

Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro*

MARTA PÉREZ ESCOLAR

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

El trabajo que se presenta aborda el tema de los derechos sucesorios legales que el Código Civil español concede al cónyuge superviviente desde una perspectiva renovadora que parte de la insatisfacción que a todos los niveles genera la situación actual. El progresivo protagonismo sociológico alcanzado por la relación marital en el seno del núcleo familiar determina la necesidad de plantearse una revisión tanto de su posicionamiento en el orden de suceder abintestato como del alcance de sus derechos legitimarios, aspecto este último que se inserta además en el cuestionamiento general a que se encuentra sometida la legítima como institución.

Para todo ello se cuenta con las tendencias legislativas en la materia que se han venido manifestando en los últimos años, tendencias entre las que hay que destacar las marcadas por 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 en su reforma de los presupuestos subjetivos de la sucesión intestada y de la legítima del cónyuge ha venido a reafirmar el fundamento de tales derechos en la afectividad que de ordinario caracteriza a la relación conyugal.

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Sucesión intestada:* 1. Posicionamiento del cónyuge superviviente en el orden de suceder establecido por el

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación que lleva por título «Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su proyección en Castilla y León» (Ref. : VA057A05), financiado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León y dirigido por la prof. Dra. doña Teodora F. Torres García, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid.

Código Civil. Visión crítica. 1.1 Fundamento del llamamiento: ¿cónyuge *versus* ascendientes del causante? 1.2 Sucesión hereditaria y protagonismo del cónyuge: manifestaciones legislativas de esta tendencia. 2. El problema de los bienes privativos: ¿posibilidad de una sucesión en usufructo?—III. *Legítima*: 1. Sentido actual del sistema legitimario del Código Civil. En particular, de la legítima del cónyuge supérstite. 1.1 Introducción. 1.2 Descendientes. 1.3 Ascendientes 1.4 Cónyuge supérstite. 2. Tendencias legislativas. 2.1 Su incidencia en la naturaleza jurídica de la legítima: las Leyes 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, y 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. 2.2 Modificación de los presupuestos subjetivos de la legítima viudal: la Ley 15/2005, de 8 de julio. 2.2.1 Introducción. 2.2.2 Separación judicial. 2.2.3 Separación de hecho. 2.2.4 Reconciliación conyugal.—IV. *Bibliografía citada.*

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo pretende abordar los diversos aspectos que plantean los derechos sucesorios reconocidos al cónyuge supérstite en el Código Civil con respecto a la herencia de su consorte premuerto desde una perspectiva renovadora, pues es evidente que nos encontramos ante una cuestión cuyo interés, derivado en buena medida del alto componente sociológico que presenta, se ha acrecentado enormemente desde el momento en que la legislación vigente ha dejado de representar una respuesta jurídica adecuada frente a la realidad social ¹.

Así, nos encontramos con que en la actualidad las dos vertientes que presentan tales derechos sucesorios desde el punto de vista legal cuentan con un reconocimiento deficitario en función de lo que constituye la estructura familiar típica de nuestros días, en la que cada vez cobra mayor protagonismo la relación marital. Por un lado, la posición sucesoria que el cónyuge sobreviviente ostenta en el sistema de sucesión intestada, que deriva de la modificación que introdujo a este respecto la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y que sitúa su llamamiento a la herencia en defecto de descendientes y ascendientes del causante (art. 944 CC) seguramente ya no se corresponda con los fundamentos de unas relaciones de familia que, veinticinco años después de la citada reforma, se han concentrado aun más en torno al núcleo conyugal. De otra parte, la legítima del cónyuge (arts. 807.3.º y 834 a 839 CC) habrá de verse también

¹ Sin perjuicio de la cautela con que hay que abordar este tipo de reformas sucesorias, que afectarán a normas profundamente arraigadas en nuestro ordenamiento jurídico y en la misma conciencia social que ha venido aceptándolas como válidas durante mucho tiempo.

afectada, en su sentido y extensión, como consecuencia del propio cuestionamiento a que se encuentra sometida la institución legitimaria con carácter general, cuestionamiento que si bien es cierto que tiene que derivar en la revisión de algunos de sus pilares más importantes, reclama no obstante importantes matizaciones en relación con la figura del cónyuge superviviente.

El tema ha de enmarcarse además en un panorama que tenga en cuenta las tendencias marcadas en los últimos tiempos por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, particularmente, el caso de la Ley núm. 1135, de 3 de diciembre de 2001, que ha modificado el Código Civil francés asumiendo como primer objetivo el proporcionar al cónyuge superviviente una mejor posición en el orden sucesorio, anteriormente muy desfasada, a través de la realización de una reforma en profundidad de su sucesión legal, sucesión legal que está establecida, al igual que en el caso del Código Civil, sobre la base de un sistema subjetivo de órdenes sucesorios². Además, en un ámbito sucesorio que se articula sobre la base de principios muy distintos pero que permite demostrar la interrelación que existe en la práctica con nuestro sistema a la hora de valorar la situación del cónyuge sobreviviente con respecto a la herencia del causante, habremos de tener también en cuenta la reafirmación de los fundamentos del derecho de viudedad aragonés que se ha producido como consecuencia de su reforma por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

Por último, la incidencia en la naturaleza jurídica de la legítima que se ha producido por obra de las Leyes 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, y 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la tendencia manifestada por esta última hacia la concesión de un mayor protagonismo sucesorio al cónyuge que sobrevive a través de la modificación del artículo 831 CC, así como la reforma de los presupuestos subjetivos de su sucesión intestada y de su legítima realizada por 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, obligan a realizar un nuevo análisis de su posición sucesoria legal y, en último término, de la tendencia que en su caso pudieran representar estas modificaciones en relación con una hipotética y futura reforma más profunda de los derechos del cónyuge superviviente en la herencia de su consorte premuerto.

² *Loi num. 2001-1135, du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, en vigor desde el 1 de julio de 2002 (art. 25). Cfr. *Journal Officiel* de 4 de diciembre de 2001.

II. SUCESIÓN INTESTADA

1. POSICIONAMIENTO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL ORDEN DE SUCEDER ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO CIVIL. VISIÓN CRÍTICA

1.1 FUNDAMENTO DEL LLAMAMIENTO: ¿CÓNYUGE *VERSUS* ASCENDIENTES DEL CAUSANTE?

El tema de la justificación del orden de suceder *abintestato* establecido en cada momento por la ley ha sido tradicionalmente discutido a partir de puntos de vista diversos que, por haber sido analizados en otro lugar, no van a constituir objeto de estudio en este momento. Sin embargo, sí conviene recordar que el principio prioritario que informa los llamamientos a la sucesión intestada tiene un origen netamente romanista que se plasma en el llamado criterio de la voluntad presunta del causante, es decir, en la consideración de lo que una persona media o típica hubiera querido en relación con el destino *post mortem* de su patrimonio de haberse manifestado su voluntad en este sentido o haberse realizado válidamente dicha manifestación de voluntad ³.

Nos encontramos, por tanto, ante una fundamentación de lo que debe ser la jerarquía de llamamientos a la sucesión legal que opera sobre la base de una valoración presuntiva, que presenta los inconvenientes inherentes a la realización toda conjetura o presunción pero que tampoco puede ser de otra naturaleza en la medida en que la función de este tipo de sucesión hereditaria radica precisamente en constituir un conjunto de reglas que determinen qué hacer con el patrimonio de una persona fallecida cuando ésta no ha dispuesto nada al respecto o no lo ha hecho válidamente, para lo cual es forzoso decidir de manera primordial de acuerdo con lo que en cada situación histórica se considere más conforme con la voluntad de un causante medio o típico ⁴.

Sobre esta base, el análisis de la posición que el cónyuge supérstite ostenta en la sucesión intestada como heredero legal, en defecto de descendientes y ascendientes del difunto (art. 944 CC), ya nos llevó en su momento a la conclusión de que esta ubicación en el orden de llamamientos no se corresponde con las demandas de la sociedad actual, en la que la nuclearización de la familia

³ Una exposición de las distintas teorías que se han formulado para justificar el fundamento filosófico-jurídico de la sucesión intestada, puede verse en PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 59 ss.

⁴ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 75 ss.

tiende a dar preferencia a su posición hereditaria frente a los ascendientes del causante, y, en general, al vínculo convivencial sobre el parental. En este sentido, se propuso una reforma del Código Civil que, a semejanza de lo que el legislador catalán hizo en su día a través de los artículos 13 a 15 de la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada (LSI), posteriormente recogidos por los vigentes artículos 333 a 335 del Código de Sucesiones de Cataluña (CSC), aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, antepusiera al cónyuge sobreviviente sobre dichos ascendientes en la jerarquía legal de llamamientos ⁵.

Por otro lado, pero compartiendo la misma justificación, habría que situar en igual lugar del orden sucesorio, según también consideramos en su momento, al conviviente superviviente de una pareja estable ⁶. A este respecto, la posibilidad instaurada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, de que las parejas homosexuales accedan al vínculo conyugal, no afecta a este tipo de planteamientos en la medida en que el derecho a suceder *abintestato* tiene su fundamento en una presunción de afecto hacia el llamado que es consecuencia, en estos casos, de la convivencia y no de la existencia de matrimonio, como así lo demuestra el artículo 945 CC al incluir entre las causas de exclusión del derecho a suceder a la separación de hecho entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos.

La operatividad de este presupuesto subjetivo ha dejado además de estar condicionada desde la entrada en vigor 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, en función de que se trate de una crisis conyugal que se haya producido de mutuo acuerdo y conste fehacientemente: ambas circunstancias han desaparecido como requisitos que, según la versión anterior del artículo 945 CC, habían de acompañar a dicha situación de separación de hecho para que la misma pudiera actuar como causa de exclusión de la condición de heredero intestado del cónyuge superviviente, de tal manera que ahora la sola existencia de tal situación, determinante de la desaparición de la convivencia y, por tanto, de la *affectio maritalis*, da lugar a la exclusión del derecho del sobreviviente de heredar al causante ⁷. Así las cosas, es evidente que este

⁵ En concreto, el artículo 333 CSC, equivalente al antiguo artículo 13 LSI, dice así: «De fallecer el causante sin hijos ni descendientes, le sucederá el cónyuge sobreviviente». Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 85 ss, 149 ss, 234 ss.

⁶ Vid. PÉREZ ESCOLAR, op. ult. cit., pp. 203 ss.

⁷ En la misma línea, la Ley 15/2005 ha modificado también el artículo 945 CC sustituyendo la mención que anteriormente contenía a la separación «por sentencia firme» por

fundamento convivencial del derecho a suceder habrá de derivar no sólo en la consideración en la jerarquía de llamamientos del conviviente supérstite sino también en la de otras categorías de herederos cuyos derechos puedan derivar igualmente de situaciones de convivencia con el causante reguladas por la ley ⁸.

No hay que olvidar que la valoración de este tipo de propuestas relativas al posicionamiento de las diferentes categorías de herederos legales en el orden de suceder ha de realizarse siempre teniendo en cuenta el juego del sistema legitimario en la propia sucesión intestada, compatible e independiente, pues es obvio que una de las virtudes de la legítima radica precisamente en la matización que introduce en este tipo de sucesión de los llamamientos hereditarios de origen romano, en principio absolutos, a toda la herencia y en plena propiedad, permitiendo de esta manera que participen en el reparto de la herencia personas que no pertenecen al orden sucesorio llamado, tal es el caso del cónyuge supérstite, cuya legítima concurrente con los órdenes antepuestos le permite recibir en todo caso una porción mínima e intangible de contenido usufructuario (arts. 834, 837 y 838 CC), y sería el caso de los ascendientes del causante si efectivamente fueran pospuestos al cónyuge en el orden de suceder que establece el Código Civil, pues gracias a la legítima tendrán siempre garantizada una cuota de participación en la herencia de su descendiente fallecido que según la legislación vigente se corresponde con un tercio del caudal computable a efectos del cálculo de dicha legítima en plena propiedad (art. 809, *in fine*, CC) ⁹.

la relativa a la situación de «separado judicialmente», pues la sola existencia de una situación de crisis conyugal como es la separación judicial, en la que igualmente se evidencia la inexistencia de *affectio maritalis*, es suficiente a efectos de determinar la pérdida del derecho a suceder del cónyuge supérstite con independencia de que la sentencia que la declare sea firme o no.

