

APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil

Derecho de Sucesiones. Presente y futuro.

XII JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

SERVICIO DE PUBLICACIONES
DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

**DERECHO DE SUCESIONES
PRESENTE Y FUTURO**

**XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho
Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006**

**DERECHO DE SUCESIONES
PRESENTE Y FUTURO**

**XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil,
Santander 9 a 11 de febrero de 2006**

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE MURCIA
2006

XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro. Santander 9 a 11 de febrero de 2006

1ª Edición, 2006

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción y/o transmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

© 2006

ISBN: 84-8371-634-8

Depósito Legal: MU-1704-2006

Impreso en España – Printed in Spain

Imprime: F.G. GRAF S.L.
fggraf@gmail.com

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--------------------|---|
| PRESENTACIÓN | 9 |
|--------------------|---|

PONENCIAS

| | |
|--|-----|
| UNA PROPUESTA DE POLÍTICA DEL DERECHO EN MATERIA DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE <i>Jesús Delgado Echeverría</i> | 13 |
| LEGÍTIMA, LEGITIMARIOS Y LIBERTAD DE TESTAR (SÍNTESIS DE UN SISTEMA) <i>Teodora Felipa Torres García</i> | 173 |

COMUNICACIONES

| | |
|---|-----|
| LA RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS POR DEUDAS DEL CAUSANTE <i>Ramón Durán Rivacoba y Aurora González González</i> | 231 |
| DONACIONES <i>MORTIS CAUSA</i> . POSIBILIDADES ACTUALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y PROPUESTAS DE REFORMA <i>Manuel Espejo Lerdo de Tejada</i> | 241 |

| | |
|---|-----|
| EL TESTAMENTO MANCOMUNADO. RAZONES PARA LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 669 DEL CÓDIGO CIVIL <i>Jose-Ramón García Vicente</i> | 289 |
| JURISPRUDENCIA DE LA DGRN ANTE TESTAMENTOS UNIPERSONALES DE CÓNYUGES DE VECINDAD CIVIL COMÚN QUE PRETENDEN LOS EFECTOS DE LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS EN TESTAMENTO MANCOMUNADO (Nota a la comunicación de J.R. García Vicente) <i>María Martínez Martínez</i> | 299 |
| SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y RELACIONES DE CONVIVENCIA <i>M^o del Carmen Gete-Alonso y Calera; Maria Ysàs Solanes; Susana Navas Navarro; Judith Solé Resina (Grup de Recerca NOVIT, UAB)</i> | 305 |
| DERECHO DE SUCESIONES Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA) <i>Juan José Marín López</i> | 399 |
| LA REFORMA DE LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL CÓDIGO CIVIL <i>María Martínez Martínez</i> | 425 |
| LAS DEUDAS DE LA HERENCIA: UNA VIEJA CUESTIÓN PENDIENTE <i>Joaquín Rams Albesa</i> | 463 |
| PROPUESTA PARA UNA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE PACTOS SUCESORIOS <i>Rafael Sánchez Aristi</i> | 477 |
| EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN <i>Carlos Vattier Fuenzalida</i> | 543 |

PRESENTACIÓN

En febrero de 2006 se celebraron en Santander las XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, siendo el tema objeto de estudio el análisis de la situación actual y perspectivas de futuro del Derecho de Sucesiones en España. Fruto de los trabajos elaborados para dichas Jornadas es el presente libro en el que se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas por los asociados.

Las ponencias corrieron a cargo, como es habitual, de autores de gran talla científica; en este caso, la Dra. D^a Teodora Felipa Torres García, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, y el Dr. D. Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza. En la ponencia leída el primer día de las Jornadas, «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», la profesora Torres García se ocupa de analizar con detalle el sistema de legítimas del Código Civil, con especial atención a las modificaciones legislativas que en los últimos años han incidido sobre la regulación tradicional de esta institución abriendo, incluso, nuevas perspectivas de reforma. En la segunda ponencia, «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», el profesor Delgado Echeverría, tras justificar la oportunidad de la reflexión sobre política legislativa en el ámbito de los estudios de Derecho civil, formula y examina una serie de objetivos de reforma del Derecho de Sucesiones, tales como la mejora de la posición del cónyuge viudo, la ampliación de la libertad de disposición mediante la reducción de las legítimas, el

reconocimiento de los derechos sucesorios en las uniones estables de pareja, etc. En esta ponencia se incluyen los resultados de una encuesta realizada por el profesor Delgado Echeverría entre los miembros de la Asociación con el objetivo de conocer la opinión de los profesores de Derecho civil sobre la oportunidad de una reforma del Derecho de Sucesiones del Código Civil, así como las materias sobre las que debía incidir dicha reforma.

