pero no lo será por sucesión abintestato⁶².

Esta conclusión entiendo que no ha cambiado aunque el nuevo número 1 del artículo 20 ter de la Ley 33/2003 introducido por Ley 15/2015 dice expresamente que la declaración administrativa de heredero abintestato «supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario».

A pesar de ello, que vendría a ratificar que la única posibilidad de repudiación por el Estado sería mediante la no iniciación del procedimiento de declaración administrativa (como antes se indicaba por la doctrina para la judicial), es lo cierto que también el artículo 20 bis.1 de la Ley 33/2003 habla del «procedimiento para la declaración de la Administración como heredera abintestato» y, sin embargo, hereda el Estado.

El artículo 957 Cc. dice que «Los derechos y obligaciones del Estado serán los mismos que los de los demás herederos», al margen de entenderse la herencia aceptada a beneficio de inventario sin necesidad de declaración alguna sobre ello y a los efectos del artículo 1023 Cc.

Ni el Cc. ni la Ley 33/2003 dicen que el Estado tenga prohibido repudiar la herencia a la que sea llamado abintestato. Entiendo que el Cc. ni puede ni debe prohibir al Estado repudiar la herencia abintestato (ni cualquier llamamiento voluntario del tipo que sea)⁶³.

El Estado tiene, como cualquier otro llamado a la sucesión (testada o intestada) libertad de aceptar o repudiar (siempre siguiendo los cauces administrativos y autorizaciones correspondientes, lo que no atañe al derecho civil). Como indica el artículo 988 Cc., «La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres» y no se encuentra motivo para excluir este principio tan rotundo de nuestro ordenamiento cuando existe delación a favor del Estado que, precisamente, representa los intereses de todos y no intereses particulares.

Aun partidarios de la tesis negativa, en las anotaciones a Ennecerus, Kipp y Wolf, se apuntaba que «en pro de la facultad del Estado de poder repudiar la herencia a la que es llamado por vía de la sucesión intestada se alega la inexistencia en el Derecho civil español de la categoría de los «heres necessarii» y el

⁶¹ DEL POZO, 2013, p. 6964.

⁶² YSÀS SOLANES, 2011, pp. 1594-1595.

⁶³ Antes, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006, p. 454. YSÀS SOLANES, 2011, p. 1594 considera que se trata de una cuestión de trascendencia real relativa.

artículo 994 Cc.»⁶⁴ Conforme al referido precepto, «Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno». Aunque alude a los requisitos (para cuya integración hay que recurrir a la Ley 33/2003 y demás normas administrativas aplicables), el artículo 994 Cc. parece presuponer, en efecto, que es posible tanto la aceptación como la repudiación de la herencia por parte de dichos entes públicos. Entiendo que puede aplicarse al propio Estado.

La tesis del profesor LACRUZ BERDEJO, cuando afirmaba que el artículo 1009. I Cc. prohibiría al Estado incluso aceptar abintestato si repudió antes el llamamiento testamentario⁶⁵, es particularmente sugerente⁶⁶ pues parece bastante claro que el Estado no puede ser obligado a adquirir cualquier sucesión testamentaria, por mucho que siempre se entienda siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario⁶⁷. El Estado no solo puede, sino que entiendo debe analizar bien previamente si debe aceptar una herencia que pueda resultar gravosa, pues la aceptación a beneficio de inventario puede no ser suficiente protección frente a otras problemáticas y cargas que pueda llevar aparejada la aceptación de un caudal relicto (litigios en el extranjero, costes de transacción excesivos, costes de imagen según con quién se plantee la contienda, etc.).

Conforme al artículo 1009. I Cc., «El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos». Al igual que cualquier otro heredero y legatario, y en un ejemplo de prelegado en una herencia testada, el Estado tendría la facultad de aceptar exclusivamente el legado y repudiar el llamamiento como heredero, o también, si es llamado a varios legados onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera. El heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella. El artículo 890 Cc. le faculta para ello, lo mismo que a cualquier otro heredero y legatario. Al menos en teoría cabría la posibilidad de aceptar el llamamiento como legatario y repudiar el llamamiento testamentario como heredero. Si después se abre la sucesión intestada y, finalmente, vuelve a ser llamado como heredero abintestato por haber repudiado, a su vez, las personas con derecho preferente (otros parientes colaterales, por ejemplo) o por no existir dichas personas con derecho preferente, la repu-

⁶⁴ ROCA SASTRE, 1976, p. 68.

⁶⁵ LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, V, 1981, p. 565; Derecho de sucesiones, Parte General, 1961, p. 331.

⁶⁶ Como ya indiqué en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000, b, pp. 273-280; y 2006, pp. 425 y ss.

⁶⁷ Contrariamente, HIDALGO (2010, p. 1044) considera que «con la Ley de Patrimonio de las Administraciones en la mano puede afirmarse para la testada lo mismo que para la intestada, es decir, que el Estado tampoco puede repudiar la herencia testamentaria a la que es llamado, sino que la adquirirá, eso sí, con beneficio de inventario *ex lege*, con lo que el argumento pierde toda virtualidad».

diación anterior de la herencia testada por parte del Estado, hará difícil soslayar el artículo 1009. I Cc.

Finalmente, admitir plenamente la facultad de repudiación, así como la de transigir libremente es imprescindible para el Estado que representa los intereses comunes, pensando en posibles litigios en los que pueda verse inmerso en reclamación de herencias, no solo en España, sino particularmente cuando se trate de herencias con elemento internacional. No será difícil que se den supuestos en los que existan bienes del causante dentro y fuera de España y resulte complejo conocer exactamente si hay o no derecho a la herencia en bienes que radiquen fuera de territorio español (acaso en atención a posibles reservas y reversiones hereditarias que deriven a otros titulares)⁶⁸.

La aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, *Reglamento de Sucesiones Europeo*, permite pensar en supuestos en los que pueda resultar complejo para el Estado o especialmente gravoso perseguir bienes que puedan estar fuera de España y, en cambio, puede querer aceptar la titularidad respecto de los que se encuentren aquí. Con esto no aludo a la aceptación parcial de la herencia que no es posible (art. 990 Cc.).

Pensemos en un supuesto (puramente teórico) en que un extranjero que ha vivido mucho tiempo en España y que fallece con residencia habitual en territorio español, decida dejar al Estado español como legado en su testamento la casa que fue su residencia en España para que se destine a comedor social, nombrando heredero del resto de su herencia, un bien inmueble que radica en el extranjero, a un amigo. Si el amigo repudia la herencia se abrirá la sucesión intestada y si el causante no tiene descendientes, ascendientes, cónyuge ni parientes colaterales dentro del cuarto grado, será llamado a heredar nuevamente el Estado español (ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento) ahora abintestato. Si en el momento en que se produce la delación abintestato a favor del Estado español el edificio que radica en el extranjero está declarado en ruina y existe una orden de demolición o resulta en el modo que sea especialmente gravoso y contrario a los intereses

⁶⁸ Esto no es mera especulación. La Comunidad Autónoma de Aragón intervino en complejos litigios en una herencia abintestato de un causante español y de vecindad civil aragonesa con una herencia multimillonaria repartida entre Chile y España; había fallecido el causante sin descendientes, ascendientes, cónyuge ni parientes colaterales dentro del sexto grado. Había en la herencia también bienes troncales y era muy discutible la subrogación real de lo que, al fallecer, constituía un patrimonio tan voluminoso. Tras litigios entre la Comunidad Autónoma y el Estado Chileno se llegó a algunas transacciones y acuerdos, renunciando en este caso la CA de Aragón (aunque el supuesto vale lo mismo para el Estado) a ciertos bienes respecto de los que existían serias dudas jurídicas en relación a su titularidad. *Vid.* DE PEDRO BONENT, J., www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/weblog/rdca/rdcaix/d04.pdf. RDCA, 2003-2004, pp. 107-121.

del Estado español reclamar o adquirir dicha titularidad, debe tener la posibilidad de repudiar. Incluso es verosímil que el país en que radique el citado inmueble, si el Estado español repudia, tenga que asumir los gravámenes o costes del mismo si se lo atribuye conforme a su propia legislación. En definitiva, el Estado en que radique el bien inmueble tendrá posiblemente sus propios mecanismos y recursos públicos para evitarse costes que seguramente el Estado español allí no tendría (por ejemplo, la venta del inmueble a tercero con algún tipo de beneficio fiscal, etc.).

En definitiva, no se encuentran argumentos para impedir que el Estado pueda repudiar dicha herencia abintestato ni para impedirle que pueda renunciar y transigir sobre derechos hereditarios. Y menos argumentos se encuentran para que sea precisamente el Código civil la norma que ponga límites, trabas y prohibiciones al Estado para que pueda repudiar, cuando representa los intereses de todos. Repudiar la herencia por un Estado o por una CA no necesariamente entraña desidia de quienes representan los intereses públicos ni ganas de hacer perder provechos a los españoles.

Y que la aceptación siempre se entienda hecha a beneficio de inventario (art. 957 Cc.) y sin responsabilidad alguna del Estado, sin confusión de patrimonios, no tiene que ver con la posibilidad de repudiación, como se subraya incluso por autores que consideran que el Estado no puede repudiar⁶⁹.