⁸ Así, el artículo 8 de la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, prevé derechos sucesorios a favor del acogedor en la sucesión intestada del acogido cuando la convivencia entre ellos haya tenido una duración mínima de cuatro años, en concreto, a una porción de los bienes de la herencia o a su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, que represente la cuarta parte del valor de dicha herencia, con la parte proporcional de frutos o rentas por ella producidos o también de su equivalencia en dinero a contar desde la muerte del causante, y para los supuestos de concurrencia con sus descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción. En defecto de éstos o de premoriencia de los hijos de los colaterales, las personas acogedoras que lo hayan sido con las condiciones de convivencia anteriormente referidas son llamadas a la totalidad de la herencia.

⁹ La existencia de este tipo de criterios de reparto sucesorio hace innecesario, a mi juicio, el planteamiento de un hipotético sistema de cuotas hereditarias concurrentes en la sucesión intestada que se atribuyan a las personas que en cada caso sean más próximas al causante: el propio sistema legitimario, particularmente, la legítima de ascendientes y cónyuge, cumple ya una función similar «atemperando» cuando es necesario los llamamientos de los herederos antepuestos y respetando con ello al mismo tiempo las raíces romanistas del Derecho de sucesiones contenido en el Código Civil, tanto en materia de legítima como de sucesión intestada.

Se trataría, en definitiva, de invertir el planteamiento actual de distribución de la herencia intestada en ausencia de descendientes con derecho a suceder, ascendientes herederos (art. 935 CC) y cónyuge legitimario (art. 837 CC), sobre la base sociológica de la concentración del grupo familiar que se produce en torno al núcleo de convivencia conyugal, que nos llevaría a priorizar al cónyuge como heredero quedando los ascendientes como legitimarios.

Pues bien, la oportunidad de hacer efectiva esta mejora de los derechos sucesorios del cónyuge podría considerarse que se ha dejado pasar con la promulgación de la aludida Ley 15/2005, que, dedicando su «Artículo segundo» a la «modificación de la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil», se ha limitado, por un lado, a reformar los presupuestos subjetivos que condicionan la procedencia de su legítima (arts. 834 y 835 CC) y de su llamamiento hereditario a la sucesión intestada (art. 945 CC), y, por otro, a suprimir la disposición contenida en el antiguo art. 837 párrafo segundo CC, inconstitucional por establecer una desigualdad de trato injustificada por razón de filiación¹⁰.

El legislador ha subsanado así, de manera acorde con el espíritu netamente voluntarista y carente de valoraciones subjetivas de la nueva legislación matrimonial, los aspectos más urgentes que planteaba la sucesión entre cónyuges, pero le queda como asignatura pendiente la aludida mejora de la posición del supérstite en la sucesión intestada. Ello deberá seguramente enmarcarse en una reforma más amplia de nuestro Derecho sucesorio que revise otras instituciones implicadas, particularmente, y en un contexto que no sólo tenga en cuenta el supuesto en que el cónyuge es llamado a la sucesión no existiendo descendientes del causante, la naturaleza y extensión de la legítima de estos últimos y la del propio cónyuge, cuestiones estas últimas a las que nos referiremos más adelante.

¹⁰ La consideración de la concurrencia del cónyuge supérstite con hijos «sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos», antiguamente llamados «adulterinos», a efectos de la determinación de la extensión de la cuota legitimaria viudal (antiguo art. 837 párrafo segundo CC) y de la concordante facultad de dicho cónyuge para solicitar su conmutación en este supuesto (antiguo art. 840 CC) era discriminatorio para este tipo de hijos en la medida en que se les obligaba a soportar un gravamen usufructuario correspondiente a tal legítima mayor que si fueran hijos matrimoniales (de la mitad y no de un tercio del caudal computable a efectos de su cálculo). *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 257 ss. La Ley 15/2005 ha dado una nueva redacción a este artículo 840 CC determinando el derecho del cónyuge viudo a exigir la conmutación de su legítima en los supuestos de concurrencia con hijos «sólo del causante», es decir, con hijos no comunes (concebidos constante el matrimonio de ambos o antes de su celebración).

1.2 SUCESIÓN HEREDITARIA Y PROTAGONISMO DEL CÓNYUGE: MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS DE ESTA TENDENCIA

La defensa de la propuesta de anteposición del cónyuge supérstite frente a los ascendientes del causante en el orden de suceder *abintestato* consagrado en nuestro Código Civil cuenta, aparte de con los argumentos intrínsecos a la proposición en cuestión, con los que se derivan de la línea seguida por las últimas reformas legislativas que han afectado al Derecho de sucesiones contenido en dicho cuerpo legal o en otros ordenamientos jurídicos próximos, pues todas ellas vienen marcadas por la tendencia que supone otorgar al cónyuge un mayor protagonismo en la sucesión hereditaria, bien sea directamente en su posición de heredero legal, bien sea en relación con el ejercicio de funciones íntimamente ligadas al papel que desempeña un continuador del causante y que por ello son también representativas de ese protagonismo que últimamente se le viene reconociendo en este ámbito.

Con respecto a lo primero, habría que volver a traer a colación tanto la aludida reforma de la sucesión intestada catalana operada en 1987 como, posteriormente, la ley francesa de 3 de diciembre de 2001, que ha modificado en profundidad el orden de suceder contenido en el *Code Civil* anteponiendo al cónyuge supérstite en la jerarquía de llamamientos no sólo frente a todo tipo de parientes colaterales del causante (con anterioridad sólo era llamado en defecto de hermanos e hijos de hermanos) sino también frente a los denominados ascendientes no privilegiados, es decir, distintos a los padres del difunto (art. 757-2)¹¹. Al tiempo, se ha establecido un nuevo sistema de cuotas concurrentes en la misma sucesión legal para los casos en que el cónyuge se presente en concurso con descendientes y/o ascendientes privilegiados (arts. 757 y 757-1)¹² cuyo sentido debe encontrarse en la ausencia histórica de fundamentación institucional en el Derecho sucesorio francés para hacer al cónyuge destinatario en todo caso de una porción sucesoria mínima garantizada en concepto de *réserve*. Esta carencia ha sido relativamente superada con la misma reforma legislativa de 2001, pero de manera muy restringida, pues sólo se le ha reconocido una porción de *réserve* con carácter subsidiario, en defecto de descendientes y ascendientes del causante con dicha reforma de 2001 y en defecto únicamente de descendientes desde la modificación del ar-

¹¹ Vid. FORGEARD, M. - C. / CRÔNE, R. / GELOT, B., *La réforme des successions. (Loi du 3 décembre 2001)*. Commentaire & Formules. Répertoire du notariat Defrénois. Paris, 2002. pp. 8 y 9.

¹² Vid. FORGEARD, M. - C. / CRÔNE, R. / GELOT, B., *La réforme des successions, ...*, *op. cit.*, pp. 13 ss.

título 914-1 del *Code Civil* por la *Loi num. 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*¹³, con lo cual el problema de su participación en la sucesión legal en concurso con tales descendientes se sigue teniendo que resolver a través del aludido sistema de cuotas concurrentes.

Por lo que se refiere a la segunda manera en que se ha manifestado últimamente el creciente protagonismo del cónyuge supérstite en la sucesión hereditaria, hay que hacer mención a la reforma del artículo 831 CC que se ha producido por obra de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, a través de la cual se han incrementado muy notablemente las posibilidades del testador en relación con la delegación de la facultad de mejorar en el cónyuge o, también ahora, conviviente supérstite, que de acuerdo con ello pueden resultar destinatarios de amplísimas atribuciones para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos y descendientes comunes, y, por tanto, de un importante poder familiar que les coloca desde este punto de vista como continuadores de la voluntad del causante.

Ello permite, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los hijos sea una persona con discapacidad aplazándola a un momento posterior en el que se puedan valorar adecuadamente las necesidades de dicha persona de acuerdo con sus circunstancias familiares, con lo cual se crea de esta manera una figura de protección patrimonial indirecta de los discapacitados que toma por fundamento las facultades de valoración y decisión del cónyuge o conviviente supérstite a propósito de cómo efectuar el reparto de la herencia de su consorte o compañero fallecido¹⁴. El precepto tiene además otro ámbito de aplicación propio en relación con el artículo 1056 párrafo segundo CC, el que se refiere a la postergación de la elección de sucesor en la empresa familiar a un momento posterior al de la muerte de uno de los progenitores en el que pueda igualmente valorarse de forma adecuada la idoneidad de cada uno de los candidatos¹⁵, y, en definitiva, representa una manera de conceder un importante protagonismo al cónyuge sobreviviente en la sucesión del causante en cuanto se le hace depositario de máxima confianza de

¹³ Que ha suprimido, como veremos, la *réserve* de los ascendientes. Cfr. *Journal Officiel* de 24 de junio de 2006. Fecha de entrada en vigor: 1 de enero de 2007 (art. 47).

¹⁴ Cfr. Exposición de Motivos, VII.

¹⁵ Vid. GARRIDO DE PALMA, V. M., *Los nuevos artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones*. (Libro Homenaje al profesor don Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Universidad de Murcia. Murcia, 2004, pp. 2026 ss).

lo que hubiera sido su voluntad en relación con ambos tipos de problemáticas.

2. EL PROBLEMA DE LOS BIENES PRIVATIVOS: ¿POSIBILIDAD DE UNA SUCESIÓN EN USUFRUCTO?

Cabe la posibilidad de que la propuesta de anteposición del cónyuge superviviente sobre los ascendientes del causante en el orden de suceder *abintestato* establecido por el Código Civil se considere excesiva o no conforme con el fundamento de la sucesión intestada por lo que se refiere a la sucesión en los bienes privativos del causante, respecto de los que la mentalidad social vigente sigue tendiendo mayoritariamente a permitir al cónyuge sobreviviente el disfrute vitalicio de los mismos pero con el importante condicionamiento que supone su reversión a los parientes consanguíneos del premuerto una vez que se produzca el fallecimiento de aquél, pues se piensa que, si bien es de justicia mantenerle en dicho disfrute mientras viva, en último término será también lo más equitativo perseguir que tales bienes privativos del causante vuelvan a su propia familia en lugar de desviarse injustificadamente a la familia de su cónyuge, o, incluso, en el peor de los casos, a la de un hipotético segundo o posterior consorte ¹⁶.

Partiendo de esta valoración, consideramos prudente acompañar la aludida propuesta de anteposición del cónyuge superviviente sobre los ascendientes del causante de una cautela que afectara a este tipo de bienes privativos consistente en que dicho cónyuge reciba únicamente el usufructo vitalicio de los mismos, quedando durante su vigencia en calidad de nudos propietarios los parientes del premuerto que, de no haber existido cónyuge sobreviviente en condiciones de recibirlos, los hubieran heredado en plena propiedad ¹⁷. De esta manera, la relación de independencia entre régimen económico del matrimonio y derechos sucesorios del cónyuge que

¹⁶ La mejor prueba de estas afirmaciones la encontramos en la sucesión testamentaria, que entre cónyuges se articula frecuentemente a través de disposiciones que conceden el usufructo vitalicio del patrimonio hereditario de cualquiera de ellos al que en su caso sobreviva, quedando entretanto como nudos propietarios los legitimarios (art. 820.3.º CC) o, en su caso, otros parientes consanguíneos del causante. Así lo pone de manifiesto RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3º del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 17. En el ámbito notarial, GARRIDO DE PALMA, *Los nuevos artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil, ..., op. cit.*, p. 2028. Expresamente a favor de la consideración del principio de troncalidad en la sucesión intestada a la que no concurren descendientes del causante, CALATAYUD SIERRA, A.: *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, Revista de la Academia Sevillana del Notariado, 1996, pp. 248 y 249, 255.

¹⁷ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 236 ss.

entendemos debe presidir la política legislativa que se siga a la hora de decidir la extensión de estos últimos sería compatible con la consideración de la naturaleza de los bienes del patrimonio relicto del cónyuge premuerto con la finalidad de conseguir una regulación que atienda a todos los intereses en conflicto de la manera más correcta posible ¹⁸.

La técnica usufructuaria entendemos que es la única que permite resolver tales intereses en conflicto que se presentan en herencias en las que faltan descendientes herederos y existen bienes privativos del cónyuge fallecido. Por tanto, entendido en estos términos, el sistema de sucesión del supérstite en usufructo vitalicio no incorpora una connotación de desconfianza hacia su persona, pues toma por fundamento una presunta voluntad del causante que únicamente pone de manifiesto la preferencia que de ordinario tendrá por los parientes consanguíneos propios frente a los de su consorte.