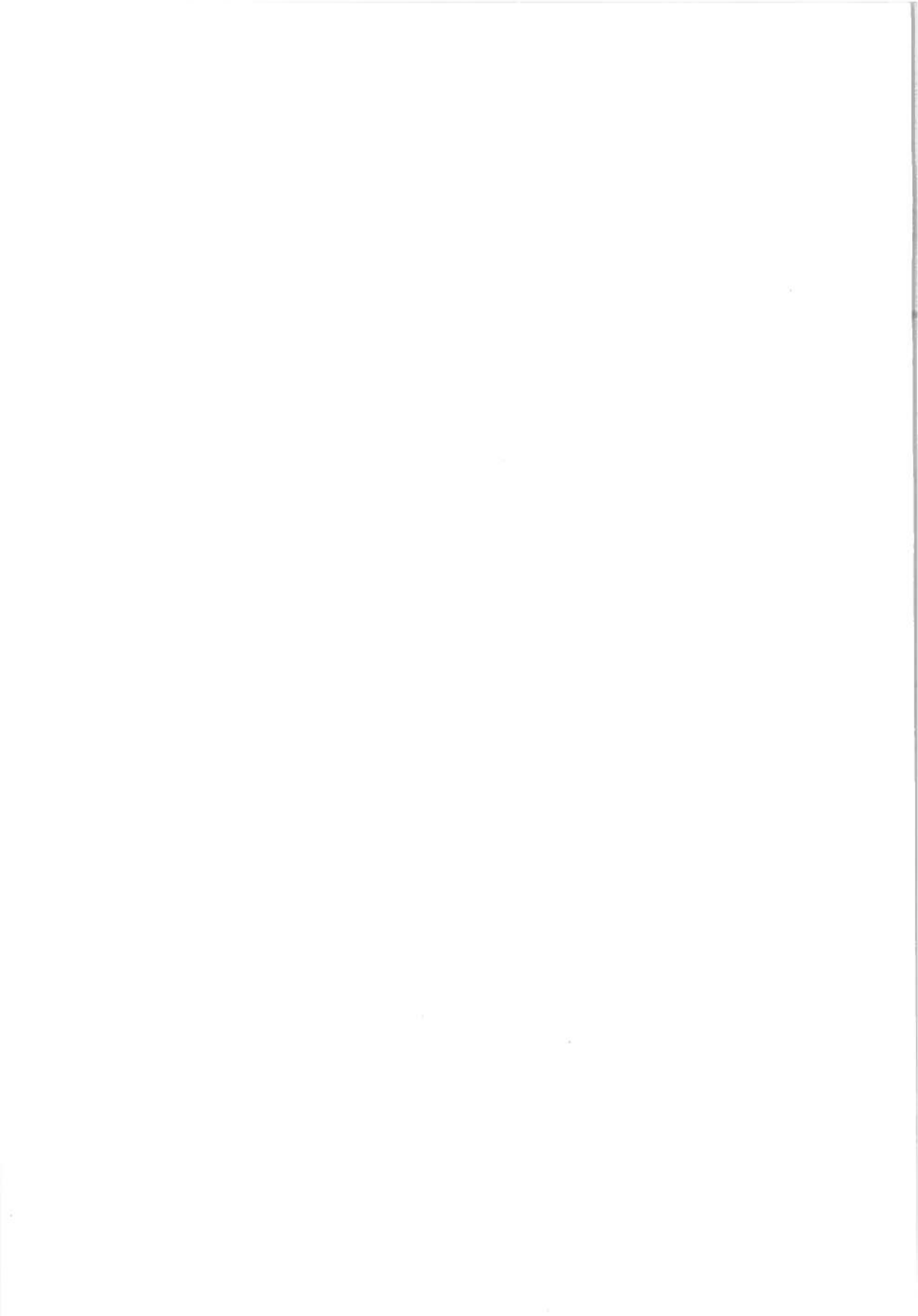
Tal y como ocurriera, por primera vez, en las precedentes Jornadas de la APDC (celebradas en Alicante en mayo de 2004), se presentaron por parte de algunos de nuestros asociados comunicaciones sobre el tema objeto de debate y estudio. Con ellas se examinan propuestas de reforma concretas sobre temas de especial relevancia en Derecho de Sucesiones, como las donaciones *mortis causa*, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios o el derecho de representación, entre otros.