IX. LA CLÁUSULA DE CIERRE DE LA SUCESIÓN INTESTADA EN LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS

Todos los derechos autonómicos con derecho civil foral y especial, salvo la Compilación Balear, tienen normas en vigor que evitan el llamamiento a la sucesión intestada al Estado español como cláusulas de cierre de sus respectivos sistemas de sucesión abintestato.

Así, Cataluña (arts. 442-12 y 442-13 CCC), Navarra (Ley 304.7 FNN), País Vasco (art. 117 Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco), Galicia (art. 269 Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia) y Aragón (art. 535 CDFA).

Baleares y Galicia remiten al Cc. para el sistema de llamamiento a la sucesión intestada pero Galicia prevé el llamamiento a favor de la CA. Baleares no y hereda el Estado español. En derecho Balear el artículo 53 de la Compilación (Decreto Legislativo 79/1990 reformado en 2009) llama al Estado español en último lugar a la sucesión intestada por la remisión que mantiene

⁶⁹ HIDALGO, 1995, pp. 179-180.

para la materia a lo dispuesto en el Cc. El Grupo MES presentó en 2014 una propuesta de ley para modificar la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación y de la Ley 6/2001, de 19 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma en materia de sucesión intestada proponiendo que fuera llamada la CA en lugar del Estado, pero no prosperó al votar en contra el Partido Popular⁷⁰.

Finalmente, el artículo 71.1.c) de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, texto procedente de la reforma por LO 1/2006, de 10 de abril, dice que «El patrimonio de la Generalitat está integrado por: c) Los bienes procedentes, según la legislación foral civil valenciana, de herencias intestadas, cuando el causante ostentara conforme a la legislación del Estado la vecindad civil valenciana, así como otros de cualquier tipo». El artículo 43.3 de la Ley 14/2003, de 10 de abril de Patrimonio de la Generalitat Valenciana atribuye a la Generalitat los bienes de quienes ostenten la condición jurídica de valenciano en los supuestos de sucesión intestada y a falta de personas con derecho a heredar, según la ley: «En caso de sucesión intestada, y a falta de personas con derecho a heredar, según la ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat cuando el causante ostente la condición jurídica de valenciano. El procedimiento administrativo aplicable será el que reglamentariamente se determine». La norma conserva la referencia a la «condición jurídica de valenciano» a que aludía el anterior artículo 50.1.c) EA de la Comunidad Valenciana.

La Comunidad Autónoma de La Rioja, sin competencias en derecho civil foral o especial, prevé en el artículo 50.6 de la *Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja* que el Consejo de Gobierno autonómico pueda instar al Estado para que «subrogue» a la Comunidad Autónoma en los derechos que pudieran corresponderle como heredero: «Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores de este artículo, en aquellos casos en los que de conformidad con el Código Civil deba heredar el Estado, el Consejo de Gobierno instará a este para que subrogue a la Comunidad Autónoma en los derechos que pudieran corresponderle como heredero, siempre que el causante tenga vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de La Rioja al tiempo del fallecimiento o se trate de bienes sitos en dicho territorio», norma que ya existía en el artículo 38.4 de la *Ley 1/1993, de 23 de marzo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja* (BOLR n.º 37, de 27 de marzo de 1993)⁷¹.

⁷⁰ Propuesta de Ley RGE núm. 2956/14. Vid. LLODRÀ GRIMALT, 2015, pp. 2042-2043, nota 11.

⁷¹ Juicio crítico sobre esta normativa y sobre el llamamiento a la sucesión abintestato a la Generalitat Valenciana, en HIDALGO GARCÍA, 2014, b), pp. 659-683.

Si repudia el llamamiento abintestato alguna CA, no procederá llamar al Estado pues no está supletoriamente llamado en último lugar (ni existe laguna que permita aplicar supletoriamente los artículos 956 a 958 Cc.). En su caso, los bienes serán adquiridos por el Estado como vacantes pero no por ser heredero abintestato residual⁷². Algunas CC.AA. prevén en sus correspondientes legislaciones de patrimonio de las administraciones públicas el derecho a atribuirse los bienes sin dueño que radiquen en su territorio, de dudosa constitucionalidad, según la doctrina⁷³.

⁷² GARCÍA RUBIO, *Comentarios Edersa*, tomo XXXII, vol. 2.º, pp. 1238-1239; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2006 b), p. 664. Varias CC.AA.

⁷³ DOMÍNGUEZ LUELMO, *El Consultor Inmobiliario*, 2005, pp. 10-29; LACRUZ MANTECÓN, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2012, pp. 11-47.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA

I. CAPÍTULO PRIMERO

Primera.—Terminología: convendría eliminar el término «sucesión legítima» cuando se aluda en el Cc. a sucesión intestada para no confundir con la sucesión legitimaria o forzosa y las legítimas.

Segunda.—Apertura de la sucesión intestada. Debería clarificarse si en todos los casos de preterición basta con reducir la disposición voluntaria excesiva o si es preciso abrir la sucesión intestada. Conviene decirlo tanto en el artículo 912 como en la regulación de la preterición, y para cada grupo de legitimarios (necesariamente, en el artículo 814).

Tercera.—Capacidad. Debe modificarse el número 1.º del artículo 745 cuando dice que son incapaces de suceder «las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30». Basta decir que son incapaces de suceder quienes no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30, sin más.

Cuarta.—Causas de indignidad.

1. El artículo 914 Cc. es útil y necesario y no debe suprimirse.
2. Aun después de la reforma del artículo 756 Cc. por la Ley 15/2015 *de la Jurisdicción Voluntaria* sigue siendo oportuno reformular las causas de indignidad para suceder, distinguiendo las que afecten a cada grupo de llamados a la sucesión intestada: descendientes, ascendientes, cónyuge (conviviente extramatrimonial si fuere llamado a heredar en el mismo lugar del cónyuge viudo, pero también para que no tenga lugar su llamamiento testamentario si lo hubo) y parientes colaterales hasta el cuarto grado.

3. Las causas de indignidad deben reformularse con independencia de los tipos delictivos del Código Penal. Deben ser causas de indignidad todo tipo de malos tratos de obra y palabra entre cualesquiera llamados a suceder entre sí, sea por derecho propio o por derecho de representación, incluyendo no prestarse alimentos entre obligados. Basta que la causa de indignidad quede demostrada por cualquier medio, como mínimo sentencia firme en vía civil (hay que valorar si también mediante acta de notoriedad); no ha de ser imprescindible sentencia firme. Como mínimo, debería bastar la orden de protección dictada conforme a la legislación vigente LOPJ, *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* y *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*.

4. Deben constituir causas de indignidad para suceder a todo el grupo familiar y no solo al causante de la sucesión, como mínimo, a descendientes, ascendientes, cónyuge y parientes colaterales, como mínimo, a los hermanos y sobrinos (convivan o no en el domicilio familiar). Incluso podría ser oportuno llegar hasta el cuarto grado en los parientes colaterales: si hay derecho a suceder hasta dichos límites, cualquier conducta indigna contra cualquiera de todos ellos, debe privar al indigno del derecho a suceder a todos

5. Deben coordinarse los artículos 854, 855 y 856 Cc. con la numeración de las causas de indignidad, y retocar la remisión del artículo 758 al 756 Cc.

II. CAPÍTULO SEGUNDO

Primera.—El artículo 913 Cc. es pertinente y debe corregirse el error introducido en el tenor literal en Ley 11/1981. El sistema de orden y grado para jerarquizar los llamamientos abintestato sigue siendo adecuado.

Segunda.—Nuestro Cc. debe adaptarse a la realidad de la sociedad en la que se aplica plasmando los criterios de la familia (*inter vivos* y *mortis causa*) imperantes en la actualidad, en especial, el mejor derecho del cónyuge a suceder al resto de parientes, incluidos todos los ascendientes.

Tercera.—El sistema civil de cómputo de grados de parentesco debe seguir plasmado en norma escrita en el Cc. Su ubicación correcta es en la regulación de la persona física mejor que en la sucesión intestada.

Cuarta.—El Cc. debe decir expresamente que el mismo sistema de cómputo se aplica en el parentesco resultante de la filiación adoptiva.

Quinta.—La posible supresión del derecho a doble porción o doble cuota por doble vínculo de parentesco entre hermanos no debería llevar necesaria-

mente a suprimir completamente la descripción del doble vínculo del artículo 920 Cc., puesto que puede resultar útil a otros efectos (incluso para interpretar normas derogadas).

Sexta.—El Cc. debe establecer el régimen jurídico de la afinidad, su nacimiento, cómputo y extinción, especialmente cuando hay nuevo matrimonio y aclarar si se da la afinidad natural (nexo por pareja de hecho de parientes en lugar de por matrimonio).

III. CAPÍTULO TERCERO

Primera.—La regla general de ordenación de la sucesión intestada (art. 921 Cc.) debe figurar como la primera (en su caso, de las disposiciones generales) de la sucesión intestada plasmando correctamente en norma escrita el principio de preferencia por proximidad de grado y también que se aplica dentro de cada orden, aludiendo expresamente a los supuestos que incorporan excepciones (derecho de representación y regla del duplo, esta última si se decide mantener).