Sistemas sucesorios de Derecho comparado próximos al de nuestro Código Civil, que asumen por finalidad la división hereditaria, no son ajenos a este tipo de propuestas dirigidas a distinguir entre bienes comunes y privativos a efectos de que el cónyuge sólo reciba sobre estos últimos, en su caso, el usufructo vitalicio, encontrándose así una disposición de esta índole para el supuesto en que concorra a la herencia con parientes del causante que no sean descendientes en el artículo 745 bis del *Code civil* belga ¹⁹. Con unos

¹⁸ Véanse las explicaciones que a este respecto dimos en *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 228 ss, especialmente, 232 ss: la disolución de un patrimonio común, cuya existencia depende de la autonomía de la voluntad, en caso de muerte de uno de los cónyuges, constituye algo completamente distinto de la atribución de derechos sucesorios al sobreviviente, que ejercerá sobre el patrimonio relicto del premuerto (eventualmente integrado por el resultante de la liquidación de ese patrimonio común) como si de cualquier otro tipo de sucesor se tratara. En el mismo sentido, la elección de un determinado régimen económico matrimonial (comunitario o de separación) no prejuzga, en mi opinión, la voluntad presunta de un cónyuge respecto del otro desde el punto de vista sucesorio.

En esta línea, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo y 18 de junio de 2003 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núms. 3949 y 4467, respectivamente) interpretan la mención final del artículo 9.8 CC a «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite» (que «se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio») en el sentido de que éstos son los que se deriven en cada caso de su «estatuto primario patrimonial», es decir, atribuciones legales de carácter familiar, entre los que habría que incluir las viudedades forales, pero no los derechos propiamente sucesorios, como sería el llamamiento a la sucesión intestada, que responden a un fenómeno distinto y que se regirán siempre por la ley personal del causante (art. 9.8, primer inciso, CC) con independencia del régimen económico matrimonial que hubiera estado vigente en cada caso.

¹⁹ Desde la modificación operada en este sentido por la ley de 14 de mayo de 1981. Vid. RENCHON, J. L.: *Le statut successoral du conjoint survivant: état du droit et réflexions critiques*. (Le statut patrimonial du conjoint survivant. Actes de la 5 Journée d'études juridiques Jean Reanuld. Centre de Droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université Catholique de Louvain. Bruylant. Bruxelles, 2004, pp. 10 y 11: «Si le législateur belge a opté, en 1981, pour des droits successoraux en usufruit, ..., c'est parce qu'il a

objetivos distintos, de mantenimiento del cónyuge al frente de la familia, baste recordar los sistemas de sucesión intestada de Aragón, Navarra y Vizcaya, que demuestran la vigencia de los criterios de conservación del patrimonio hereditario en el grupo familiar del causante al articular los llamamientos sobre la base de la distinción entre bienes no troncales, únicos a los que en principio puede ser llamado como heredero el cónyuge que sobrevive, y bienes troncales, respecto de los que se le hace destinatario de un derecho de usufructo ²⁰.

Con una reforma de este tipo se conseguiría, además, superar la discordancia de *ratio* que actualmente existe entre el artículo 944 CC, que determina la sucesión del supérstite con preferencia a los parientes (hoy sólo colaterales) del causante, directamente y sobre todos los bienes hereditarios, y la reserva troncal del artículo 811 CC, que, intocado desde 1889, impide que se produzca el efecto anterior en el supuesto especial de que el cónyuge reciba los bienes de su consorte premuerto a través de un descendiente común intermedio que los herede primero, pues ambos preceptos aparecerían guiados por el mismo espíritu de evitar el traspaso de los bienes privativos del cónyuge premuerto a la familia del sobreviviente o de un hipotético posterior consorte ²¹.

Por otro lado, las objeciones que tradicionalmente se han formulado contra el sistema de sucesión en un usufructo vitalicio que se relacionan con su carácter antieconómico, contrario a la libre circulación de bienes, en la medida en que produce un desmembramiento de la propiedad que vendría a ser algo desfasado en relación con lo que constituye la coyuntura económica moderna, tampoco pueden aceptarse sin más cuando las reformas más recientes operadas en materia de sucesión intestada en ordenamientos jurídicos próximos que, además, son los más avanzados, han seguido contemplando e, incluso, fomentando, la sucesión en usufructo en el orden de llamamientos: así, por un lado, la

voulu maintenir, à terme, lors du décès ultérieur du conjoint survivant, le principe de la transmission intergénérationnelle et intrafamiliale du patrimoine du défunt»).

Por su parte, los artículos 3570 y siguientes del Código Civil argentino articulan toda la sucesión intestada del cónyuge sobreviviente sobre la base de la distinción entre bienes privativos y bienes gananciales del causante.

²⁰ Usufructo universal sobre todos los bienes hereditarios, troncales y no troncales, en el caso de los famosos «derechos de viudedad» de Aragón y Navarra, y usufructo de una cuota bastante amplia, que también es susceptible de recaer sobre todo tipo de bienes, en el de la legítima usufructuaria de Vizcaya, cuya finalidad no es la asistencia del cónyuge sino, al igual que en los derechos de viudedad, mantenerle al frente de la comunidad familiar (por eso se pierde por segundo matrimonio o vida marital con otra persona). *Vid. PÉREZ ESCOLAR, El cónyuge supérstite en la sucesión intestada, op. cit., pp. 157 y ss.*

²¹ *Vid. PÉREZ ESCOLAR, El cónyuge supérstite en la sucesión intestada, op. cit., pp. 341 y ss, especialmente, 346 y 347.*

sucesión intestada catalana, que al igual que la del Código Civil asume por objetivo la división hereditaria, sigue concediendo al cónyuge superviviente un usufructo universal en concurrencia con descendientes del causante (arts. 323 párrafo tercero y 331 CSC)²²; de otra parte, la sucesión intestada francesa, que se fundamenta sobre los mismos principios divisorios del patrimonio del causante, ha conservado también con la ley de 3 de diciembre de 2001 un posible llamamiento del cónyuge en usufructo sobre la totalidad de la herencia en concurso con descendientes comunes (art. 757 del *Code civil*).

Además, en este último caso, el legislador francés ha mostrado una clara preferencia por el sistema de sucesión en usufructo al establecer que en caso de que el cónyuge sobreviviente no ejercite en un plazo de tres meses tras la apertura de la sucesión la opción que se le concede en este supuesto de concurrencia, con descendientes comunes, entre recibir un cuarto de la herencia en plena propiedad o la totalidad en usufructo vitalicio, o incluso fallezca sin haberla ejercitado, se entiende que opta, u optó, en caso de fallecimiento, por el usufructo vitalicio (arts. 758-3 y 758-4), lo cual entendemos que toma por fundamento una acertada presunción sobre lo que hubiera querido prioritariamente de manifestar o haber podido manifestar su voluntad en este sentido.

Por añadidura, en un ámbito ajeno a la sucesión intestada pero íntimamente relacionado con ella, el derecho de viudedad aragonés, que al fallecimiento de uno de los cónyuges consiste en un usufructo que opera también sobre la totalidad de los bienes del premuerto, troncales y no troncales, y que, por tanto, constituye un factor determinante de la posición jurídica del superviviente en este ordenamiento, puede considerarse reafirmado tras la modificación operada sobre tal derecho, fundamentalmente con objetivos técnicos, por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad²³.

²² A pesar de que para valorar este llamamiento usufructuario hay que tener en cuenta que el cónyuge en el Derecho catalán no es legitimario, sólo tiene derecho como mínimo garantizado a la cuarta marital en caso de necesidad (art. 380 CSC), ello no quita valor a su existencia, máxime con un carácter tan amplio, en un ordenamiento jurídico que siempre se ha considerado avanzado en todos los sentidos. Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 150 y ss. Sobre algunos problemas específicos que plantea la aplicación de este usufructo viudal, ESPIAU ESPIAU, S.: *El usufructo viudal y la legítima de los descendientes*. (RJC, 1996, pp. 9 ss).

²³ Artículo 101.1. El derecho de viudedad se concibe como una institución de Derecho de Familia porque opera también constante matrimonio a modo de «derecho expectante de viudedad», fase de la institución que es la que fundamentalmente ha resultado afectada por la citada reforma de 2003 con el objetivo de dotarle de mayor claridad y coherencia. Vid. Exposición de Motivos, X. Este derecho tiene su manifestación tras la muerte de uno de los cónyuges con la finalidad de mantener al superviviente en su función tradicional de continuador de la familia: por ello, disuelto el matrimonio, se transforma en un usu-

Es cierto que la sucesión en usufructo puede plantear una problemática importante derivada de la situación de dominio dividido que genera en los casos en que formen parte del caudal hereditario explotaciones empresariales, cuya transmisión *mortis causa* ha de facilitarse que se pueda realizar unitariamente en aras de su propia continuidad. Sin embargo, para estos casos los ordenamientos jurídicos conocen una solución que tampoco es nueva, la conmutación del usufructo viudal a instancia de los herederos nudo propietarios que queden afectados por el gravamen usufructuario, según se prevé en el artículo 839 CC con respecto a la legítima del cónyuge, sustancialmente idéntico al artículo 838 de la versión originaria de 1889²⁴, o en los artículos 759 a 762 del *Code civil* en relación con la atribución sucesoria intestada que se le concede en concurso con descendientes comunes a que nos acabamos de referir. Con ello, el legislador francés de 2001 no sólo ha confirmado la tradicional facultad de conmutar contenida en el anterior artículo 767 párrafo quinto del *Code civil* sino que además la ha ampliado tanto desde el punto de vista de los sujetos titulares de la misma, pues actualmente se concede también la opción de solicitarla al propio cónyuge y no sólo a los herederos nudo propietarios, como de los medios solutorios de pago que se admiten, pues ahora se contempla la posibilidad de que se le entregue no sólo una renta vitalicia sino también un capital en efectivo en sustitución del derecho de usufructo que en cada caso le corresponda^{25, 26}.

En definitiva, todo ello vendría a demostrar que una nueva organización de la sucesión legal del cónyuge supérstite en el Código civil puede pasar perfectamente por la introducción de un usufructo vitalicio sobre los bienes privativos del causante, pues tratándose de herencias en las que falten descendientes herederos, ésta es la mejor manera de conciliar las legítimas expectativas de dicho cón-

fructo viudal universal que recae sobre todos los bienes del premuerto. Así, véase la explicación al respecto que da la misma Exposición de Motivos, XIII.

La sucesión intestada del cónyuge supérstite en el Derecho aragonés opera prioritariamente, como hemos visto, sobre los bienes de naturaleza no troncal (art. 202 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte).

²⁴ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 259 ss.

²⁵ Vid. FORGEARD / CRÔNE / GELOT, *La réforme des successions, ..., op. cit.*, pp. 35 ss.

²⁶ En contra de esta propuesta de sucesión en usufructo vitalicio sobre los bienes privativos del causante podría también alegarse el hecho de que se produciría una ruptura del principio de unidad de la herencia que inspira la sucesión intestada del Código Civil. No obstante, ello no supondría sino una excepción más a esta regla general, de carácter meramente técnico, semejante en este sentido a la que representan tanto las reservas hereditarias (arts. 811, 812 y 968 a 980 CC) como la división por líneas que rige la sucesión de los ascendientes (arts. 810 y 940 CC). Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 240 y 241.

yuge de disfrutar toda la herencia de su consorte premuerto con las de los parientes consanguíneos de este último, que podrán recibir en plena propiedad una vez fallecido el supérstite los bienes del causante que tengan un origen familiar o que hubieran sido adquiridos por él con anterioridad a la celebración del matrimonio y que, tratándose de explotaciones empresariales, podrán ser gestionadas directamente por ellos desde el primer momento, si les interesa, articulándose para este supuesto un remedio conmutativo del usufructo del cónyuge semejante al que ya se contiene para su legítima en el artículo 839 CC.

III. LEGÍTIMA

1. SENTIDO ACTUAL DEL SISTEMA LEGITIMARIO DEL CÓDIGO CIVIL. EN PARTICULAR, DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

1.1 INTRODUCCIÓN

La legítima es una institución de Derecho sucesorio que establece un límite a la libertad de disposición del causante que tradicionalmente se ha justificado sobre la base de un supuesto deber de asistencia *post mortem* de éste hacia su círculo familiar más próximo, de tal manera que de acuerdo con ello vendría a cumplir una función en cierto modo paralela a la que desempeña la obligación de alimentos en vida de la persona²⁷. Habiendo sido así ciertamente en el momento de la codificación, esta justificación ha derivado sin embargo, como veremos, en cierta incoherencia, desde el momento en que actualmente hay que desligar en muchos casos la vigencia de la legítima de la existencia de un presupuesto de probabilidad de necesidad económica en su destinatario.