Con gran satisfacción presentamos ahora esta publicación a nuestros asociados y a los estudiosos del Derecho en general. La importancia de los asuntos tratados y la calidad de los trabajos que aquí se contienen harán, sin duda, que esta obra deba ser tenida en cuenta en ulteriores que surjan sobre la materia.

Por último, es necesario dejar constancia de nuestro agradecimiento a los compañeros del área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santander, por la ilusión y el esfuerzo que pusieron en la organización de estas Jornadas, y por los excelentes resultados que de la misma se obtuvieron.

*Junta Directiva de la Asociación de
Profesores de Derecho Civil*

PONENCIAS



UNA PROPUESTA DE POLÍTICA DEL DERECHO EN MATERIA DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

PALABRAS PREVIAS

Al asumir el encargo de presentar como Ponencia una **propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte** era consciente de la novedad que entrañaba (al menos en los trabajos de nuestra Asociación) discurrir no ya sobre cómo son y cómo han de ser interpretadas las leyes, sino sobre cómo han de ser elaboradas, con qué criterios y contenidos.

Me pareció por ello que no estarían fuera de lugar unas páginas preliminares con reflexiones sobre el sentido de una tarea como la propuesta, tanto más cuanto que no son frecuentes entre nosotros reflexiones de política legislativa.

Tal es la razón y la finalidad de la primera parte de la Ponencia, titulada «Ciencia del Derecho, política del Derecho y ciencia de la legislación». Espero que resulte una introducción adecuada, que cumpla el papel de levantar el escenario en que se desarrollará la acción: es decir, el diálogo de los miem-

bros de la Asociación, entre sí primero, luego con otros agentes sociales y, en particular, con los poderes públicos, para impulsar una determinada política jurídica en materia de sucesiones. No pretenden estas páginas otra cosa; en particular, no se proponen proporcionar una información exhaustiva, sino que responden a un punto de vista que selecciona algunos de los caminos posibles en el amplio campo del discurso sobre política del Derecho en sus relaciones con la dogmática jurídica.

La segunda parte está dirigida a la formulación de objetivos de reforma del Derecho de sucesiones y a la introducción de las cuestiones de la Encuesta, para lo que se abre con unas reflexiones sobre las funciones de la herencia en la sociedad actual y algunas sugerencias sobre su previsible evolución y cómo conocerla y encauzarla.

Desearía que mi trabajo resultara útil para promover aportaciones e ideas, suministrar puntos de vista para un debate y proporcionar a los miembros de la Asociación un estímulo para manifestar sus propias posiciones respecto de eventuales reformas del Derecho de sucesiones del Código civil. De las Jornadas de Santander podría resultar, al menos, un espejo fidedigno de nuestras actitudes como profesores de Derecho civil ante el cambio jurídico en materia sucesoria. Para contribuir a ello planteé desde el principio las encuestas como instrumento imprescindible, así como una interacción con los colegas tan frecuente e intensa como fuera posible.

El modo de trabajo ha querido ser acorde con estos propósitos. Tras la encuesta preliminar, una reunión con una docena de colegas en junio de 2005 sirvió para tomar el pulso de los trabajos y repartir temas. Ante la desproporción de nuestras fuerzas para abordar globalmente y en su totalidad una reforma del Derecho de sucesiones en el plazo previsto, convinimos en que sólo habríamos de ocuparnos de algunos aspectos, entre los muchos posibles, y que en su selección habría que atender también a la disponibilidad de las personas para presentar comunicaciones.

En este momento se han recibido y están en línea la mayor parte de las Comunicaciones encargadas, y alguna espontánea, de las que es de esperar se produzcan muchas más. La lectura de las Ponencias y Comunicaciones debería incitar también a la manifestación de pareceres contrarios.

En cualquier caso, es de desear que todos o la inmensa mayor parte contesten a la **Encuesta** que se les ha cursado por la Secretaría de la Asociación y que está accesible en <http://derehocivil.net/ponencias/document.php?id=131>.

Analizadas las respuestas a esta (segunda) encuesta y habida cuenta de la experiencia acumulada a lo largo de todo el proceso, presentaré una propuesta de conclusiones, que espero pueda llegar a vuestro conocimiento a finales de enero.