Segunda.—Las reglas sobre efectos de la repudiación, especialmente el acrecimiento, no resultan satisfactorias en teoría, si bien, hay que reconocer que no se advierte excesiva litigiosidad.

La aplicación del derecho de acrecer en la sucesión testada (arts. 981 ss. Cc.) no es adecuada para la sucesión intestada donde, más que acrecimiento, la repudiación de alguno de los llamados provoca el llamamiento originario como si no hubiera habido delación para el repudiante.

Los vigentes artículos 921 a 923 Cc. deben reformularse y constituir sección independiente, acaso en conexión con la aceptación. Las cuestiones relativas a la aceptación y repudiación de la herencia pueden estar reguladas conjuntamente. No obstante, si no se modifica la regla de la no aplicación del derecho de representación en la sucesión testada, la repudiación, efectos y, en general, su régimen jurídico para la sucesión intestada debería regularse individualizadamente.

Tercera.—La regla del duplo debe revisarse acaso suprimiéndola (se hacen referencias más precisas en el capítulo octavo).

Cuarta.—Debe admitirse el derecho de representación en caso de repudiación y, si se mantienen las legítimas, debe clarificarse quiénes y de qué modo deben colacionar donaciones y liberalidades.

Quinta.—Debe constar en norma escrita el derecho de los descendientes del indigno, desheredado y excluido de la sucesión a heredar por representa-

ción en la total cuota intestada, sea en la línea recta descendente o en la colateral. Y con independencia de que el indigno, desheredado o excluido haya premuerto o sobreviva al causante. Las restricciones en las legítimas no deben afectar a la cuota intestada de los descendientes de grado ulterior.

Sexta.—Es conveniente que se afirme expresamente en norma escrita la relación entre el derecho de representación (siempre preferente) y el «acrecimiento» en la sucesión intestada.

Séptima.—Si se mantiene la regla del derecho a doble porción por doble vínculo de parentesco entre hermanos, debe clarificarse si se aplica o no y cómo con el derecho de representación.

Octava.—Debe indicarse en norma escrita expresamente el ámbito de aplicación del derecho de representación, admitiéndolo en los supuestos de comoriencia, declaración de fallecimiento indicando que la fecha relevante es la presuntiva del auto de declaración judicial y declaración legal de ausencia fijando como fecha relevante la del auto de declaración (o la de su firmeza, pero debe indicarse expresamente en norma escrita). Conviene aclarar cuáles son (si alguna) las obligaciones de quienes hereden por derecho de representación las herencias a las que sea llamado el declarado ausente.

IV. CAPÍTULO CUARTO. SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Primera.—Equiparación en la sucesión.

1. La jurisprudencia que discrimina en los derechos a suceder basando el fundamento exclusivamente en el origen de la filiación evidencia la oportunidad de mantener el artículo 931 Cc. Más todavía, debería indicar expresamente que está prohibido discriminar no solo en la sucesión en línea recta sino en todos los llamamientos abintestato. Una norma de ese tipo debería incluirse en un apartado de disposiciones generales y no, como ahora, en la sección correspondiente a la línea recta descendente.

2. Debería incluirse expresamente en el mismo lugar la referencia expresa a la equiparación de los adoptados y su completa adquisición del *status familiae*.

3. Convendría reflexionar sobre la oportunidad de incluir una norma similar al artículo 529 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino de 2014 que expresamente diga que están equiparados todas las personas en sus derechos a suceder abintestato con independencia del modo de filiación.

4. Es imprescindible que las leyes reconozcan el derecho a heredar abintestato del nacido por todo tipo de TRA (incluso GS) respecto de todos los progenitores de intención, con independencia de la verdad biológica y desde el momento del nacimiento. La filiación debe incluir en el haz de derechos y obligaciones la sucesión *mortis causa*, en toda su extensión, también la sucesión abintestato (de conformidad con la doctrina del TEDH).

Segunda.—Derecho transitorio.

1. A pesar de que el estudio de la jurisprudencia muestra que pueden existir dudas en la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación, en razón de derechos intertemporales o transitorios, es delicado proponer nuevas normas transitorias, siembre arriesgadas y que podrían generar nuevos litigios no previstos.

2. Es mejor dejarlo en manos de la interpretación judicial, si bien, no estaría de más que una norma dijera expresamente que no se puede aplicar después de la CE normativa anterior discriminatoria por razón de filiación con independencia de la fecha de la apertura de la sucesión. Serviría de apoyo a los jueces para no aplicar discriminaciones en la sucesión en el momento actual, especialmente en los supuestos de establecimiento judicial de filiación *post mortem* que, a la vista de la regulación actual y dada la imprescriptibilidad de la reclamación de filiación no matrimonial, puede producirse muchos años después del fallecimiento del causante. Este tipo de decisión del legislador se adecuaría a la doctrina del TEDH en relación con la integración en el concepto «vida familiar» del derecho de todos a heredar en pie de igualdad con independencia del tipo de filiación ni de que haya existido o no posesión de estado (art. 8 del Convenio).

3. El nacido mediante GS tiene derecho a heredar abintestato al progenitor de intención que fallezca con anterioridad al establecimiento de su filiación de modo similar y análogo al supuesto de «adopción póstuma». Lo mismo que el nacido por otro tipo de TRHA (como en fecundación asistida *post mortem*). Las normas deben declararlo expresamente. No obstante, debería reflexionarse sobre la racionalidad y oportunidad de suprimir la legalidad de la procreación *post mortem* con material congelado, como en otros derechos (en Francia, prohibida desde la Loi n.º 2011-814, de 7 de julio de 2011).

Tercera.—En cuanto a los derechos del cónyuge (en su caso también conviviente extramatrimonial) en concurrencia con descendientes, mejor que darle derecho a una porción en plena propiedad (lo que podría tener inconvenientes en la liquidación si sigue rigiendo un sistema de legítimas y deberes de colacionar como el vigente) es ampliar su derecho de usufructo a dos tercios

del caudal (o como mínimo, a la mitad) con independencia de que los descendientes con quienes concurra sean o no comunes con el causante. Ver también capítulo quinto.

Cuarta.—El derecho de representación de los descendientes del indigno, desheredado, excluido (también si premurieron al causante) debe aplicarse sobre la total cuota abintestato sin que tengan aplicación las restricciones de los artículos 761 y 857 Cc. en la sucesión intestada. Lo mismo se aplicaría en caso de repudiación, pues patrocinamos que el derecho de representación se pueda aplicar en caso de repudiación del llamado.

Quinta.—La repudiación y sus consecuencias deben regularse en lugar específico para la sucesión intestada, clarificando los efectos para los coherederos. Es mejor separar esta regulación del derecho de acrecer en la sucesión testada (como sucede ahora) que obedece a criterios y finalidades diferentes.

Sexta.—Deben clarificarse los supuestos específicos de indignidad y desheredación para los descendientes que se deben aplicar a la sucesión intestada y los efectos que, en su caso, tendrán para la estirpe.

V. CAPÍTULO QUINTO. SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

Primera.—Debe anteponerse al cónyuge viudo en la sucesión intestada a todos los ascendientes: ver capítulo siguiente.

Segunda.—Debe suprimirse la reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. o reformularla con precisión y cuidado previendo posibles conflictos entre ascendientes y cónyuge viudo si se antepone a éste frente a ellos: ver capítulo siguiente.

Tercera.—Debe mantenerse la reserva lineal o troncal del artículo 811 Cc.: ver capítulo siguiente.

Cuarta.—Conviene reflexionar sobre la utilidad de una especie de sustitución legal fideicomisaria y preventiva de residuo, siguiendo el modelo del artículo 531.2 CDFR, para que los bienes que queden en el caudal del cónyuge supérstite que fueron adquiridos por sucesión abintestato del premuerto sean para los parientes más próximos del premuerto. De introducirse, debe regularse con todo lujo de detalles el derecho transitorio para dotar de seguridad jurídica a esta decisión y que la norma indique si se aplica a las sucesiones en las que la transmisión de bienes entre cónyuges por sucesión intestada se produjo antes de la entrada en vigor de la nueva norma o no, en evitación de la intensa litigiosidad que ha provocado esta norma en el derecho aragonés.

Hay que redactar con cuidado una disposición transitoria para clarificar si la norma se aplicará cuando se adquieran los bienes entre cónyuges abintestato ya vigente o si se aplicará de inmediato siendo suficiente que esté en vigor la nueva norma cuando fallezca el supérstite.

No debe constituir una reserva hereditaria ni un derecho de legítima para quienes sean eventualmente llamados a recibir los bienes al fallecer el cónyuge supérstite. De tal modo no se limita la libertad de disposición del supérstite sobre los referidos bienes y puede decidir asignarlos voluntariamente a quien bien le parezca.

Debe preverse que si en tal momento (fecha de fallecimiento del supérstite) no hay parientes del premuerto que quieran y puedan heredar, los bienes se reintegrarán en la herencia del cónyuge supérstite (para que los reciban entonces sus parientes y no el Estado español).