Con este fundamento, el Código Civil determina a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge del causante (art. 807 CC) unas cuotas mínimas de participación en su patrimonio, intangibles desde el punto de vista cuantitativo y, en principio, también cualitativo, que como tales han de respetarse en cualquier tipo de sucesión (testada, intestada o mixta)²⁸, y que se calculan sobre una

²⁷ Vid., por todos, ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio «mortis causa»*. Edelce. Sevilla, 1951, pp. 181 y 182.

²⁸ La legítima no constituye un tercer modo de deferirse la herencia, una supuesta «sucesión forzosa». Así, véase la argumentación que en su momento defendimos en *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 317 ss.

masa patrimonial cuya configuración deriva del mismo sentido de la institución legitimaria: al activo hereditario se le resta el pasivo, pues es lógico dar preferencia a los acreedores del causante sobre sus legitimarios, y se le suman las donaciones que hubiera realizado en vida, pues hay que garantizar esa intangibilidad de la legítima teniendo en cuenta los actos a título gratuito que pudieran haber ido más allá de lo que en cada caso conforme la parte de libre disposición (art. 818 CC).

Pues bien, la problemática que actualmente plantea nuestro sistema legitimario entiendo que no radica tanto en el cuestionamiento de su propia existencia, en la medida en que el sentido de la legítima como institución, según vamos a ver, no ha desaparecido totalmente, sino en la necesidad de revisar la extensión que alcanzan las cuotas que corresponden a algunos de sus beneficiarios y, quizás, la naturaleza jurídica de tales cuotas, que tal y como está concebida determina que en ocasiones la obligación de pago se presente con caracteres demasiado rígidos ²⁹.

1.2 DESCENDIENTES

En primer lugar, la llamada legítima larga de los descendientes, de los dos tercios del caudal computable a efectos de su cálculo (art. 808 CC), fue concebida para una sociedad decimonónica en la que la expectativa de sobrevivencia era baja, pues permitía a los hijos recibir bienes a una edad en la que seguramente los necesitaban, y en la que la estructura económica agraria que predominaba daba lugar a que la parte más importante de los patrimonios hereditarios estuviese constituida por bienes de producción que se buscaba conservar, aunque divididos, en el grupo de descendientes.

Sin embargo, esta legítima tan extensa no tiene sentido en una sociedad en la que los índices de sobrevivencia son mucho más altos que en el siglo XIX y, en consecuencia, los hijos suceden de ordinario a sus padres en una edad en la que tienen la vida econó-

²⁹ Vid. TORRES GARCÍA, T. F., *Legítima, legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)*. (Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 2006, pp. 214 ss, especialmente, 220 ss).

A pesar de ello, hay que recordar que el artículo 33 CE protege únicamente el derecho a la sucesión hereditaria entre particulares, lo cual no incluye el derecho a legítima. Sobre esta base, y considerando que sí han desaparecido los fundamentos del sistema legitimario, existe una tendencia doctrinal que se pronuncia a favor de la libertad de testar absoluta. Así, por ejemplo, CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, *op. cit.*, pp. 245 ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *La Cautela gualdense o Socini ...*, *op. cit.*, pp. 24 ss; MAGARIÑOS BLANCO, V.: *La libertad de testar*, RDP, 2005, pp. 3 ss, especialmente, 20 ss.

micamente resuelta y en la que, además, seguramente hayan recibido en vida de aquéllos bienes suficientes como para tener ya colmadas unas expectativas sucesorias razonables ³⁰. En estas circunstancias, una restricción tan amplia de la libertad de testar carece de justificación: si el fundamento de la institución legitimaria se ha considerado tradicionalmente que radicaba en el cumplimiento de un supuesto deber de asistencia *post mortem* hacia los más próximos, globalmente enmarcado en un genérico deber de familia, tal obligación está claro que no puede existir en relación con unas personas que en la mayoría de los casos carecen de la necesidad económica que le sirve de soporte. Es más, restringiendo la libertad de disposición hasta ese punto lo que se consigue es fomentar un efecto contrario al que en definitiva subyace en una institución de carácter familiar como es la legítima, a saber, que los hijos, teniendo asegurada una buena participación en el patrimonio de sus padres, se despreocupen de ellos en sus últimos años y que éstos carezcan de libertad para recompensar económicamente a las personas que realmente se encarguen de su cuidado en los momentos en que lo necesiten ³¹.

Por otro lado, la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual no tienen nada que ver con las explotaciones agrarias de finales del siglo XIX, carecen de bienes de producción estando compuestos de ordinario por un conjunto de bienes ganados en su mayor parte a partir del trabajo individual en el que, además, la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo. Y cuando formen parte de tales patrimonios explotaciones económicas, una legítima tan amplia de los descendientes puede generar como resultado una dificultad insuperable a la hora de mantener la empresa indivisa en manos de uno sólo de ellos, a pesar de las innovaciones que, según veremos, se han introducido en los últimos años en el Código civil con la finalidad de facilitar en estos casos el pago en metálico de la legítima de los legitimarios que resulten no adjudicatarios de la explotación ³².

³⁰ Así, CARRASCO PERERA, A., *Acoso y derribo de la legítima hereditaria*. (Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 580, 5 de junio de 2003, p. 3).

³¹ En este sentido, CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, *op. cit.*, p. 250; CARRASCO PERERA, *Acoso y derribo ...*, *op. cit.*, p. 3.

³² Así se puso de manifiesto en el 9º Congreso Notarial español, que tuvo por objeto el tema de la transmisión de la empresa familiar, nueva categoría jurídica surgida del desarrollo tecnológico y de la llamada «nueva economía» (pymes), que carece de una regulación específica y cuyo principal problema radica, a juicio del notariado, en la dificultad de garantizar su conservación en el momento de la muerte del titular como consecuencia fundamentalmente de la configuración actual de la legítima de los descendientes en el Código Civil: su extensión y rigidez conduce en muchos casos a la disolución de la empresa y en otros a que el adjudicatario tenga que hacer frente al pago en metálico de la legítima de sus

En definitiva, la legítima de los descendientes sólo se justifica en la actualidad sobre la base de los improbables casos de muerte prematura, en los que los hijos del causante se encontrarán efectivamente en situación de necesidad con respecto a la asistencia económica que les suponga recibir la herencia paterna, y, además, por la existencia de ordinario en los descendientes de unas expectativas, razonables, de recibir, por lo menos parcialmente, el patrimonio de sus padres o ascendientes cualquiera que sea el momento en que se abra su sucesión hereditaria, expectativas que la ley vendría a tutelar a través de esta institución buscando un equilibrio ponderado con otros intereses en conflicto, fundamentalmente, la libertad de disposición del causante y objetivos de eficiencia económica relacionados con la necesidad de facilitar la transmisión unitaria de explotaciones empresariales. Es cierto que es muy discutible que esta esperanza de heredar de los descendientes tenga virtualidad suficiente para mantener una restricción a la libertad de disponer de la persona ³³, pero también lo es que, como pusimos de manifiesto al inicio de este trabajo, nos estamos refiriendo a una institución, la legítima, profundamente arraigada en el ordenamiento jurídico y en la conciencia social, por lo que las reformas que se planteen en torno a ella deberán acometerse desde la prudencia y la moderación, valores inherentes al mundo del Derecho que aconsejan evitar que se produzcan cambios bruscos en cualquier ámbito del mismo ³⁴.

hermanos vendiendo parte de dicha empresa o endeudándose. Otros mecanismos sucesorios por cuya adopción se aboga en el Derecho común para conseguir un marco normativo favorable a la autorregulación jurídica en este ámbito son los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios que permitan anticipar la sucesión en la empresa antes de que se produzca la muerte del empresario. Vid. MARTÍNEZ DÍE, R., *Reflexiones tras el 9.º Congreso*. (Escritura Pública, Monográfico núm. 4 (suplemento al núm. 34), julio 2005, p. 7).

A ello cabría añadir la admisión de una renuncia anticipada a la legítima en la línea de lo establecido en los artículos 929 y ss. del *Code civil* francés, reformados por la *Loi* núm. 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités.

Como manifestación legislativa de estas tendencias, téngase en cuenta también el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, instrumento jurídico apto para la inclusión de pactos relativos a la sucesión en la empresa familiar. Vid. GOMÁ LANZÓN, I.: *El protocolo familiar*. (El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006, pp. 125 ss.).

³³ Así, CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, op. cit., pp. 247 y 248.

³⁴ En este sentido, TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar*, ..., op. cit., p. 227. A este respecto, cabría poner como ejemplo la actitud del legislador de 13 de mayo de 1981 al modificar el orden de suceder *abintestato* anteponiendo al cónyuge sobre todos los parientes colaterales del causante: si bien la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto de ley de reforma del Código Civil reconocía que «el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre» no se llegó a plantear la anteposición del cónyuge superviviente sobre los ascendientes del causante. Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 128 ss.

Todo ello entendemos que aconseja una modificación del Código Civil que disminuya considerablemente la extensión de esta legítima, por lo menos hasta la mitad del caudal computable a efectos de su cálculo, que a su vez podría quedar dividida en dos cuartos, uno de legítima estricta y otro de mejora. Desde el punto de vista cualitativo, entiendo además que representa una proposición prudente en este momento mantenerla en plena propiedad cuando los hijos concurren solos a la sucesión y reducirla a la nuda propiedad en concurso con el cónyuge sobreviviente con la finalidad de poder incrementar la de este último, actualmente constreñida en este supuesto de concurrencia sucesoria al usufructo del tercio de mejora (art. 834 CC), hasta la misma cuota de la mitad del caudal computable manteniendo así la otra mitad como parte de libre disposición.

1.3 ASCENDIENTES

La legítima de los ascendientes merece también una revisión de su alcance que arranca igualmente del replanteamiento de los propios fundamentos de la institución³⁵: si lo que tradicionalmente se ha pretendido es hacer efectivo un deber de asistencia *post mortem* a favor, fundamentalmente, de los padres del causante de la sucesión, es evidente que no se puede pretender hacer efectiva una función asistencial cuando se carece de un destinatario de la atribución en situación de necesidad, como será el caso típico cuando un hijo (joven o relativamente joven) premuere a sus padres (de ordinario ya con la vida resuelta desde el punto de vista económico).

No obstante, también hay que tener en cuenta las expectativas sucesorias de esos ascendientes, razonables, sobre todo si las concebimos en unos términos de reciprocidad en relación con lo que se da y se recibe entre padres e hijos que sí nos permitirían hablar de determinado tipo de obligación moral de estos últimos con respecto a los primeros. Habría que considerar además particularmente los supuestos en que los ascendientes del causante se encuentren en concurso con el cónyuge superviviente, en los que, previendo que el protagonismo sucesorio sea atribuido a este último, tanto en la sucesión testamentaria como, en un futuro que espero no sea lejano, en la sucesión legal, parece razonable mantener alguna participación sucesoria mínima de los padres en la herencia del hijo premuerto. A estos efectos, seguramente sea sin embargo también excesiva para la sociedad actual la cuota establecida por el artículo 809 CC, que les

³⁵ En esta línea, TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar, ...*, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

hace destinatarios en estos casos de un tercio del caudal computable a efectos del cálculo de la legítima en plena propiedad, sobre todo si se valora que la función de asistencia que tradicionalmente se ha atribuido a la institución legitimaria sí conserva cierto sentido en relación con el cónyuge que sobrevive, presumiblemente joven en estos casos, y, por tanto, probablemente necesitado de ella.

Por esta razón, si bien no encuentro obstáculos en mantener la legítima de los ascendientes que señala el artículo 809 CC para el caso de que concurran solos a la sucesión (una cuota en propiedad de la mitad del caudal computable a efectos de su cálculo), considero que dicha legítima en concurso con el cónyuge del causante podría reducirse cualitativamente a la nuda propiedad e incrementarse cuantitativamente hasta la mitad de dicho caudal computable, cuyo usufructo se mantendría a favor de dicho cónyuge según lo que ya prevé actualmente el artículo 837 CC consiguiéndose de esta manera una coordinación de ambas legítimas y un respeto también en estos supuestos de concurrencia de la otra mitad como parte de libre disposición. Tratándose de una sucesión intestada y si en un futuro se materializa legislativamente la propuesta de reforma de anteposición del cónyuge sobre los ascendientes del causante en el orden de suceder que venimos propugnando, con ello se conseguiría matizar el llamamiento del propio cónyuge como único heredero legal dejando como nudos propietarios de la mitad del caudal que sirve de base para el cómputo de la legítima a los padres del causante y, en último término, como destinatarios de dicha nuda propiedad a sus propios parientes consanguíneos, hermanos en la mayor parte de los casos que resultarán ser de ordinario los herederos de tales padres ³⁶.