La presentación de enmiendas, su publicidad inmediata entre los asociados, las formas de su defensa en las sesiones de Santander, así como el procedimiento para aprobar allí unas propuestas de política legislativa destinadas a hacerse públicas son cuestiones que atañen más a la Junta Directiva que a la Ponencia. Para mí será una satisfacción el haber contribuido a que podamos llegar a la fase de deliberación y aprobación con suficientes elementos de juicio. El resultado, en cualquier caso, es cosa de todos.

Jesús Delgado Echeverría
Enero de 2006

PRIMERA PARTE: CIENCIA DEL DERECHO, POLÍTICA DEL DERECHO Y CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN

SUMARIO. 1. LA RECUPERACIÓN PARA EL JURISTA DEL MOMENTO LEGISLATIVO. 1.1. «Política jurídica» y «Política del Derecho» en De Castro. 1.2. La política del Derecho desde el positivismo normativista. 1.3. Las funciones de la dogmática jurídica. 1.4. La posibilidad de una «ciencia de la legislación». 1.5. Atienza: los cinco niveles de racionalidad de las leyes. 2. PARA LA RACIONALIDAD DE LAS LEYES CIVILES. 2.1. Observación previa. 2.2. Racionalidad ética. 2.3. La determinación de fines en la legislación civil. 2.3.1. Fines de las personas y fines del legislador en el Derecho civil. 2.3.2. Fines de las leyes y teleología del sistema de normas civiles en que se insertan. 2.4. Eficacia y efectividad de las normas civiles. 2.4.1. Precisiones sobre el nivel de racionalidad teleológica. 2.4.2. Definiciones de eficacia y de efectividad de las normas. 2.4.3. Eficacia como cumplimiento. 2.4.4. Normas de permiso y de competencia. Eficacia como éxito. 2.4.5. Eficacia de las normas dispositivas. 3. LA DINÁMICA DEL PROCESO LEGISLATIVO. 3.1. Un modelo del iter legislativo: las tres fases. 3.2. La fase prelegislativa. 3.3. Un proyecto o proposición de ley. Las burocracias. 3.4. La etapa legislativa parlamentaria. 3.5. La fase postlegislativa. La evaluación de las leyes. 4. ALGUNAS SUGERENCIAS Y CONCLUSIONES.

1. LA RECUPERACIÓN PARA EL JURISTA DEL MOMENTO LEGISLATIVO

1.1. «Política jurídica» y «Política del Derecho» en De Castro

Federico de Castro, desde la primera edición de su obra capital «Derecho civil de España» (1942), planteó explícitamente la relación entre Derecho y política, entre Derecho civil y Derecho público, entre ciencia del Derecho y política del Derecho¹. No creo que desde entonces (y repárese en la fecha y su contexto político) haya habido en la civilística española un replanteamiento crítico de estas relaciones, un debate sobre la posición del civilista y de su ciencia en la política del Derecho y, en particular, en la tarea legislativa².

Merece la pena recordar algunas de las posiciones mantenidas por De Castro, en esta ocasión en que los civilistas españoles reflexionamos colectivamente no ya de cómo son las leyes, cómo deben interpretarse y aplicarse, sino cómo deben hacerse, cómo hay que legislar.

En primer lugar, el Derecho tiene entre sus fines (como fin inmediato e instrumental), «realizar prácticamente el ideal de vida de la dirección política del Estado»³. El Derecho, por tanto, como instrumento de la dirección del Estado. ¿Qué Estado? No parecerá irrelevante quién sea el sujeto de esta «dirección política» y cuál sea su legitimidad. En una democracia constitucional puede aceptarse esta concepción instrumental del Derecho civil. En un Estado social de Derecho puede asentirse a esta y otras expresiones similares de De Castro: el Derecho civil (coordinado con el Derecho público) está destinado a «realizar el plan general del Estado», a «colaborar en la obra constructiva del Estado»⁴.

1 Hernández Gil publicó en 1973 un amplio comentario crítico de las páginas de *Derecho Civil de España* dedicadas a este tema (HERNÁNDEZ GIL, 1973, pp. 311-374).

2 Sigue siendo bien cierto entre los civilistas lo que, en la obra citada en la nota anterior, decía entonces HERNÁNDEZ GIL (p. 239): «En España no abundan las polémicas ni los enfrentamiento metodológicos» (son las primeras palabras bajo el epígrafe «el problema del llamado sincretismo»).