VI. CAPÍTULO SEXTO. CONVIVIENTES EXTRAMATRIMONIALES

Primera.—La STC 93/2013 supone un claro obstáculo a la equiparación del conviviente extramatrimonial con el cónyuge en la sucesión intestada, aunque en Galicia, País Vasco, Cataluña y Baleares, está equiparadas con distintas fórmulas y exigiéndose en algunos casos formalización mediante inscripción en Registros *ad hoc* o en virtud de pactos en escritura pública.

Habrà que esperar a que se rectifique, pues no parece tener argumentos sólidos, tal como se ha formulado al distinguir entre derechos imperativos y dispositivos.

Segundo.—Si se decidiera la equiparación habría que concordar las causas de exclusión con las del cónyuge, decidiendo que no tendrá lugar si hay separación de hecho de los convivientes. La actual regulación de las causas de indignidad para suceder del artículo 756 Cc. sirve para la sucesión intestada del conviviente extramatrimonial.

VII. CAPÍTULO SÉPTIMO. LLAMAMIENTO A LOS ASCENDIENTES

Primera.—Las reglas internas de distribución de los bienes no presentan litigiosidad y son razonables.

Segunda.—Hay que revisar los derechos de los ascendientes cuidadosamente si, finalmente, se decidiese anteponer al cónyuge viudo en el llamamiento a la sucesión intestada. Parece razonable, previendo derechos en com-

pensación suficiente a su favor, que el cónyuge herede con preferencia a todos los ascendientes, incluidos padre y madre del fallecido.

Tercera.—Conviene precisar si tendrán derecho de legítima (mejor en usufructo) o derecho de alimentos y en tal caso en qué medida, con qué requisitos y en qué plazo se ha de ejercitar.

Cuarta.—El derecho de reversión legal de donaciones del artículo 812 Cc. puede ser una medida suficiente de protección a los ascendientes y de preservación del patrimonio en la familia de origen. Ahora bien, debería limitarse exclusivamente al supuesto de existir los mismos bienes en el caudal relicto (desterrando completamente la subrogación real actual) y estableciendo sobre los mismos el derecho de usufructo vitalicio del cónyuge supérstite (en su caso privando al que contraiga nuevas nupcias o inicie una nueva convivencia de hecho). Se evitarían así los problemas que la introducción de reversiones y recobros diseñados específicamente por la mejora en el llamamiento al viudo han provocado, por ejemplo, en el derecho francés.

VIII. CAPÍTULO OCTAVO. LLAMAMIENTO A PARIENTES COLATERALES

Primera.—Si bien doctrina muy autorizada sugiere limitar al tercer grado de parentesco el llamamiento a los parientes colaterales y ya se valoró en la reforma de la sucesión del Estado del año 1928, el cuarto grado parece un límite todavía razonable cuando el causante fallece sin descendientes, ascendientes, ni cónyuge y sin testamento. Provoca una preferencia de aquellos frente al Estado, lo que puede tener todavía sentido.

Segunda.—No debe alterarse la distinción dentro del orden de los parientes colaterales de dos subgrupos: privilegiados (estirpe de los hermanos del causante) y ordinarios (resto de parientes hasta el 4.º grado).

Tercera.—Convendría, eso sí, trasladar a los nietos de hermanos del causante (4.º grado) al grupo de los colaterales privilegiados. Esta decisión no menoscabaría derechos de otros llamados considerados dignos de mejor derecho, especialmente, del cónyuge viudo, ni tampoco del Estado. Como consecuencia, se les daría preferencia frente a los tíos (grado 3.º), a los tíos-abuelos (4.º) y a los primos del causante (4.º). Es decisión que favorece a generaciones más jóvenes y a parientes pertenecientes a una parentela más próxima del causante, presumiblemente, con mayor afinidad al causante que los demás.

Habría entonces que admitir el derecho de representación en la línea colateral hasta el 4.º grado (y no hasta el 3.º como hasta ahora) y deben regularse

cuidadosamente las reglas internas de su aplicación, especialmente, la regla del duplo (si se mantiene) y el modo de aplicarse la sucesión por estirpes y el derecho de representación.

Cuarta.—Conviene aclarar si en caso de indignidad y exclusión sucesoria de hermanos (y si se admitiera la propuesta de la conclusión tercera, también de sobrinos) sus descendientes pueden heredar por derecho de representación en la total cuota abintestato. Y clarificar si es así tanto en caso de premoriencia del indigno y excluido de la sucesión como si sobreviven al causante.

Quinta.—De mantenerse el derecho a doble porción por doble vínculo, conviene aclarar cómo se aplica la «regla del duplo» cuando concurren colaterales privilegiados de diferente grado. Y también si el derecho a doble cuota debe resultar individualmente considerado en la distribución de la herencia.

Sexta.—Convendría modificar el texto del artículo 1653 Cc., sobre enfiteusis, y adaptarlo a la limitación al cuarto grado en la sucesión de la línea colateral (y no al sexto) que rige desde 1928 y tal como el TS considera que ha de interpretarse.

IX. CAPÍTULO NOVENO. SUCESIÓN DEL ESTADO

Primera.—Conviene esperar al impacto de la recentísima reforma de la sucesión abintestato del Estado en Ley 15/2015 *de la Jurisdicción Voluntaria* y atender a las consecuencias prácticas de la declaración administrativa como heredero abintestato del Estado.

Segunda.—Las legislaciones civiles forales y especiales deben modificar sus textos legales para que desaparezcan las referencias a la declaración judicial de heredero abintestato.

Tercera.—Debe preverse expresamente qué autoridad es competente para la emisión del Certificado Sucesorio Europeo a que alude 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 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*, cuando haya sido declarado heredero abintestato el Estado español (también las CCAA y el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza), pues la nueva disposición final 26.^a de la LEC introducida por la *Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil* no lo prevé expresamente. Es razonable que pueda emitirlo la propia Administración que declara heredero al Estado (y a las CCAA, en su caso).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, A. y LAMARCA MARQUÈS, A., «Adopción simple y derechos sucesorios», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M.^a P., coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 43-73.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «El error en las disposiciones testamentarias», *RDP*, 1948, pp. 423-437.
- «De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias», *ADC*, 1954, pp. 319-334.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, t. X, v. 1.º, Edersa, Madrid, 1987.
- «Comentario al artículo 981», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XIII, volumen 2, Edersa, Madrid, 1981, pp. 293-305.
- *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, 1991, pp. 1932-1933.
- ALGABA ROS, S., *Efectos de la desheredación*, Tirant Monografías, núm. 250, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- «Comentario a los artículos 851 a 857», en *Código Civil Comentado*, vol. II, dir. Cañizares, Cámara y Sánchez, Civitas Thomson-Reuters, 2011, Cizur Menor (Navarra), pp. 1009-1032.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XI, 2011, pp. 369-406.
- «Legítimas y Derecho interregional», en Torres García, T. F., coord. *Tratado de legítimas*, Atelier, 2012, pp. 153-202.
- Traduce y adapta al Derecho español, BONOMI y WAUTELET, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio*

- de 2012, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Cizur Menor (Navarra), artículos 33 (con Wautelet, pp.428-435), artículos 34-38 (con Bonomi, pp. 436-486).
- ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a los artículos 912 a 929», en *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6665-6784.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDES, «La reforma de la adopción en las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 y la hipótesis de un nuevo planteamiento legal de la filiación adoptiva», en *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, n.º 33 a 36, 1981.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., «Derecho de representación sucesoria y repudiación. Estudio sobre la operatividad del derecho de representación en el Código civil español, en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia», *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. 1, pp. 103-271.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Comentario a los artículos 175 a 180» en «Comentario a los artículos 811, 853 a 857, 968 a 980 y 1006», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 363 ss.
- BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario al artículo 108 a 112», en *Código civil Comentado*, diri. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 573-599.
- BARBERÁN y DOMINGO, *Código Civil Japonés*, edición bilingüe y actualizada a 30 de septiembre de 2006, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- BELLEVIER, F. y ROCHFELD, J., «Réforme des successions et des libéralités», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 1, enero-marzo de 2002, pp. 156-165.
- BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, P., «Comentario al artículo 981», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, pp. 2329-2333.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Los efectos sucesorios de la adopción», *ADC*, 1971, pp. 929-969.
- *Comentarios Edersa*, tomo III, volumen 2, Madrid, 1.ª y 2.ª edición.
 - *Principio de igualdad y derecho privado*, en «El principio de igualdad en la Constitución española», volumen II, Madrid, 1991.
 - «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *DPC* 2003, núm. 17, pp. 61 y ss.
 - «El ámbito de aplicación de las leyes sobre parejas o uniones estables de hecho», *Libro Homenaje al profesor Albaladejo*, 2004.
 - «Un buen voto particular», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 4/2010.
 - «Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Sentencia del TC de 23 de abril de 2013», *CCJC*, núm. 94, enero-abril 2014, pp. 217-224.