1.4 CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Por último, la legítima del cónyuge supérstite merece una consideración especial que deriva igualmente del propio sentido de la institución: si se trata de cumplir con una función de asistencia *post mortem* de la que los legitimarios pueden estar necesitados, es evidente que el único caso en el que dicha función se conserva en la

³⁶ La *Loi n.º 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*, ha suprimido la *réserve* de los ascendientes del causante en el Derecho francés, aunque dejando intocados sus llamamientos a la sucesión legal. Así, véase la derogación del anterior artículo 914 del *Code civil*, que regulaba la extensión de dicha *réserve* de los ascendientes en defecto de descendientes, y la supresión de la expresión «*d'ascendant*» del artículo 916 del mismo *Code civil*, de tal manera que ahora quedan como reservatarios únicamente los descendientes y el cónyuge del difunto.

actualidad es en el del cónyuge que sobrevive, máxime si se tiene en cuenta que ese cónyuge suele ser en la mayor parte de los casos la mujer viuda ³⁷. A mayores, esta legítima estaría justificada, aparte de por sus también legítimas expectativas sucesorias, por la conveniencia de mantenerle en la medida de lo posible en el nivel de vida que tenía con anterioridad a la muerte del causante, cuestión esta última que, por ejemplo, se ha planteado con mucha insistencia por la doctrina francesa y cuya última manifestación ha sido, como veremos seguidamente, el reconocimiento de una *réserve* en su favor (art. 914-1 del *Code civil*).

En consecuencia, la legítima del cónyuge sobreviviente debería, manteniéndose desde el punto de vista cualitativo como derecho de contenido usufructuario, ser objeto de un incremento cuantitativo que afectara al supuesto de concurrencia con hijos o descendientes del causante, en el que, como hemos dicho, podría aumentarse su actual cuota que recae sobre el tercio de mejora (art. 834 CC) hasta una que alcance la mitad del caudal computable a efectos del cálculo legitimario, respecto de la que quedarían como nudo propietarios los propios descendientes dejándose la otra mitad de libre disposición y con el mantenimiento de una previsión específica de conmutación a instancia de los que en cada caso resultarían afectados por el gravamen usufructuario (art. 839 CC) ³⁸. En concurso con ascendientes del causante y concurriendo sólo a la sucesión, podrían mantenerse sin embargo las actuales cuotas usufructuarias de la mitad y de los dos tercios del caudal computable que se prevén respectivamente para estos supuestos en los artículos 837 y 838 CC.

³⁷ En el ámbito notarial se ha propuesto que, en el marco de una futura e hipotética libertad de testar absoluta, los supuestos de necesidad económica de descendientes y cónyuge del causante se canalicen a través de la creación de un derecho a alimentos *post mortem* a cargo de las personas que resulten beneficiarias de atribuciones a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, realizadas por el causante de la sucesión. Vid. CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, *op. cit.*, pp. 249 ss, especialmente, 259 ss.

Sin embargo, entendemos que la función que cumplirían tales alimentos ya la realiza la legítima, aunque esté desconectada de la existencia o no de esa necesidad vital, en cuyo fundamento concurren, sin perjuicio de otras, este tipo de justificaciones. No parece necesario, por tanto, recurrir a la creación de un mecanismo nuevo que precisamente por suponer la obligación de pago de una pensión a cargo de los beneficiados por la herencia del fallecido o por donaciones que hubiera realizado en vida conllevaría una complejidad añadida importante al sistema sucesorio. Vid. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar*, *op. cit.*, pp. 222 ss.

³⁸ Hay que destacar que, además, la modificación del artículo 1056 párrafo segundo CC por la Ley de la sociedad limitada Nueva Empresa ha dado lugar a que la facultad del testador para atribuir unitariamente una explotación económica o el control de una sociedad de capital pueda afectar también al cónyuge superviviente, pues la carga del adjudicatario de pagar en metálico la legítima se establece ahora con respecto a la correspondiente a «los demás interesados» y no sólo con respecto a «los demás hijos», como decía la redacción anterior del precepto. Con ello se habría introducido un nuevo supuesto de conmutación de

Por otro lado, hay que incidir en la importantísima función que cumple la legítima concurrente del cónyuge supérstite en la sucesión intestada en la medida en que le garantiza también en este tipo de sucesión la percepción de una participación mínima, no sólo cuando él mismo sea el heredero legal (art. 944 CC), en cuyo caso tendrá asegurada con caracteres de intangibilidad la cuota que le marca el artículo 838 CC ³⁹, sino en cualquier supuesto de concurso con parientes del causante en línea recta, antepuestos todos ellos actualmente en el orden de suceder *abintestato* (arts. 930 y siguientes CC), en los que tendrá derecho a percibir las cuotas referidas que establecen los artículos 834 y 837 CC ⁴⁰.

A través de la legítima viudal se matizan de forma muy relevante los llamamientos de descendientes y ascendientes como herederos legales, en principio absolutos, a toda la herencia y en plena propiedad, tal y como marcan los principios de la tradición sucesoria de origen romano recogidos por el Código Civil, y, consecuentemente, se revela innecesario el planteamiento de un hipotético futuro sistema de sucesión intestada que, a semejanza de lo que sucede en el Derecho francés, se fundamente en el establecimiento de cuotas concurrentes con el objetivo de hacer al cónyuge del causante partícipe en todo caso del reparto hereditario. El sistema francés está pensado para solucionar el problema de los derechos sucesorios del cónyuge en la sucesión legal ante la imposibilidad histórica en este ordenamiento jurídico de hacerle destinatario de una cuota mínima garantizada en todo caso en

la legítima del cónyuge, derivado directamente de la voluntad del testador y no de la de los herederos o legatarios que resulten afectados por el gravamen usufructuario, como sucede en el caso del artículo 839 CC. Así, LLOPIS GINER, J. M., *La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil*. (La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales. María José Reyes López (Coordinadora). Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2004. P. 62). En el mismo sentido, TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar, ...*, op. cit., p. 217.

Este supuesto de conmutación es además muy semejante al introducido por el artículo 102 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad aragonesa, contemporánea a la anterior, que regula los supuestos en que existan en la herencia «empresas o explotaciones económicas privativas» que se transmitan a hijos o descendientes del causante, sobre las que recaerá el usufructo viudal universal del cónyuge supérstite seguramente obstaculizando que se produzca una continuidad de las mismas conforme a criterios de eficiencia económica; de ahí que se posibilite también que su titular, futuro causante de la sucesión, ordene en testamento o escritura pública la «sustitución» de tal usufructo viudal del sobreviviente sobre dichas explotaciones por una renta mensual a cargo del descendiente que resulte finalmente adquirente de las mismas. Así, según la Exposición de Motivos de esta Ley 2/2003, XIII, «la preocupación por la adecuada gestión de los bienes se muestra ..., en la previsión específica respecto de las empresas y explotaciones económicas, que posibilita, por voluntad del premuerto titular de las mismas, que su gestión incumba a sus hijos o descendientes, con sustitución del usufructo por una renta a favor del viudo».

³⁹ Sobre su operatividad en este supuesto, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 330 ss.

⁴⁰ *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 323 ss.

concepto de *réserve*, pues lo impide el propio sentido de esta institución, con origen en las comunidades familiares germánicas que no eran sino comunidades «de sangre» que se vinculaban a un patrimonio y a las que el cónyuge de la persona fallecida, por definición, no pertenece ⁴¹.

Esta fundamentación histórica de la *réserve* francesa se ha roto con la ley de 3 de diciembre de 2001, que por primera vez ha incluido al cónyuge en el círculo de reservatarios, pero sólo parcialmente, pues, como dijimos, el nuevo artículo 914-1 del *Code civil* le ha reconocido una cuota por este concepto, en concreto a un cuarto de la herencia en plena propiedad, únicamente con carácter subsidiario, en un principio en defecto de descendientes y ascendientes del causante ⁴², y, desde la reforma operada en el *Code civil* por obra de la ley de 23 de junio de 2006 que suprime la *réserve* de los ascendientes, en defecto de descendientes; con lo cual el problema de su participación sucesoria en la sucesión legal en concurso con estos descendientes herederos antepuestos en el orden de llamamientos y excluyentes de su carácter de reservatario se sigue teniendo que resolver por medio de un sistema de cuotas concurrentes que, al no estar garantizadas como *réserve*, continúan dejándole en una situación mucho más desprotegida que la que alcanza con el sistema de nuestro Código Civil ⁴³.

⁴¹ Vid. CATALA DE ROTON, M. C., *Les successions entre époux*. Economica. Paris, 1990, pp. 258 y ss.

Frente a la legítima de origen romano acogida por nuestro Código Civil, que se configura como un límite a la libertad de testar y, por tanto, como algo excepcional (*pars debita*), la *réserve* germánica constituye la regla general en el sentido de que la herencia «se reserva» o atribuye directamente por la ley a los miembros de la comunidad familiar «de sangre» excepto en la parte de libre disposición, pues se parte de la consideración de que *a priori* ya les pertenece (*pars reservata*). Vid., por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XI, Artículos 806 a 857 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, pp. 1 ss.

⁴² Vid. FORGEARD / CRÔNE / GELOT, *La réforme des successions, ..., op. cit.*, pp. 50 ss. Sobre el proceso que ha llevado en Francia a este reconocimiento, PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 264 ss, especialmente, 267 ss.

⁴³ En la misma línea, el artículo 773 del proyecto de Código Civil español de 1851 se apartó de la tradición castellana articulando la sucesión intestada del cónyuge a través de un sistema de cuotas concurrentes, que en aquel momento no existía todavía en el Derecho francés, y excluyéndole del círculo de legitimarios. En definitiva, una solución original pero que como era de esperar no cuajó finalmente existiendo como existía en el ámbito territorial en que iba a regir el nuevo cuerpo legal una tradición histórica propia de legítima romana, que sí permite hacer al cónyuge destinatario en todo caso de una cuota mínima garantizada, e, igualmente, de sucesión intestada romana, basada en el establecimiento de un orden de llamamientos en principio a toda la herencia y en plena propiedad. Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 30 ss., para el proyecto de García Goyena, y 170 ss., con la situación del Derecho francés en este punto durante el siglo XIX.

2. TENDENCIAS LEGISLATIVAS

2.1 SU INCIDENCIA EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA: LAS LEYES 7/2003, DE 1 DE ABRIL, DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA, Y 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La configuración con carácter general de la legítima del Código Civil como una *pars bonorum* (art. 806 CC), es decir, como el derecho a recibir una porción de bienes del caudal relicto una vez realizadas las operaciones de cálculo a que se refiere el artículo 818 CC ⁴⁴, ha ido determinando la necesidad de llevar a cabo una flexibilización de la institución que evite tener que cumplir efectivamente en todo caso con esta obligación de pago en bienes de la herencia en atención a otros intereses que se consideran preferentes, pues la redacción originaria del Código Civil sólo admitía contadas excepciones a este principio, señaladamente, la conmutación de la legítima del cónyuge superviviente conforme al artículo 838 CC, artículo 839 CC desde la reforma de 24 de abril de 1958, y la de los hijos a que se refería el antiguo artículo 1056 párrafo segundo CC.

Así, la voluntad del legislador de atemperar en este sentido la rigidez del sistema legitimario se manifestó de forma importante con la introducción por la ley de 13 de mayo de 1981 de la posibilidad de que el testador adjudique todo o parte de su patrimonio a alguno o algunos de sus descendientes con la consecuente obligación para éstos, en caso de aceptar la adjudicación, de pagar en metálico la legítima de los demás legitimarios (arts. 841 a 847 CC), y se ha vuelto a materializar en la misma línea a través de dos leyes que, habiendo incidido igualmente en aspectos importantes de la institución, lo han hecho afectando a supuestos muy concretos, consecuencia de los objetivos mucho más amplios asumidos por ambas reformas legislativas y, por tanto, sin la visión de conjunto con la que seguramente habría que haber abordado su modificación.

Por un lado, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, que asumió como finalidad corregir las rigideces a las que está sometida la empresa desde el punto de vista de su sistema de financiación y de su sistema corporativo, aprovechó la

⁴⁴ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 289 ss, especialmente, 298 ss.

ocasión para, a pesar de la falta de contenido sucesorio de la norma, modificar el artículo 1056 párrafo segundo CC permitiendo que el padre que quiera mantener indivisa su empresa o conservar el control de una sociedad no sólo pueda atribuírsela unitariamente a uno solo de sus hijos con la carga de pagar en metálico la legítima de los demás interesados, que carecerá de la opción del artículo 842 CC de pagar en bienes hereditarios, sino también que disponga un aplazamiento para el pago de este dinero, que puede ser extrahereditario, durante un tiempo de hasta cinco años a contar desde que se produzca su fallecimiento ⁴⁵.