3 DE CASTRO (1942), p. 42: «El Derecho tiene un doble fin que cumplir. El fundamental, y mediato, reflejar en la vida humana la justicia divina; el inmediato e instrumental, realizar prácticamente el ideal de vida de la dirección política del Estado».

4 DE CASTRO (1942), p. 117. García de Enterría, en 1952, reflejaba así la reacción de los privatistas españoles ante estos planteamientos de De Castro: «Sorprende, por ejemplo, cómo nuestros privatistas se han escandalizado, casi unánimemente, cuando hace poco tiempo uno de ellos —

Distingue De Castro entre «política jurídica» y «política del Derecho». El uso de los términos es arbitrario, pero está claro que De Castro quiere contraponer dos nociones distintas. «Política del Derecho» es «la política —modo de legislar, de gobernar y aplicar las normas— que impone o aconseja la misma idea de Derecho» (énfasis del autor) (p. 44). Este es el aspecto «que importa más directamente al Derecho». Aquí el Derecho ideal, el valor de la justicia, opera más bien como límite e instancia crítica de la acción de legislar, de gobernar, de aplicar las leyes, a la vez que «impone a los juristas como deber específico, inmediato y creando gravísima obligación de conciencia, la determinación de lo justo y la aplicación de la justicia en todo momento y ocasión». Está claro que no es éste el sentido con que se usan de ordinario los términos de «política del Derecho» y, aunque es en el que De Castro pone mayor énfasis, no es el que aquí nos interesa directamente.

De la «política jurídica» dice:

«Con el título de política jurídica se ha aludido al arte de dictar reglas jurídicas para que resulten socialmente eficaces, o de gobernar mediante el instrumental jurídico. También con la misma expresión se ha denominado a la previa selección de los resultados a conseguir socialmente mediante las leyes [cita aquí a Roubier, Du Pasquier y Burckhardt]. Este arte jurídico y esta prudencia política interesan al jurista, como lo que se refiere a la sociología, pero sólo de modo indirecto» (p. 44).

La «política jurídica» es «arte jurídico» (junto con prudencia política) e «interesa al jurista». ¿Por qué y para qué interesa al jurista? Si es arte jurídico ¿cómo lo aprende y lo practica el jurista? ¿O es —sólo— arte jurídico del político? No encuentro respuesta precisa a estos interrogantes en la obra de De Castro. Que el interés del jurista por la «política jurídica» sea «indirecto» no aclara mucho, ni el añadido de la comparación con la sociología (recuérdese, en 1942) proporciona pistas seguras, aunque algo más se puede averiguar con apoyo de otros lugares de la obra de De Castro.

por ventura quizás el primero de los juristas españoles actuales— les recordó que las soluciones del Derecho civil responden «al plan del Estado», y afirmó, insólitamente, la subordinación del Derecho a la Política». Inmediatamente antes, criticando las construcciones formalizadas de los juristas académicos, había dicho: «Sustantivizando estas construcciones, se ha volatilizado del Derecho lo que el Derecho tiene de instrumento de gobierno de los hombres, y se ha hecho de él apenas otra cosa que Lógica y Estética» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1952, publicado ahora en LAPORTA, 2003, p. 53).

También puede verse la «política jurídica», no como arte o prudencia, sino como saber organizado: «la Política jurídica trata también de elevar a categoría científica el estudio de la adecuación de los medios a los fines, de las fórmulas jurídicas a emplear para conseguir determinados fines religiosos, morales y políticos» (p. 65).

En cualquier caso, se trata de *a)* determinar (seleccionar) los resultados que se pretende conseguir en la sociedad mediante el uso de las leyes, y *b)* configurar las leyes de modo que resulten socialmente eficaces.

La determinación de los fines no se nos dice cómo, con que criterios, hay que hacerla. ¿Es totalmente discrecional? ¿Regida sólo por la prudencia del gobernante? Posiblemente, aquí tenga un papel relevante lo que ha llamado «política del Derecho», como instancia crítica que señalará, al menor, límites.

En cuanto a la consecución de la eficacia social de las normas, estamos claramente en el terreno de la racionalidad instrumental: las leyes han de hacerse de tal modo que su pretensión de configurar la sociedad con arreglo a las normas tenga éxito. No sólo que sean cumplidas, sino que a través de su cumplimiento se alcancen los resultados que el legislador pretendió. Aquí la relación con la sociología jurídica es indudable: ésta «se ocupa de los presupuestos reales de las leyes (influencias económicas, políticas, morales, etc., que las pueden determinar) y de sus efectos en todas las esferas de la sociedad» (p. 64)⁵. Por todo ello la ciencia del Derecho positivo «no desconoce los criterios políticos y se basa en el conocimiento de las realidades sociales» (p. 65).