- «La pensión de viudedad y las parejas de hecho», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2015, pp. 1-3.
- BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3.^a ed., Sirey, Paris, 1991, pp. 201 y siguientes.
- BERIAIN FLORES, I. (2014 a). *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Tirant monografías, 908, Valencia, 2014.
- (2014 b). «Las uniones no matrimoniales y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)», *DPC* 28, 2014, pp. 137-172.
- BIGOT, J., «Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de 1972», *RTDC*, LXXV, 1977, pp. 243-267.
- BINDER, J. *Derecho de sucesiones*, traducido por LACRUZ de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español, Labor, 1953.
- BOLÁS ALFONSO, J., «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, 1982, pp. 177-228.
- BONET CORREA, *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo III, Libro III, Civitas, Madrid, 1987, pp. 110 y siguientes.
- BONOMI, A. y WAUTELET, P., *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015 (trad. y adaptan al derecho español, Álvarez Gómez et alter).
- BRAGA DA CRUZ, G., *O Direito de Troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, tomo I, Livraria Cruz, Coimbra (Portugal), 1941.
- *O Direito de Troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, t. II, Livraria Cruz, Coimbra (Portugal), 1947.
- BRIERE, *Précis du droit des successions*, Wilson & Lafleur Itée, Montreal, 1988.
- BUSTO LAGO, J. M., «Comentario a los artículos 811, 812, 853 a 857, 968 a 980 y 1006», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- CABALLERO GONZÁLEZ, J. M., voz «parentesco» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVIII, Seix, Barcelona, 1986, pp.877-894.
- CABANILLAS SANCHEZ, *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- CALVO VIDAL, I. A., «El tiempo del legislador español», en www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-112076.pdf.
- «La preterición. Sus efectos (el mundo no está precisamente lleno de preteridos)», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum TF. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo y García Rubio, coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 229-243.
- *El Certificado sucesorio europeo*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000.

- En *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, con Pérez Álvarez, Martínez de Aguirre y De Pablo Contreras, Colex, Madrid, 2013.
- CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y libertad de testar», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M.^a P., coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 245 y ss.
- CARRANCHO HERRERO, T., «Comentario a los artículos 834 a 838», en *Código civil Comentado*, coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente y Sánchez Hernández, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), vol. II, 2011, pp. 950-972.
- CARRASCO PERERA, A., «Bienvenido el constitucionalismo libertario», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 868/2013, 2 pp.
- CASADO ROMÁN, «La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones», *Actualidad Civil*, n.º 2, febrero de 2013.
- CASANOVAS Y MUSSONS, *RJC*, 1990.
- CASASUS HOMET, «La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante», *RDN*, XXIX-XXX, 1960, pp. 213-224.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., «La sucesión abintestato del hijo adoptivo», *RGLJ*, tomo 128, 1916, pp. 39-60.
- *Derecho Civil español, común y foral, Derecho de Sucesiones*, tomo VI, volumen III, 7.^a edición, Reus, Madrid, 1971, pp. 16 y 17.
- *Derecho civil español común y foral*, tomo VI, volumen tercero, revisa DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1977.
- *El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, ed. preparada por Herrero Gutiérrez y Vallejo Úbeda, Estudio Preliminar por De los Mozos, Servicio de Publicaciones del Senado, vol. II, Madrid, 1989.
- CASTRO LUCINI, F., «Los derechos sucesorios del hijo adoptivo», *ADC*, 1962, pp. 617-656.
- «Limitaciones a las disposiciones patrimoniales *mortis causa* establecidas en la escritura de adopción», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 95-130.
- CENDON, P., *Codice Civile annotato*, UTET, Torino, 1995.
- CIAN y TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 5.^a edición, Cedam, Milano, 1997, pp. 625-631.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, t. III, Imprenta de Juan Pardo, Madrid, 1932.
- COING, H. *Derecho privado europeo*, tomo I, Derecho Común más antiguo (1500-1800), traducción y apostillas por Antonio Pérez Martín, Fundación cultural del notariado, Madrid, 1996.
- CRESPO ALLUÉ, F., «Comentarios del nuevo artículo 945 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, dir. Guilarte Gutiérrez, 2005, pp. 287-302.

- 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.
- «La situación actual de las parejas no casadas», *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, julio 2015, pp. 1-46.
- DE DIOS VIÉITEZ, «Comentario a los artículos 956 a 958», en *Código civil Comentado*, coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente y Sánchez Hernández, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), vol. II, 2011, pp. 1372-1392.
- DE LA CÁMARA, *Comentarios Edersa*, III-1, Madrid.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil», *RDP*, 1951, pp. 89 a 108.
- *Compendio de Derecho civil*, Tecnos, Madrid.
- DE LA CUESTA, J. M.^a, «Comentario a los artículos 181 a 198 Cc», en *Código Civil Comentado*, Coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente y Sánchez Hernández, vol. II, Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 944-987.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Análisis de la sucesión intestada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., «La sucesión abintestato a favor del Estado», *ADC*, 1965, pp. 393-433.
- «Comentario a los artículos 930 a 958 del Código civil», *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1991, pp. 2229-2247.
- DE NIEVA, *Decretos del Rey nuestro Señor don Fernando VII, y reales órdenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las secretarías del despacho universal y consejos de S. M. desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1829*, t. XIV, Imprenta Real, Madrid, 1830, pp. 356-359 y t. XVII, 1833, *Apéndice*, pp. 317-334.
- DE OLIVEIRA ASCENSAO, J., *Direito Civil. Sucessoes*, Coimbra, 1987.
- DEL CARPIO FIESTAS, «La protección de la memoria del fallecido por su pareja de hecho», *Aranzadi Civil* núm. 17/2005, Pamplona.
- DEL POZO SIERRA, B. (2013 a). *La compatibilidad jurídica entre el derecho del Estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes*, Dykinson, Madrid, 2013.
- (2013 b). En *Comentarios al Código civil*, t. V, dir. R. Bercovitz, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «La reforma en el Derecho de sucesiones», *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981.
- «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por casua de muerte», XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006, publicada en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 13-171.

- *¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)*, 2009, 14 pp.
- Crónica de E. Muguerza a la ponencia de Delgado Echeverría, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los Derechos civiles forales o especiales*, Decimotercera Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, *La Jurisprudencia Civil Foral Vasca*, Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2014: www.forulege.com/dokumentuak/Decimotercera_Jornada_practica_sobre_el_Derecho_civil_foral_del_País_Vasco.pdf.
- «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *La Ley*, n.º 7675 de 21 de marzo de 2014.
- DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 756 Cc.», en *Comentario Ministerio Justicia*, t. I, 1991, pp. 1864 ss.
- DÍAZ ROMERO, M.^a R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- DÍEZ GÓMEZ, «La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958», *RDN*, XXI-XXII, 1958, pp. 327-390.
- DÍEZ SOTO, C. M., «Comentario a los artículos 811 y 812», en *Código civil Comentado*, coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente y Sánchez Hernández, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), vol. II, 2011, pp. 801-824.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, IV-2, Tecnos, Madrid, 11.^a ed., 2012 (reimpresión 2015).
- *Instituciones de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del Derecho de Sucesiones», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M.^a P., coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 347-370.
- DOMAT, *Oeuvres complètes, nouvelle édition*, t. IV, Paris, 1830.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas», *El Consultor Inmobiliario*, n.º 63, dic. 2005, pp. 10-29.
- «Comentario a los artículos 807 y ss.» en *Comentarios al Código civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Y TORRES GARCÍA, T. F., Capítulos 44 y 45: «La legítima en el Código civil (I y II)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones, Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, dir. Gete-Alonso y Calera, coord., Solé Resina, t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1841-1957.
- D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9.^a edición revisada, Eunsa, Pamplona, 1997.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2003.

- «Libertad de testar e hijos de anterior matrimonio. ¿Un sistema necesitado de revisión en Navarra?», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 41, 2006, pp. 9 y ss.
 - «Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y 93/2013, de 23 de abril de 2013», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 5, 2013, pp. 1-29.
 - *Sucesión «Mortis Causa» de la Familia Recompuesta (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria)*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., *La designación de la pareja de hecho como beneficiaria en los seguros de vida*, Fundación Mapfre, Instituto de Ciencias del Seguro, 2009.
- «¿Compensación de índole económica basada en la equidad o atribución de derechos sucesorios al conviviente sobreviviente?», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 20, julio 2013.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Pons, Madrid, 1996.
- «Comentario a los artículos 770 a 773» en *Comentarios al Código civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 879-882.
 - «Comentario a los artículos 809 y 810», en *Código Civil Comentado*, coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente y Sánchez Hernández, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), vol. II, 2011, pp. 799-801.
- ESPIAU, M., *El error en las disposiciones testamentarias*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ESPÍN CÁNOVAS, M., *Manual de Derecho Civil Español*, volumen V, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 1978.
- FARNÓS AMORÓS, E., «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, t. LVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-61.
- «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M.ª P., coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 451-477.
- FERNÁNDEZ DE BOBADILLA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982», *La Ley*, tomo 2, 1983, pp. 59-63.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, J., notas al *Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1992.
- FRANCO Y LÓPEZ, L., *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Hospicio Provincial en Zaragoza, 1886.
- FRANK, R., en *Les successions en Droit Compare*, trabajo inédito del curso de doctorado, *Problèmes actuels en Droit Comparé dans le domaine de droit de la famille et de successions*, Universidad de Zaragoza, 1996.
- GALVÁN GALLEGOS, Á., «El destino de la herencia repudiada», *RDP*, 1995, pp. 899-923.