Con ello se ha facilitado la sucesión empresarial tomándose partido de nuevo por la conservación de la empresa familiar sobre el derecho de los legitimarios a percibir en pago de su legítima bienes hereditarios (art. 806 CC), con lo cual esta reforma nos ha situado ante una mayor probabilidad de encontrarnos ante legítimas que se aparten de la regla general que representa su configuración como *pars bonorum* asumiendo la que representa la tesis de la *pars valoris bonorum* ⁴⁶, pues los legitimarios no adjudicatarios de la explotación empresarial adquirirán, al igual que en el caso en el que la conmutación de la legítima se realiza conforme a los artículos 841 y ss CC ⁴⁷, o, tratándose de la del cónyuge supérstite, conforme al artículo 839 CC ⁴⁸, derecho a un crédito garantizado hasta que se produzca su pago con los propios bienes de la herencia, que quedan afectos a dicho pago como consecuencia de la función de garantía que con carácter general debe entenderse que cumplen a raíz de lo dispuesto en el propio artículo 806 CC. Esta idea parece reflejarse además en el mismo artículo 1056 párrafo segundo CC cuando dice que «si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia» ⁴⁹.

⁴⁵ Además, la partición que se realice conforme a estos criterios no tiene que ser confirmada por los hermanos no adjudicatarios, como sí exige el artículo 843 CC, ni éstos gozan de las garantías a que se refiere el artículo 844 párrafo primero CC (las del legatario de cantidad del artículo 884 CC, o, lo que es lo mismo, el derecho a percibir intereses si así lo estableció el testador).

⁴⁶ Vid. ROCA SASTRE, R. M.^a, *Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la «debita pars valoris bonorum»*. (RDP, 1944, pp. 185 ss, especialmente, 194 ss.).

⁴⁷ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Tecnos. Madrid. 1989, pp. 73 y 74, 240 ss.

⁴⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada, op. cit.*, pp. 312 ss.

⁴⁹ La legítima de los no adjudicatarios no llega a convertirse en estos casos, por tanto, en un simple derecho de crédito. Vid. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar, ...*, op. cit., pp. 202 y 203. En la misma línea, aunque no de manera clara, dice que la legítima en este supuesto «se acerca» a la *pars valoris*, RUEDA ESTEBAN, L., *La modificación del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil*. (Cuadernos de Derecho y Comercio, 2003, núm. 39, p. 137).

De otra parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha alterado también de forma importante el sistema legitimario en atención del interés de los discapacitados a través de diversas medidas: la modificación de los artículos 782, que permite ahora que las sustituciones fideicomisarias graven la legítima estricta a favor de un descendiente judicialmente incapacitado, que, según el nuevo artículo 808 párrafo tercero CC, podrá quedar como fiduciario al que se le atribuya el disfrute vitalicio de la totalidad de la legítima siendo sus colegitimarios los fideicomisarios ⁵⁰; 822, que excluye del cómputo en el cálculo de la legítima a las donaciones y legados realizados en favor de legitimarios con discapacidad consistentes en un derecho intransmisible de habitación sobre la vivienda habitual en la que convivían con el causante en el momento de su fallecimiento ⁵¹; 831, que permite, entre otras cosas, que el cónyuge o conviviente superviviente fiduciario mejoren al descendiente común discapacitado con cargo al tercio de libre disposición de la herencia del causante y paguen la legítima estricta que corresponda a los hijos comunes sobre dicha herencia del progenitor premuerto con bienes propios (no pertenecientes al caudal hereditario)⁵², y, por último, 1041 CC, al que se le ha añadido un párrafo segundo en virtud del cual se dispensa de colación a los gastos realizados por los padres con el objetivo de cubrir las necesidades especiales de los hijos discapacitados ⁵³.

⁵⁰ En el mismo sentido, la modificación del artículo 813 párrafo segundo CC. Sobre el tema, DÍAZ ALABART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente* (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), RDP, 2004, pp. 259 ss.; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., *La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*, AC, 2004, núm. 4, pp. 361 ss.; LEÑA FERNÁNDEZ, R., *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, XX-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 187 ss.

⁵¹ Además, se concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal consistente también en un derecho intransmisible de habitación sobre la vivienda habitual en la que convivía con el causante al tiempo de su fallecimiento, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, y todo ello sin perjuicio de las atribuciones preferenciales a que tiene derecho el cónyuge superviviente según los artículos 1406 y 1407 CC, que coexistirán en su caso con el derecho de habitación del discapacitado. Sobre ambas cuestiones, RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *La reforma del derecho de sucesiones ...*, op. cit., pp. 365 ss.; LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, op. cit., pp. 205 ss.

⁵² Vid. LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, op. cit., pp. 240 ss.

⁵³ No se olvide que la finalidad de la colación de los artículos 1035 ss. CC es igualar a todos los legitimarios concurrentes de una misma clase, por ejemplo, descendientes, en cuanto al cobro de su legítima, muy distinta, por tanto, a la que se persigue incluyendo las donaciones en la base de cálculo de dicha legítima según el artículo 818 CC. Vid. TORRES GARCÍA, T. F., *La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos*

Pues bien, por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la legítima, habría que destacar tres cuestiones fundamentales que pueden plantearse desde la entrada en vigor de esta Ley, a saber:

– Primero, la desaparición de la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta de los descendientes en la hipótesis de que los colegitimarios del incapacitado judicialmente, fiduciario al que se le haya atribuido la totalidad de dicha legítima estricta, fideicomisarios con respecto a éste (art. 808 párrafo tercero CC), no consigan sobrevivirle y, por tanto, no lleguen a disfrutarla, en cuyo caso es evidente que esa intangibilidad cualitativa no se limita o grava temporalmente sino que para tales fideicomisarios premuertos desaparece ⁵⁴.

– Segundo, que, no obstante lo anterior, no es posible admitir que el fideicomiso constituido por el testador a favor del descendiente incapacitado pueda configurarse como «de residuo» ⁵⁵, pues ello atentaría directamente contra la intangibilidad cuantitativa del derecho de los demás legitimarios: no habiendo dispuesto nada al respecto el legislador de 2003, procede una interpretación estricta de las facultades concedidas al causante en este sentido que viene impuesta por la propia esencia de la legítima como instituto de derecho necesario, regido por normas imperativas y, en consecuencia, de carácter indisponible más allá de los límites expresamente previstos ⁵⁶.

– Tercero, la introducción de una nueva desviación con respecto a la regla general que representa la configuración de la legítima como *pars bonorum* (art. 806 CC), pues si el nuevo artículo 831 CC permite que el cónyuge o conviviente supérstite fiduciario paguen la de los descendientes sobre el patrimonio del premuerto con bienes propios, extrahereditarios, por tanto, es evidente que su derecho en estos casos no es a una porción de la masa de bienes que sirva de base para efectuar el cálculo de tal legítima. Podría pen-

o descendientes discapacitados. (Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados. Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela, 2005, pp. 341 ss).

⁵⁴ Sin perjuicio de que el derecho a la porción legitimaria que les corresponda pase a sus propios herederos (art. 784 CC). En este sentido, DÍAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta ...*, op. cit., pp. 261, 268 y 270; LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, op. cit., p. 203.

⁵⁵ Sobre la base del artículo 783 párrafo segundo CC: «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, ..., salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

⁵⁶ En este sentido, DÍAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta ...*, op. cit., pp. 262 y 263; LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, op. cit., pp. 195 y 200.

sarse de nuevo en que los legitimarios que reciban en pago de su derecho estos bienes propios del cónyuge o conviviente sobrevivientes le verán transformado en una *pars valoris bonorum*, en la medida en que pueda entenderse que se convierte en un crédito cuyo pago se materializa en ese tipo de bienes (un equivalente no pecuniario), pero garantizado con el patrimonio hereditario del causante como consecuencia de la aplicación también a este supuesto de la función de afección que dicho patrimonio cumple a estos efectos con carácter general (art. 806 CC).

En definitiva, todo ello viene a ser representativo de la tendencia cada vez más acentuada que existe hacia la consecución de una flexibilización del sistema legitimario que permita facilitar la efectividad de las atribuciones patrimoniales que en cada caso correspondan, bien sea como consecuencia de la necesidad de soportar un gravamen sobre las mismas en atención del interés preferente de determinadas personas (incapacitados), bien sea mediante el pago de su valor en dinero en un período de tiempo bastante dilatado tras la muerte del causante o en bienes extrahereditarios en supuestos en que los intereses en conflicto aconsejan este tipo de transformaciones (sucesión empresarial o protección de discapacitados, respectivamente).

En este marco, la posibilidad de que la legítima del cónyuge sobreviviente sea conmutada a instancia de los herederos o legatarios que en cada caso queden afectados por el gravamen usufructuario, por una renta vitalicia, un capital en efectivo o los productos de determinados bienes (art. 839 CC), recobra un nuevo significado que permite plantearse incluso la posibilidad de que esta facultad de solicitar la conmutación sea concedida al propio cónyuge con carácter general, es decir, sin estar condicionada a supuestos de concurrencia con «hijos sólo del causante» o no comunes (art. 840 CC), y a semejanza en este sentido de la regulación introducida por la ley de 3 de diciembre de 2001 en el Derecho francés en relación con el usufructo universal que se le concede en la sucesión intestada en concurso con descendientes comunes (arts. 759 a 762 del *Code civil*)⁵⁷.

⁵⁷ Cabría plantearse incluso la posibilidad de una modificación de la configuración general de la legítima, en principio *in natura*, en legítima en valor. En esta línea, el artículo 249.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, dice que «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor». Contemporáneamente, la modificación operada en el Derecho francés por obra de la *Loi núm. 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*, que ha introducido un nuevo artículo 912 en el *Code civil*, con el que se inicia la Sección 1 del Capítulo III del Título II de su Libro III, dedicada a la regulación de la «porción de bienes disponible», en el que se define la reserva hereditaria como «*la part des biens et droits successoraux*» que la ley garantiza a determinados herederos llamados reservata-

2.2 MODIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA LEGÍTIMA VIUDAL: LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

2.2.1 *Introducción*

El «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, ha reformado «la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil» en lo relativo a los presupuestos subjetivos que determinan la procedencia de su legítima (arts. 834 y 835 CC⁵⁸), y, según hemos visto, de su llamamiento hereditario a la sucesión intestada (art. 945 CC).

Con ello se ha conseguido acabar con los problemas interpretativos que suscitaba el anterior artículo 945 CC, en materia de sucesión intestada, en conexión con el también anterior 834 CC, referido a la legítima viudal, pues mientras el primero, procedente de la reforma de 13 de mayo de 1981, determinaba que el llamamiento hereditario del cónyuge no se producía en casos de separación judicial o de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente, el segundo, intocado desde la reforma de 24 de abril de 1958, mantenía el derecho a legítima del cónyuge supérstite cuando, a pesar de existir una separación judicialmente decretada, ésta lo hubiera sido «por culpa del difunto», y no contemplaba la separación de hecho como causa de no adquisición de dicho derecho a legítima⁵⁹. Tratándose de instituciones distintas, sucesión intestada y legítima, concebidas en función de fundamentos y naturalezas distintas, entendimos que estaba justificado que se mantuviera una regulación diferenciada para cada una de ellas⁶⁰, aunque particularmente

rios. En concreto, el artículo 924 párrafo primero del mismo *Code civil* dice ahora que «*Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent*», es decir, que si el causante se excede de la parte de libre disposición lo que procede no es reducir las disposiciones hasta el límite marcado por la ley sino indemnizar a los reservatarios por ese concepto.

⁵⁸ Aplicables a cualquier supuesto de concurrencia sucesoria y no sólo al de concurso con hijos o descendientes del causante a que se refiere el artículo 834 CC, de igual manera que sucedía con anterioridad a la reforma. No obstante, razones de buena técnica jurídica deberían haber desembocado en una especificación al respecto. En este sentido, la propuesta, con relación al texto del Anteproyecto de Ley, de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNA-RRRAGA, L., *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*. VVAA. Asociación Española de Abogados de Familia - Dykinson. Madrid, 2005, p. 89.

⁵⁹ Vid. SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 (R. J. A. núm. 484), en la que se mantiene el derecho a legítima del cónyuge supérstite en caso de separación de hecho por mutuo acuerdo que constaba fehacientemente. Sobre esta interpretación del anterior artículo 834 CC, que sigue lo marcado por la famosa Resolución de la DGRN de 25 de junio de 1997 (R. J. A. núm. 4571), PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 406 ss., especialmente, 409 ss.

⁶⁰ *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 411 y 412.

no lo estaban diversos aspectos de aquel régimen jurídico que, afortunadamente y según pasamos a ver seguidamente, han quedado superados con la reforma de 2005.

2.2.2 Separación judicial

Por lo que se refiere a la separación judicial, la Ley 15/2005 ha suprimido la desfasada referencia que contenía el anterior artículo 834 CC a la «culpa» del causante como condicionante de la adquisición del derecho a legítima en el cónyuge supérstite separado judicialmente, de tal manera que si la separación se había producido «por culpa del difunto» el sobreviviente conservaba su derecho. Ello no constituía sino una reminiscencia de un sistema de separación de base culpabilista que la Ley 30/1981, de 7 de julio, no consiguió desterrar, y que el legislador de 2005 ha asumido como objetivo prioritario plasmándose en este ámbito a través de la desaparición de esta mención ⁶¹.

La reforma del precepto en cuestión era urgente, como defendimos en su momento, pues no podía sostenerse directamente su inaplicación en este punto con base en la realidad social del tiempo en que había de ser aplicada la norma en la medida en que este criterio hermenéutico debe entenderse subordinado al que determina la aplicación de dicha norma de acuerdo con su «espíritu y finalidad», al que habrá de atenderse «fundamentalmente» (art. 3.1 CC) y respecto del que no cabían dudas, y menos tratándose de una disposición que afectaba a una institución de derecho necesario como es la legítima. Consecuentemente, la referencia a la «culpa del difunto» que se contenía en el artículo 834 CC había únicamente que reinterpretarse bajo la óptica los principios instaurados en el Código Civil por la Ley 30/1981 y así mantener su aplicación en el supuesto –improbable, dado el constante recurso de los tribunales a la desaparición de la *affectio maritalis*– de que la sentencia de separación contuviera algún pronunciamiento en este sentido o el proceso se hubiera fundamentado en alguna de las causas de separación de carácter culpable contenidas en el también anterior artículo 82 CC ⁶². De hecho, la Resolución de la Dirección General

⁶¹ Así, el derecho a no continuar casado ya no se hace depender de la concurrencia de una causa de separación (antiguo artículo 82 CC, hoy sin contenido) sino únicamente de la voluntad de uno o ambos cónyuges: «la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud». Cfr. Exposición de Motivos.

⁶² Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 360 ss., especialmente, 371 ss.

En este sentido, la crítica favorable de la doctrina a la actuación del legislador de 2005, a pesar de que se haya olvidado de suprimir, coherentemente, el hecho de que la separación

de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 2005 declaró, ante una separación judicial declarada sobre la base del incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales del marido (antiguo artículo 82.1ª CC), que la esposa sobreviviente conservaba su derecho a legítima según resultaba «palmariamente» del artículo 834 CC ⁶³.

Por otro lado, la Ley 15/2005 ha suprimido también el antiguo artículo 835 párrafo primero CC, que regulaba los supuestos de litispendencia en procesos de separación conyugal al tiempo de producirse la muerte de uno de los cónyuges determinando la necesidad de esperar al resultado del pleito, que habría de ser continuado por los herederos del premuerto, para, se supone, determinar la procedencia o no del derecho a legítima del sobreviviente.

Habiendo desaparecido la necesidad de determinar al «culpable» de la separación a efectos de mantener o no este derecho legítimo y habiéndose incluido, como veremos seguidamente, la situación de separación de hecho como causa de no adquisición del mismo derecho, carecía de sentido mantener la necesidad de continuar el pleito por parte de los herederos del causante de la sucesión para esperar a su «resultado», pues ni hay que determinar ya si hubo un supuesto «culpable» de la crisis conyugal, ni la misma hace falta que se materialice en una resolución judicial bastando a estos efectos la situación de separación de hecho, en la que hay que suponer se encontrarían tales cónyuges que habían pedido la judicial, que además podrá ser probada por cualquier medio.

Es cierto que el artículo 102.1º CC anuda la cesación de presunción de convivencia conyugal a la admisión y no simple presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, no obstante lo cual es muy difícil pensar en supuestos en que los cónyuges hayan simplemente pedido la separación judicial o, incluso, se haya admitido a trámite la demanda, en los que se mantenga sin embargo una situación de convivencia propiamente

o el divorcio sean imputables al donatario como causa de revocación de las donaciones por razón de matrimonio (art. 1343 párrafos segundo y tercero CC). Vid. CRESPO ALLUÉ, F., *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, (Ley 15/2005, de 8 de julio), VVAA, Director: Vicente Guilarte Gutiérrez, Lex Nova, Valladolid, 2005, Comentarios del nuevo artículo 834 CC, pp. 239 y 240; ZARRALUQUI, *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*, op. cit., p. 73.

⁶³ Así, según el Fundamento de Derecho 2., «es cierto, ..., que hoy día la idea de la separación-sanción se va sustituyendo por la de separación remedio u objetiva, pero no puede dejarse de lado que en nuestro Código Civil persisten uno y otro sistema, y la generalidad de la doctrina es concorde en el sentido de que la causa recogida en el artículo 82.1ª es una causa que sigue el primero de los sistemas, por lo que el cónyuge fallecido ha sido declarado culpable de la separación por la sentencia que decretó la misma, y, en consecuencia, su viuda conserva los derechos legítimos como resulta palmariamente del artículo 834 del Código Civil». Cfr. R. J. A. núm. 3479.

conyugal que impida hablar de cese efectivo de la misma (no incompatible con la vida en el mismo domicilio), y, por tanto, de separación de hecho ⁶⁴.

2.2.3 Separación de hecho

La introducción de una nueva regulación por la Ley 15/2005 en relación con el papel de la separación de hecho o cese efectivo de la convivencia conyugal en el ámbito sucesorio ha determinado que esta situación deje de actuar únicamente como presupuesto subjetivo, y además con carácter restringido, de la sucesión intestada, para pasar a condicionar ambos derechos sucesorios legales del cónyuge superviviente, su condición de heredero legal y su condición de legitimario, y sin ninguna restricción, pues por un lado se ha incluido como causa de exclusión del derecho a legítima (art. 834 CC) ⁶⁵,

⁶⁴ Se plantea, sin embargo, esta posibilidad, ZARRALUQUI, *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*, *op. cit.*, p. 73.

A efectos de sucesión intestada, recuérdese que el nuevo artículo 945 CC excluye el derecho a suceder del cónyuge que sobrevive existiendo también una situación de separación de hecho al tiempo del fallecimiento del causante, sin más requisitos, por lo que no hay tampoco necesidad de una disposición que determine la continuación a estos efectos del pleito de separación que se queda pendiente con la muerte de uno de los cónyuges. Sobre la situación anterior en este punto a la reforma de 2005, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 377 ss.

La misma conclusión se impone en caso de que la litispendencia se plantee con respecto a un proceso de divorcio, al que tras la reforma de 2005 es muy probable que se acuda directamente, sin separación judicial previa (arts. 81 y 86 CC), pues también en estos casos la presunción de cesación de la convivencia conyugal (art. 102.1º CC) llevará directamente a excluir los derechos sucesorios del superviviente. En este sentido, CRESPO ALLUÉ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, ..., *op. cit.*, Comentarios del nuevo artículo 834 CC, pp. 244 y ss, y Comentarios del nuevo artículo 945 CC, pp. 291 y 292.

⁶⁵ La nueva redacción del artículo 834 CC procede directamente del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de septiembre de 2004, habiéndose mantenido intacta a lo largo de toda la tramitación parlamentaria a pesar de la formulación de enmiendas en relación precisamente con el tema de la separación de hecho. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 16-1, 1 de diciembre de 2004, p. 4, para el Proyecto de Ley 121/000016; Núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 52, con la enmienda número 84, formulada por el Grupo Parlamentario Popular, que pretendía no tener en cuenta la separación de hecho a efectos de la legítima viudal alegando las dificultades de prueba que puede acarrear esta situación; núm. 16-10, 12 de abril de 2005, pp. 59, 60 y 63, con el Informe de la Ponencia en el que no se acepta la proposición anterior, y núm. 16-12, 19 de abril de 2005, pp. 73 y 74, con el Dictamen de la Comisión de Justicia y el mantenimiento de la enmienda formulada para su defensa ante el Pleno, respectivamente. Tal defensa se encuentra en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2005, núm. 242, pp. 10 y 12, donde se vuelven a poner de manifiesto las posibles dificultades de prueba que conlleva una situación de separación de hecho, y p. 15, con la réplica en contra de la aceptación de la enmienda sobre la base de su contradicción con el espíritu del entonces Proyecto de Ley. Consecuentemente, se aprueba en los términos del Dictamen. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 16-13, 6 de mayo de 2005, p. 80.

Para el Senado, cfr. BOCG, Senado, Serie II, Núm. 14(c), 26 de mayo de 2005, p. 25, con la enmienda número 30 del Grupo Parlamentario Popular, que reproduce la del Con-

y por otro han desaparecido los requisitos que anteriormente habían de acompañarla para que funcionara como presupuesto de no atribución del derecho del cónyuge a ser heredero intestado, que fuera de mutuo acuerdo y que constara fehacientemente (art. 945 CC) ⁶⁶.

Con ello se ha conseguido reafirmar el papel de la separación de hecho desde el punto de vista sucesorio en cuanto determinante de la desaparición de la comunidad de vida que justifica la sucesión entre cónyuges, también en el caso de la legítima, pues también en relación con ella la separación de hecho supone la inexistencia del fundamento de su atribución al cónyuge sobreviviente: ambos derechos tienen un presupuesto convivencial, no conyugal, que deriva de la existencia de una presunción de afecto en el caso de la sucesión intestada y de un supuesto deber moral de asistencia en el caso de la legítima que desaparecen ante cualquier situación de ruptura de los cónyuges ⁶⁷.

El criterio del legislador de 2005 ha de elogiarse particularmente en relación con la desaparición de los requisitos que anteriormente habían de concurrir en la situación de separación de hecho para que la misma pudiera generar el efecto de excluir al superviviente de la sucesión legal del premuerto y, lógicamente, ha de valorarse en el mismo sentido por no haber sido reproducidos ahora con relación a la legítima. Como consideramos en su momento, el mutuo acuerdo de los cónyuges a propósito de la separación de

greso; núm. 14(e), 17 de junio de 2005, pp. 39 y 41, con su mantenimiento como Voto Particular para su defensa ante el Pleno ante su no aceptación por el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comisión de Justicia, y núm. 14(f), 29 de junio de 2005, pp. 47 y 48, con el Texto aprobado, igual al del Congreso. Cfr. la aprobación definitiva por este último en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-15, 5 de julio de 2005, p. 101.

⁶⁶ La reforma del artículo 945 CC no estaba prevista en el citado Proyecto de Ley. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-1, 1 de diciembre de 2004, p. 4. El origen de su toma en consideración en la tramitación parlamentaria se encuentra en la formulación de la enmienda número 49, de adición, por el Grupo Parlamentario Socialista, en la que se propuso dar una nueva redacción al artículo 945 CC que suprimiera los requisitos aludidos que entonces se requerían en torno a la separación de hecho alegándose para ello únicamente la necesidad de unificar criterios a este respecto en relación con la sucesión testamentaria, cuando la legítima, como sabemos, es una institución que opera por igual en la sucesión testada e intestada. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 37. Véase también, para el Congreso, el núm. 16-10, 12 de abril de 2005, pp. 59, 60 y 64, con el Informe de la Ponencia que acepta la enmienda; el núm. 16-12, 19 de abril de 2005, p. 73, con el Dictamen de la Comisión de Justicia, y el núm. 16-13, 6 de mayo de 2005, p. 81, con la aprobación por el Pleno.

Para el Senado, sin variaciones, cfr. BOCG, Senado, Serie II, núm. 14(f), 29 de junio de 2005, p. 48, con el Texto que resulta aprobado. Por último, con la aprobación definitiva del Congreso, cfr. BOCG, Congreso de los diputados, Serie A, núm. 16-15, 5 de julio de 2005, p. 101.