- GARCÍA CANTERO, G., *Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción*, en «Estudios sobre la adopción (Derecho comparado y Ley española de 4 de julio de 1970)», Reus, Madrid, 1970, pp. 85-116.
- «El nuevo régimen de la adopción», *ADC*, tomo XXIV, 1971, pp. 789-861.
- «Cents ans d' adoption en Espagne», dans *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'antiquité à nos jours (Actes des journées internationales d'histoire du droit publiés sous la direction de Roland Ganghofer)*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 799 a 805.
- «La adopción de mayores de edad», *Actualidad Civil*, número 41, noviembre de 1998, pp. 993 a 1007.
- «Sucesión intestada a favor de convivientes (Una resolución sorprendente de la Audiencia Provincial de Alicante)», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 43, julio-septiembre 2002, pp. 305-317.
- GARCÍA DEVESA, J., «Uniones de hecho», (TFG, dir. Cámara Lapuente), 2013, pp. 62-65: biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000233.pdf.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Reimpresión de la edición de 1852, Madrid, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del profesor La-cruz Berdejo, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, *Febrero o librería de Jueces, Abogados y Escribanos...*, corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, 4.ª ed., t. I, Madrid, 1852.
- GARCÍA MAS, «Las uniones de hecho: su problemática jurídica», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, n.º 204, 1998, pp. 787-812. p. 17 (pp. 1-24) 1509-1532: www.garcia_648.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario a los artículos 152 y siguientes (De la sucesión intestada) de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart*, t. XXXII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1997, pp. 1201-1251. También publicado en «La sucesión de la comunidad autónoma de Galicia en la Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia», *Actualidad Civil*, n.º XI, 1997-1, pp. 237-260.
- *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Civitas, Madrid, 1989.
- «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 10, 2006, pp. 113-137.
- «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar», *ADC*, vol. 61, n.º 1, 2008, pp. 57-112.
- «Comentario al artículo 756», en *Código Civil Comentado*, Coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente y Sánchez Hernández, vol. II, Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 628-638.

- «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M.^a P., coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 479-504.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., Capítulo 5. «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en *Tratado de Derecho de Sucesiones, Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, dir. Gete-Alonso y Calera, coord., Solé Resina, t. I, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 226-273.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C., «Comentario a los artículos 912 a 914», en *Código Civil Comentado*, Coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente y Sánchez Hernández, vol. II, Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1205-1215.
- GETE-ALONSO Y CALERA, YSÁS SOLANES, NAVAS NAVARRO Y SOLÉ RESINA, «Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro, XII Jornadas de la APDC*, Universidad de Murcia, 2006.
- GÓMEZ CLAVERÍA, *Instituciones de Derecho privado. Sucesiones*, t. V, vol. 2.^o, coord. Delgado de Miguel, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, «Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código civil», *RCDI*, tomo XLVI, 1970, pp. 1189-1199.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Comentario a los artículos 912 a 958», en *Comentarios al Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.^a ed., Thomson-Reuters Aranzadi, 2013, pp. 1250-1292.
- GOODY, J., *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, versión castellana de Diorki, Herder, Barcelona, 1986.
- GORDILLO, «El error en el testamento», *ADC*, 1983, pp. 747-815.
- GRIMALDI, M. y VERNIÈRES, Ch., « Les modifications du droit des successions par la loi du 16 février 2015 », *Defrénois, La revue du notariat*, n.º 5, 15 marzo 2015, 135.^a année, pp. 250-257.
- GUÉVEL, D., *Droit des successions et des libéralités*, 3.^a édition, LGDJ, lextenso éditions, 2014.
- GUILARTE ZAPATERO, V., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIII, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989.
- GULLÓN BALLESTEROS, «Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código Civil», *RDP*, tomo 44, 1960, pp. 102-107.
- «Error en testamento», *RDN*, 1969.
- En *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, t. I, p. 31.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. III, 4.^a ed., Madrid, 1875.

- HERPOEL, G., *Droits de succession des familles recomposées*, Edipro, Liège (Belgique), 2009.
- HIDALGO GARCÍA, S., *La sucesión por el Estado. El derecho de las Instituciones de interés general y de algunas Comunidades autónomas*, Bosch, Barcelona, 1995.
- «Comentario a los artículos 912 a 923; 930 a 943 y 947 a 958» en *Comentarios al Código civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1019-1028, 1031-1035 y 1039-1046.
- 2014 a). «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. I, núm. 2 (abril-junio, 2014), Estudios, pp. 41-72. Disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. 2014 a)
- 2014 b). «Las herencias vacantes: la sucesión de la Generalitat Valenciana, el Reglamento Europeo 650/2012 y a vueltas con el artículo 149.1.8.º CE», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum TF. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo y García Rubio, coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 657-683.
- HUALDE MANSO, T., *Consecuencias Sucesorias del Nuevo Matrimonio del Viudo: Reservas y Limitaciones Dispositivas*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- «Comentario a los artículos 930 a 942», en *Código Civil Comentado*, vol. II, dir. Cañizares, De Pablo, Orduña y Valpuesta, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1334-1354.
- HUALDE SÁNCHEZ, J., «Comentarios a las reformas del Código civil», coord. Berco-vitz, R., Madrid, 1993.
- «Comentario a los artículos 181 a 198 Cc.», en *Comentarios al Código Civil*, coord. Rams Albesa y coord. Adjunta Moreno Flórez, t. II, vol. 2.º, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 1628-1649.
- IMAZ ZUBIAUR, L, en *Código civil Comentado*, vol. II, dir. Cañizares, De Pablo, Orduña y Valpuesta, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1252-1279.
- IRURZUN GOICOA, «Vocación y delación», *RJN*, 2007, núm. 63, pp. 2553 y ss.
- *Función del acta de notoriedad en el abintestato (Comentario a la inquietante Resolución de 19 de junio de 2013)*, en www.notariosyregistradores.com.
- JIMÉNEZ CLAR, A. J., «La sucesión intestada en el Derecho inglés», *RCDI*, año XXV, noviembre-diciembre 1999, núm. 655, pp. 2377-2410.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, D., «La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código civil», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M.ª P., coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 707 y ss.
- JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Civitas, Madrid, 1990.

- *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, 2004.
- KASER, *Derecho Romano Privado*, Versión directa de la 5.ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, 2.ª edición, Reus, Madrid, 1982.
- KHAÏAT, L., «La filiation de l'enfant né d'une GPA à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant», *Journal du Droit des Jeunes*, n.º 338 et 339, octubre-noviembre 2014, pp. 36-37.
- KROLL, G., *Corpus Iuris Civilis según Rudolfus Shoell*, volumen 3, *Novellae*, Berolini, 1954, § CXVIII, pp. 567-572.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Traducción y notas a Binder, Derecho de sucesiones*, Labor, Barcelona, 1953.
- *Derecho de Sucesiones, Parte General*, Bosch, Barcelona, 1961.
- *Derecho de Sucesiones, II*, Bosch, Barcelona, 1973.
- *Elementos de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, V, Bosch, Barcelona, 1981.
- *Prólogo a Vattier Fuenzalida, El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 9-15.
- *Elementos de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, V (Lacruz/Sancho), revisa Luna Serrano, Bosch, Barcelona, 1988.
- *Elementos*, V, Bosch, Barcelona, 1993.
- LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Bienes sin dueño: mostrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio aragonesa (Ley de Aragón 5/2011, de 10 de marzo)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 11-47.
- LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013.
- LANGÉVIN, L. «Les unions de fait: protection ou liberté de choix? Le Québec à la croisée des chemins», *Droit de la Famille, Revue mensuelle lexis Nexis Juris-classeur*, marzo de 2015, pp. 10-15.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones*, Pons, Madrid, 2011.
- LE CHUITON, S., «Les droits successoraux des enfants adultérins en présence d'une donation-partage: la France encore condamnée!», *La Semaine Juridique-Notariale et immobilière*, n.º 12, 22 marzo 2013, pp. 45-47.
- LEITE DE CAMPOS, D., *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edición, Almedina, Coimbra, 1997.
- LEROYER, A. M. y ROCHFELD, J., *RTDC*, 2006, pp. 612-624.
- LLEBARÍA SAMPER, S., «La sucesión intestada del conviviente homosexual. Comentario a y desde la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2009», *Indret*, 2009.
- LLODRÀ GRIMALT, F., «La sucesión intestada en las Illes Balears», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Manuel García Amigo*, dir. Cuadrado Iglesias y Núñez Boluda, vol. II, La Ley grupo Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2015, pp. 2027-2050.
- LÓPEZ ALARCÓN, «En torno a la sucesión hereditaria del hijo adoptivo», *RGD*, 1957, pp. 580-597.