⁶⁷ Así lo defendí de *lege ferenda* en *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 406 ss, especialmente, 414 y 415.

hecho debía suprimirse con base en que la sola existencia de esta situación es significativa por sí misma de la desaparición del fundamento que justifica la sucesión del supérstite, de la *affectedio maritalis*, aunque haya sido provocada unilateralmente por cualquiera de ellos ⁶⁸. Por su parte, la referencia a la constancia fehaciente de la situación de crisis conyugal, que estimamos que debía de poder acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho ⁶⁹, ha sido suprimida seguramente por considerarse que, interpretada en este sentido, era superflua, pues si la separación de hecho se configura como un requisito que condiciona la atribución de un derecho la existencia de este requisito habrá lógicamente de probarse en caso de conflicto sin necesidad de que lo diga una norma de forma expresa ⁷⁰.

En cualquier caso, hay que incidir en el hecho de que lo que el legislador considera relevante a efectos de la privación de derechos sucesorios legales en el cónyuge supérstite es la existencia, al tiempo del fallecimiento del causante, de una situación de separación de hecho entendida 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 *affectedio maritalis*, lo cual es compatible con el mantenimiento por diversos motivos de la convivencia en el mismo domicilio (antiguo art. 87 CC, hoy derogado) e independiente de su duración en el tiempo.

⁶⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 394 y ss.

⁶⁹ Vid. op. ult. cit., pp. 397 ss. Como dijo la SAP de Burgos de 26 de enero de 2001 (R. J. A. núm. 82950) ante un caso en el que se pretendía que la constancia fehaciente de la separación de hecho fuera equivalente a constancia documental, «por fehaciente ha de considerarse lo que hace prueba por sí mismo, con tal fuerza y capacidad de convicción que excluye cualquier duda o razonamiento contrario, ...» (Fundamento de Derecho segundo).

⁷⁰ El artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón mantiene una disposición idéntica a la contenida en la versión anterior del artículo 945 CC en cuanto a la concurrencia de ambos requisitos. Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *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 Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003)*. (Revista de Derecho Civil Aragonés, 2001/2002, VII-VIII, pp. 233 ss., especialmente, 246 ss., en las que se pone de manifiesto cómo la constancia fehaciente de la separación de hecho quedó acreditada en el caso que da lugar a la sentencia referida a través de una escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges renunciaron de forma recíproca a sus derechos de viudedad y acordaron fijar libremente su respectivo domicilio: en estas condiciones, la situación de separación de hecho se prolongó durante los quince años previos a la muerte de uno ellos). Curiosamente, el artículo 94 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad aragonesa no ha recogido la separación de hecho como causa de extinción del derecho de viudedad.

2.2.4 *Reconciliación conyugal*

Finalmente, la Ley 15/2005 ha incidido en otro aspecto atinente a los presupuestos subjetivos que determinan la atribución de derechos sucesorios al cónyuge superviviente: la reconciliación conyugal que se produce tras una separación judicial y que, como sigue diciendo de manera completamente superflua el artículo 835 CC (antiguo art. 835 párrafo segundo CC), da lugar a que el sobreviviente conserve su derecho a legítima.

Con la reforma de este precepto el legislador se ha limitado a eliminar la también superflua referencia que se hacía al perdón de los cónyuges ⁷¹, y a introducir, como consecuencia de la aceptación en el Congreso de la enmienda número 65, formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), la necesidad de que la reconciliación sea notificada al juzgado que conoció de la separación, «de conformidad con el artículo 84 de este Código», para que posteriormente pueda producir los aludidos efectos sucesorios ⁷².

Con ello no hace sino seguir reiterándose lo que ya se dispone con carácter general a efectos de reconciliación conyugal en dicho artículo 84 CC, que la reconciliación deja sin eficacia las consecuencias jurídicas que hubiera generado la separación judicial anterior: no hace falta que se diga específicamente que «el sobreviviente conservará sus derechos» relativos a la legítima pues ello, al igual que cualquier otro derecho que pudiera corresponderle, por ejemplo, el llamamiento a la sucesión intestada, no constituye sino una consecuencia más de que se produzca la

⁷¹ Su diferencia con respecto a la reconciliación parecía estar en la unilateralidad de la conducta de uno de los cónyuges aunque en la práctica era equivalente a una reconciliación, pues sólo el perdón que daba lugar a una reanudación de la vida matrimonial podía considerarse relevante a efectos de que el superviviente conservara su derecho a legítima. Además, estaba estrechamente ligado a un sistema culpabilista de separación, hoy totalmente destruido. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 385 y 386.

⁷² Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 44. El Proyecto de Ley 121/000016 sólo preveía en este punto la supresión de la referencia al «perdón» del cónyuge separado que se contenía en el anterior artículo 835 CC Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-1, 1 de diciembre de 2004, p. 4. La aceptación y mantenimiento de la enmienda a lo largo de la tramitación parlamentaria en el Congreso puede verse en los núm. 16-10, 12 de abril de 2005, pp. 60 y 63, con el Informe de la Ponencia; 16-12, 19 de abril de 2005, p. 73, con el Dictamen de la Comisión de Justicia, y 16-13, 6 de mayo de 2005, p. 81, con la aprobación por el Pleno.

Para el Senado, sin ninguna modificación, cfr. BOCG, Senado, Serie II, núm. 14(f), 29 de junio de 2005, p. 48, con el Texto aprobado. Finalmente, la aprobación definitiva del Congreso en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-15, 5 de julio de 2005, p. 101.

La misma propuesta la encontramos, en relación con el texto del Anteproyecto de Ley, en ZARRALUQUI, *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

reanudación de la vida matrimonial con anterioridad a la muerte de uno de los cónyuges; estaremos, en definitiva, ante efectos directos de la reconciliación ⁷³.

Además, y según parece estar en el ánimo del legislador, se imposibilita que las llamadas reconciliaciones tácitas, no puestas en conocimiento del juez que conoció de la separación por «ambos cónyuges separadamente», según la nueva redacción del artículo 84 CC, generen el aludido efecto de la conservación de la legítima del supérstite aun a pesar de haberse producido una reanudación efectiva de la vida conyugal ⁷⁴.

Ello sí era posible que sucediera antes de la reforma si conseguía ser suficientemente probado ⁷⁵, y, en mi opinión, debería de haber seguido posibilitándose con base en la opinión doctrinal mayoritaria que considera que la notificación al juez de la reconciliación producida constituye un deber jurídico de los cónyuges pero no es constitutiva de la misma, que se produce directamente como consecuencia de la reanudación plena de la vida conyugal por voluntad de ambas partes ⁷⁶. El legislador de 2005 ha exigido para la conservación de la legítima del cónyuge separado judicialmente que la reconciliación se notifique al juzgado en una opción clara por la seguridad jurídica, modificando sólo a estos efectos la naturaleza de la notificación ⁷⁷, y siendo incoherente con su propia

⁷³ La reforma del artículo 835 CC debería de haber consistido por ello simplemente en su supresión. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, p. 388. A mayores, téngase en cuenta que la posibilidad establecida por la misma Ley 15/2005 de que los cónyuges acudan directamente al divorcio, sin necesidad de separación judicial previa, ha de determinar forzosamente que los casos de reconciliación de cónyuges separados sean muy residuales. *Cfr.* artículos 81 y 86 CC

⁷⁴ La justificación de la enmienda fue precisamente evitar la controversia sobre la efectividad de la reconciliación cuando no se notifica al juzgado. *Cfr.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 44.

⁷⁵ Las reconciliaciones tácitas generaban un problema de prueba de que efectivamente se habían producido como tales y no como simples intentos de reconciliación, recayendo su carga como es lógico en el cónyuge supérstite separado judicialmente que pretendiera conservar el derecho a legítima. Fue el caso de la SAP de Valencia de 5 de mayo de 1999 (*R. J. A.* núm. 5352), en el que la reconciliación no notificada había supuesto una reanudación de la vida conyugal durante los trece años previos al fallecimiento de uno de los cónyuges. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 388 y 389.

⁷⁶ La notificación de la reconciliación facilitará su prueba pero no es un requisito para su validez y eficacia. Por todos, TENA PIAZUELO, I.: *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2000, pp. 194 ss.

La exigencia de notificación «separada» por parte de ambos cónyuges según el actual artículo 84 CC entiendo que tampoco altera la naturaleza jurídica mayoritariamente atribuida a esta notificación, que sigue sin ser, con carácter general, requisito constitutivo y, por tanto, de eficacia, de la reconciliación conyugal.

⁷⁷ Sobre su práctica, CRESPO ALLUÉ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, *op. cit.*, Comentarios del nuevo artículo 835 CC, pp. 262 y 263.

afirmación, por primera vez, del presupuesto convivencial de este derecho manifestada a través de la consideración de la separación de hecho como causa de no adquisición del mismo según la disposición inmediatamente precedente a ésta que ahora comentamos, la contenida en el nuevo artículo 834 CC.

Por añadidura, ahora cabría plantearse la duda de si esta exigencia de notificación es igualmente aplicable por analogía a efectos de la sucesión intestada, en cuya sede no se dice nada al respecto, aunque las razones expuestas entendemos que deben inclinar por su consideración como norma excepcional y, por tanto, no susceptible de ser aplicada analógicamente a un supuesto distinto de aquel al que específicamente está referida (art. 4.2 CC)⁷⁸.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CALATAYUD SIERRA, A.: *Consideraciones acerca de la libertad de testar* (Revista de la Academia Sevillana del Notariado, 1996, pp. 241 ss).
- CARRASCO PERERA, A.: *Acoso y derribo de la legítima hereditaria* (Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 580, 5 de junio de 2003, p. 3).
- CRESPO ALLUÉ, F.: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio* (Ley 15/2005, de 8 de julio). VVAA. Director: Vicente Guilarte Gutiérrez. Lex Nova. Valladolid, 2005, pp. 229 ss.
- DÍAZ ALABART, S.: *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente* (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). (RDP, 2004, pp. 259 ss).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Tecnos. Madrid. 1989.
- ESPIAU ESPIAU, S.: *El usufructo viudal y la legítima de los descendientes* (RJC, 1996, pp. 9 ss).
- FORGEARD, M.-C. / CRÔNE, R. / GELOT, B.: *La réforme des successions* (Loi du 3 décembre 2001). Commentaire & Formules. Répertoire du notariat Defrénois. Paris, 2002.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: *Los nuevos artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones* (Libro homenaje al profesor don Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Universidad de Murcia. Murcia, 2004, pp. 2021 ss).
- GOMÁ LANZÓN, I.: *El protocolo familiar* (El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006, pp. 125 ss).
- LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003* (Discapacitado, patrimonio

⁷⁸ Por el contrario, CRESPO ALLUÉ entiende que existe «absoluta identidad de razón» en cuanto a la exigencia de notificación al juzgado de la reconciliación conyugal a efectos de la sucesión intestada. (*Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, op. cit.*, Comentarios del nuevo artículo 945 CC, p. 294).

- separado y legítima. Cuadernos de Derecho Judicial. XX-2005. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, pp. 179 ss).
- LLOPIS GINER, J. M.: *La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil*. (La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales. María José Reyes López (Coordinadora). Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2004, pp. 51 ss).
- MAGARIÑOS BLANCO, V.: *La libertad de testar*. (RDP, 2005, pp. 3 ss).
- MARTÍNEZ DÍE, R.: *Reflexiones tras el 9º Congreso*. (Escritura Pública, Monográfico núm. 4 (suplemento al núm. 34), julio 2005, p. 7).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *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 Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003)*. (Revista de Derecho Civil Aragonés, 2001/2002, VII-VIII, pp. 233 ss).
- PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*. Dykinson. Madrid, 2003.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3º del Código Civil*. Dykinson. Madrid, 2004.
- RENCHON, J.-L.: *Le statut successoral du conjoint survivant: état du droit et réflexions critiques* (Le statut patrimonial du conjoint survivant. Actes de la 5 Journé d'études juridiques Jean Reanuld. Centre de Droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université Catholique de Louvain. Bruylant. Bruxelles, 2004, pp. 5 ss).
- ROCA SASTRE, R. M.^a: *Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la «debita pars valoris bonorum»* (RDP, 1944, pp. 185 ss).
- ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio «mortis causa»*. Edelce. Sevilla, 1951.
- RUEDA ESTEBAN, L.: *La modificación del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil*. (Cuadernos de Derecho y Comercio, 2003, núm. 39, pp. 105 ss).
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: *La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*. (AC, 2004, núm. 4, pp. 357 ss).
- TENA PIAZUELO, I.: *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2000.
- TORRES GARCÍA, T. F.: *La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados*. (Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados. Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela, 2005, pp. 341 ss).
- *Legítima, legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)*. (Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 2006, pp. 173 ss).
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI. Artículos 806 a 857 del Código Civil. Edersa. Madrid, 1982.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*. VVAA. Asociación Española de Abogados de Familia - Dykinson. Madrid, 2005.