- LÓPEZ GARZÓN, J., «La reversión legal de donaciones», *ADC* 1959, pp. 899-937.
- LÓPEZ MAZA, S., «Comentario a los artículos 930 a 955», en *Comentarios al Código Civil*, diri. R. Bercovitz, t. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6785-6949.
- LUCHAIRE, F., «Les fondements constitutionnels du droit civil», *RTDC*, LXXX, 1982, pp. 245-328.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- «Comentario a los artículos 924 a 929», en *Código Civil Comentado*, vol. II, dir. Cañizares, De Pablo, Orduña y Valpuesta, Civitas Thomson-Reuters, 2011, Cizur Menor (Navarra), pp. 1309-1334.
- MAESTRE, D., «Uniones estables de pareja. Regulación procesal y uso del domicilio», *Indret* 409, Barcelona, enero de 2007.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Los perjudicados por la muerte en accidentes de circulación (Sobre la tabla I del «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»)», *Aranzadi Civil*, 1997, pp. 9-39.
- MARIÑO PARDO, F., «Parejas de hecho en Galicia. Derechos y obligaciones de los convivientes. Efectos legales en el ámbito sucesorio», en *Iuris Prudente, Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral, pensando en la oposición a notaría*s, 14 abril 2014, 7 pp.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 7.^a ed., revisa Bonet Ramón, Reus, Madrid, 1987.
- *Comentarios al Código Civil Español*, tomo V, Reus, Madrid, 1972.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., «La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7.º del Código Civil», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum TF. Torres García*, diri. Domínguez Luelmo y García Rubio, coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 801-827.
- MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentario a los artículos 657 y 658 Cc.», en *Código Civil Comentado*, vol. II, dir. Cañizares, De Pablo, Orduña y Valpuesta, Civitas Thomson-Reuters, 2011, Cizur Menor (Navarra), pp. 241-247.
- MARTÍN-CASALS, «El derecho a la «convivencia anónima en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013\93)», *Indret*, Barcelona, julio de 2013.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La representación en el derecho sucesorio*, Aranzadi, Pamplona, 1966.
- El nuevo régimen de la familia, II, 1981.
- Comentario a la STC 80/ 1982, de 20 de diciembre, *La Ley*, tomo 3, 1983, pp. 1029-1037.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Civitas, Madrid, 1991.
- *¿Nuevos modelos de familia?*, pp. 1-17.
- MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.^a L., «Las uniones de hecho o la aversión a determinadas normas jurídicas», *Actualidad Civil*, n.º 42, noviembre 2003, pp. 1123-1135.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a (2000 a). *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, volumen primero, *Antecedentes. La sucesión intestada en el Derecho aragonés histórico*, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000. www.bivida.es.
- (2000 b). *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, volumen segundo, *La sucesión legal en la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte*, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000. www.bivida.es.
- (2002). «La sucesión troncal», en *Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Edita «El Justicia de Aragón», Zaragoza, 2002, pp. 11-64.
- (2003 a). «Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del artículo 216.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 (Comentario al Auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de 14 de noviembre de 2002)». *Revista de Derecho civil Aragonés*, 2003, pp. 251-265.
- (2003 b). «El cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Excepción al llamamiento a la sucesión legal en el artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte (Comentario a la Sentencia del TSJA de 28 de marzo de 2003)». *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2003, pp. 233-249.
- (2005) «La institución recíproca de herederos», en *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Edita «El Justicia de Aragón», Zaragoza, 2005, pp. 13-56.
- (2006 a). «La reforma de la sucesión intestada en el Código civil», en *Derecho se sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 425-462.
- (2006 b). «Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado ante testamentos unipersonales de cónyuges de vecindad civil común que pretenden los efectos de la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado», en *Derecho se sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 299-303.
- (2007 a). *Recientes reformas del Derecho de Sucesiones en Derecho Francés (Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 et Loi n.º 2007-211 du 19 février)*. *Cuestiones de interés sobre nulidad y validez*, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lo-del/document.php?id=405>.
- (2007 b). «Admisión de «pactos de familia» en Derecho italiano después de la reforma del Código civil en 2006. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante «Modifiche al Codice Civile in materia di patto di famiglia». (GU n. 50 del 1 de marzo de 2006). *Revista Electrónica Nulidad*, apartado Actualidad, 3 pp.
- (2007 c). «Recobro de liberalidades en la Ley de Sucesiones aragonesa por causa de muerte», *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, AVD-ZEA*,

- Bilbao, diciembre de 2007, n.º 14, pp. 139-148. <http://www.avd-zea.com/descargas/articulos/161pdf>.
- (2008 a) «Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne. Le pacte successoral dans le Code civil espagnol et dans les droits civiles régionaux», en *Nouveautés en matière de pactes successoraux*. Ginebra, 2008, pp. 107-127.
 - (2008 b). «Sucesión legal y usufructo vidual de cónyuge separado de hecho (Comentario a la STSA 25 junio 2007)», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2008, pp. 193-218.
 - (2011). «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 175-227.
 - (2012). «Sucesión troncal aragonesa y comparación con la del Derecho vasco ante una eventual reforma», *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, AVD-ZEA*, Año XI número 23, Bilbao, junio 2012, pp. 21 a 65.
 - (2014). «El parentesco por afinidad: una laguna del Código civil», *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, vol. 102, 2 de octubre de 2014, pp. 1-9.
- MARTINS DA CRUZ, B., *Reflexoes críticas sobre a indignidade e a deserdação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
- MAS BADÍA, M. D., «La reversión legal de las donaciones: el artículo 812», *RCDI*, 1995, pp. 1631-1746.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a V., «Comentario al artículo 178 a 180», en *Código civil Comentado*, dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 917-943.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «Recobro «mortis causa» de donaciones a descendientes (Estudio del artículo 812 del Código Civil)», *ADC* 1958, pp. 21-114.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.^a, «Comentario al artículo 837 Cc.», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1280-1303.
- «La preterición», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 5339 y ss.
 - «Reflexiones sobre la legítima», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum TF. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo y García Rubio, coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 983-1001.
- MORENO FLÓREZ, R. M.^a, *Comentarios al Código civil*, coordinados por RAMS ALBESA, II-2.º, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1547 y siguientes.
- MOREU BALLONGA, J. L., «Una reflexión sobre el llamado Código de Derecho Foral de Aragón de 2011», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. Díez-Picazo y Ponce de León, vol. II, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 2143-2187.

- MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado* extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Ortega Lorca, tomo XVI, 4.^a edición, Reus, Madrid, 1945.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, *El art. 891 del C.c.: la distribución de toda la herencia en legados*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- NERSON, R., «La situation juridique des enfants nés hors mariage», *RTDC*, LXXIII, 1975, pp. 397-434.
- NIETO ALONSO, A., «Uniones extramatrimoniales: derechos sucesorios y atribuciones *post mortem* de naturaleza familiar y social», en *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, coord. Rebolledo Varela, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 103-180.
- NÚÑEZ BOLUDA, M.^a de los D., «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», *RDP*, 1986, pp. 715-757.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a, *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Dykinson, Madrid, 2007.
- O'CALLAGHAN, X. en *Compendio de Derecho civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, Edersa, 5.^a edición, Madrid, 1999.
- OGAYAR, *Comentarios Edersa*, t. IV, Madrid.
- OLAGÚBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, «El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción», *Noticias jurídicas*, octubre 2012, www.noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201210-parentesco_por_afinidad.html.
- PALAZZO, A., *Trattato di Diritto Privato*, dir. IUDICA e ZATTI, Le successioni, t. 1, Giuffrè, Milano, 1996.
- PALAO MORENO, G., en ESPULGUES, IGLESIAS y PALAO, *Derecho Internacional Privado*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Reversión legal de donaciones e impuesto de sucesiones», *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.^o, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 1835-1844.
- voz «Compañero/compañera (D.^o Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
- «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho» en, *Uniones de hecho*, dir. J. M. Martinell y M.^a T. Areces Piñol, Universitat de Lleida, 1998.
- «Bromas y veras sobre un siglo de Derecho civil», en *El Derecho Español en el siglo XX*, VVAA, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 165-190.
- PARIS, *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil*, Thèse de doctorat en droit soutenue le lundi 17 décembre 2012, Université Panthéon-Assas; accesible en <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/082a5770-642c-4892-80be-c7736ff93a0e> (últ. acceso, 26/04/2015).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentario del artículo 126*, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984.

- PEREDA GÁMEZ, F. J. «El «Derecho sucesorio» de las parejas de hecho», en *Estudio comparado de la regulación de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manual de formación continuada, n.º 28, Escuela jurídica del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- PEREÑA VICENTE, M., «La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001», *RCDI*, año LXXXIX, septiembre-octubre de 2003, número 679, pp.1855-2878.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.
- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991», en *CCJC*, n.º 26, pp. 614-630.
- «Comentario a los artículos 175 y 176», en *Código civil Comentado*, dri. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 900-910.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003.
- «Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003», *AC*, núm. 07, 1.ª quincena de abril de 2004.
- «Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro», *ADC*, tomo LX, 2007.
- «Comentario a los artículos 943 a 945», en *Comentarios al Código civil*, dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1036-1039.
- «Causas de desheredación y flexibilización de la legítima», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum TF. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo y García Rubio, coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 1131-1153.
- PIÑAR LÓPEZ, «La adopción y sus problemas jurídicos», *AAMN*, t. VIII, 1954, pp. 141-188.
- PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Valencia, 1999.
- POTHIER, *Oeuvres complètes, Traité de successions*, t. XII, Paris, 1844.
- POZO VILCHES, *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Trivium, Madrid, 1993.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, volumen III, Bosch, Barcelona, 1977.
- PUIG PEÑA, «La relación familiar en sentido amplio», *RDP*, 1948, pp.
- *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1972.
- QUICIOS MOLINA, S., «Comentario a los artículos 108 a 111 y 120 a 126», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 267 y ss. y 292 y ss.
- RAMS ALBESA, J., revisa y pone al día Lacruz, *Elementos de Derecho Civil*, V. Sucesiones, Dykinson, Madrid, 2001.

- RASSAT, M.-L., «Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1973 [1972] portant réforme du droit de la filiation», *RTDC*, LXXI, 1973, pp. 207-258 y 419-439.
- REGLERO CAMPOS, L. F., *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- actualiza DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «Comentario a los artículos 763-773», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1065 y ss.
- RIVAS MARTÍNEZ, M., *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo II, Madrid, 1987.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Comentario al artículo 814», en *Código Civil Comentado*, vol. II, dir. Cañizares, De Pablo, orduña y Valpuesta, Civitas Thomson-Reuters, 2011, Cizur Menor (Navarra), pp. 837-849.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario del Ministerio de Justicia*, vol. II, 1991.
- *Comentarios al Código Civil*, coordina Rams Albesa, tomo II, volumen 2, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1073-1262.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, por Theodor Kipp, traducción de la decimoprimera revisión de Helmut Coing, volumen 1.º, 2.ª edición al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Bosch, Barcelona, 1976.
- ROCA SASTRE, R. M.ª, «La designación, la vocación y la delación sucesorias», *Estudios sobre Sucesiones*, I, Madrid, 1981, primeramente publicado en *Problemática de la ciencia del Derecho. Homenaje a Pi y Suñer*, Barcelona, 1962.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo 2, pp. 1154-1159.
- ROCA SASTRE y MOLINA PUYOL, *Jurisprudencia registral*, tomo IV, Bosch, pp. 608-611.
- *Jurisprudencia registral*, tomo III, Bosch, pp. 1188-1193.
- ROCA TRÍAS, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum TF. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo y García Rubio, coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 1245-1266.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea, 2014, pp. 1-59: www.reei.org
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012*, Barcelona, abril 2013, pp. 1-58, www.indret.com,
- ROGEL VIDE, C., «Renuncia y repudiación de la herencia», *RGLJ*, 1980.
- ROGUIN, E. *Traité de Droit Civil Comparé, Les successions*, Paris, 1908, volumen 3.º-I.
- ROMÁN GARCÍA, *Derecho de Sucesiones. Instituciones de Derecho Civil Español VII*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
- ROMERO PAREJA, A. «Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales», *Diario La Ley* 2003-2.
- RUIZ CLAVET, «El error en materia testamentaria», *RJC*, 1982.
- SALAS CARCELLER, A., «Uniones de hecho y premios económicos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2010.

- SALVADOR CODERCH, P., «La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la reforma del Derecho sucesorio», *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 147-173.
- Comentario al artículo 47 en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984.
- Comentario al artículo 47 en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *Apéndice a la primera edición del Derecho Civil español en forma de Código*, Madrid, 1873.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo Sexto, volumen 3.º, Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1910.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código Civil (Problemas de derecho transitorio)*, Bosch, Barcelona, 1994.
- SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, tomo VI, Edersa, Jaén, 1979.
- SEISDEDOS MUIÑO, A., «Jurisprudencia comentada: el principio de igualdad ante la Ley en las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución (Comentario a la STS de 31 de julio de 2007)», *RDP*, enero-febrero de 2007.
- «El principio de igualdad ante la Ley en las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución (Comentario a la STS de 31 de julio de 2007)», *CCJC*, núm. 92, 2008.
- SERRANO Y SERRANO, *La ausencia en el derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, traducción de Rocés; 17.ª edición corregida por Mitteis y sacada a la luz por Wenger, Madrid, 1928.
- SOTO NIETO, «Derechos sucesorios del hijo adoptivo», *RGLJ*, t. 211, 1961, pp. 681-789.
- TAITHE, M., et TAITHE, Ch., *Successions*, 15.ª edición, Delmas, Paris, 1995.
- TENA PIAZUELO, *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- TERRE ET LEQUETTE, *Droit Civil. Les successions. Les libéralités*, 3.ª ed., Dalloz, Paris, 1997.
- TIMOTEO, *Le successioni nel Diritto Cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, Giuffrè, Milano, 1994.
- TISSERAND, A., «De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime», dans *Le droit de la Famille en Europe, son évolution de l'antiquité à nos jours* (Actes des journées internationales d'histoire du droit publiés sous la direction de Roland Ganghofer), Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 695-704.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes», *AHDE*, XXXVI, 1966, pp. 189-254.

- TORRES GARCÍA, T., «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2006, pp. 173-227.
- TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Capítulos 44 y 45: «La legítima en el Código civil (I y II)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones, Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, dir. Gete-Alonso y Calera, coord., Solé Resina, t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1841-1957.
- TORRES LANA, J. A., «Artículos 178-179», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 189-207.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J. actualiza LÓPEZ MAZA, S., «Comentario a los artículos 744 a 762», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1039 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970», *ADC*, 1970, pp. 601-611.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, tomo XIII, volumen 2, Edersa, Madrid, 1981, pp. 185-203.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XI, Edersa, Madrid, 1982.
- *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones, I, Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid, 1984.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Derecho de Sucesiones*, coord. Montés Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, *Parte especial*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916.
- VAQUER ALOY, A., *Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima*, www.indret.com/pdf/457_es_pdf, 2007, 25 pp.
- «Comentario a los artículos 944 y 945», en *Código Civil Comentado*, vol. II, dir. Cañizares, Cámara y Sánchez, Civitas Thomson-Reuters, 2011, Cizur Menor (Navarra), pp. 1357-1363.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991.
- «El derecho de representación», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2006, pp. 543-549.
- «Comentario a los artículos 756, 814, 851 a 857 y 924 a 929», en *Comentarios al Código civil*, dir. Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 868-870, 931-933, 967-969 y 1028-1031.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1988.
- *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, 5.^a edición, Bosch, Barcelona, 1999.

- VILLAGÓMEZ RODIL, A., «Comentario de los artículos 921 a 923 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, coordina Sierra Gil de la Cuesta, t. 5, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 206-212.
- VV.AA, *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- VV.AA, *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- VV.AA, *Código Civil Comentado*, dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, coord. Cañizares Laso, Cámara Lapuente, Sánchez Hernández, vol. II, Libro III (artículos 609 a 1087), Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- VV.AA, *Derecho Internacional Privado*, 9.ª ed., actualizada con las reformas de julio de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VV.AA, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, dir. Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell, Torres Lana, coord. Monje Balmaseda, 2 vol., Dykinson, Madrid, 2015.
- VV.AA, *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dir. Domínguez Luelmo y García Rubio, coord. Herrero Oviedo, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.
- VV.AA, *Tratado de legítimas*, coord. TORRES GARCÍA, T. F., Atelier, Barcelona, 2012.
- VV.AA, *Les pactes successoraux en Droit International Privé, Nouveautés en Droit Français, Italien ainsi qu'Espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Librairie Droz, Genève, 2008.
- VV.AA, *Précis de Droit Civil*, tome troisième, Librairie Dalloz, Paris, 1927.
- VV.AA, *Notaires de France. Les Propositions. Quatrième commission. Demain la famille, les transmissions successorales*. 95 Congrès, Marseille 9-12 mai 1999.
- VV.AA, *106.º Congrès des Notaires de France*, Bordeaux 30 mai-2 juin 2010, pp. 1095 y ss.
- YSÀS SOLANES, M., Capítulo 38: «La sucesión intestada en el Código civil», en *Tratado de Derecho de Sucesiones, Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, dir. Gete-Alonso y Calera, coord., Solé Resina, t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1561-1596.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pareja de hecho en el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 907/2015, Parte Comentario, 3 pp.
- ZUMAQUERO GIL, L., *El derecho de acrecer entre coherederos*, Dykinson, Madrid, 2011.

Los artículos 912 a 958 del Código civil regulan la sucesión intestada, aplicable en defecto de disposición voluntaria del causante válida y eficaz. Si bien desde su promulgación se han introducido modificaciones relevantes, como la limitación gradual en el llamamiento a la línea colateral al cuarto grado, la anteposición del viudo a todos los parientes colaterales o la equiparación de los descendientes sin discriminar por filiación, lo cierto es que los modelos familiares imperantes en la sociedad han evolucionado intensamente, propiciando reformas del Derecho de Familia del Código y de legislación extramuros que, paradójicamente, no se han reflejado tan fielmente en la sucesión intestada.

Existe cierto consenso de opinión favorable a mejorar la posición del cónyuge, lo que obligaría a reformular los derechos de los ascendientes, incluida la reversión legal de donaciones. En este trabajo se reflexiona, además, sobre la posible supresión de restricciones para los descendientes del indigno y desheredado, la admisión de la representación sucesoria por repudiación del llamado, la conveniencia de prescindir del derecho a doble porción por doble vínculo o el impacto de la doctrina constitucional sobre equiparación del conviviente de hecho. Y ello, prestando atención a reformas operadas en los derechos civiles forales y especiales, y en derechos extranjeros de nuestro entorno.

ISBN 978-84-340-2304-8



9 788434 023048