Resulta fácil, y creo que esclarecedor, situar las consideraciones de De Castro sobre «política jurídica» y «política del Derecho» en el esquema que Manuel Atienza ha construido sobre los niveles de la racionalidad legislativa y que utilizaré ampliamente en páginas posteriores.

- a) Que las leyes resulten socialmente eficaces corresponde, obviamente, a los niveles de la racionalidad pragmática y teleológica, centrada ésta en la búsqueda de la efectividad social de las normas. Im-

5 Su definición completa de Sociología jurídica dice así: «La sociología jurídica intenta crear un conocimiento científico, sobre la base del Derecho considerado como hecho social, dentro y como peculiaridad de la vida social total; se ocupa de los presupuestos reales de las leyes (influencias económicas, políticas, morales, etc., que las pueden determinar) y de sus efectos en todas las esferas de la sociedad» (p. 64).

plica el cumplimiento (o, al menos, la aplicación) de las mismas (eficacia en su sentido más elemental e inmediato), al que aquí De Castro no alude, pero se entiende supuesto.

- b) La selección de los resultados a conseguir socialmente mediante las leyes corresponde, en un primer sentido, a la racionalidad teleológica, en la que la pregunta clave es si alcanza la ley los fines sociales perseguidos. Es decir, no se trata de la corrección de los fines, sino de la adecuación de los medios.
- c) Pero también corresponde la selección de los resultados que se pretende conseguir al nivel de la racionalidad ética, puesto que la «política del Derecho» (en el sentido de De Castro) impone la determinación de lo justo y la aplicación de la justicia.

De este modo, vemos señalados en De Castro (bien que sin desarrollar) los grandes temas que ocupan hoy a la «ciencia de la legislación». De los niveles de racionalidad de Atienza, no atiende al primero (la racionalidad lingüística, que se ocupa de la claridad y precisión de las leyes) ni al segundo, la racionalidad jurídico-formal (consistencia y coherencia de las normas), que podemos considerar implícita en cualquier propuesta hecha desde la ciencia del Derecho. Ambos niveles corresponderían más bien a la «técnica legislativa».

El interés del jurista por la «política jurídica», dice De Castro, es indirecto. Al ocuparse de las ciencias del Derecho, y en particular de la «ciencia del Derecho positivo» (entendida en todo momento como ciencia práctica y como ciencia aplicada), añade algunas indicaciones complementarias. Tras citar el conocido *dictum* de Kirchmann, achaca a «estrechez de visión» considerar a la «ley promulgada» como la única materia del Derecho, pues «no puede excluir el que la actividad de *lege ferenda* y la determinación de los principios jurídicos⁶ sean funciones jurídicas también» (p. 63). Que la actividad de *lege ferenda* sea una función jurídica parece significar, en su contexto («contenido de la ciencia del Derecho positivo»), que corresponde a la ciencia del Derecho y, por tanto, es una actividad de los cultivadores de esta ciencia en cuanto tales. Lo que parece corroborado por su postura en cuanto

6 Principios jurídicos que, en este contexto, no son los sistemáticos (o no sólo), sino, principalmente, los de Derecho natural, los tradicionales y los políticos (pp. 421 ss.). La función de estos últimos en la elaboración de las leyes es evidente.

al método de la ciencia del Derecho positivo: «a) el método deductivo, infiriendo criterios de adecuación de los principios generales de justicia (Derecho natural) y de los de la política (idea de la vida a realizar en un pueblo y en un tiempo determinado), y b) el método inductivo (*sic*: ¿inductivo??), conociendo la realidad social (estructura social, política y economía social) y la realidad jurídica (eficacia real de las normas en la vida social), para que sirva de base a la actuación jurídica (realización práctica en la materia jurídica)» (63)⁸.

En consecuencia, la ciencia del Derecho positivo es una ciencia práctica, en la que van unidos el aspecto teórico (modo de comprender la realidad jurídica) y el técnico (modo de actuar sobre ella); ambos aspectos están ligados «de modo más íntimo que en las demás [ciencias] dado el carácter práctico del Derecho» (p. 64). Por ello «no tiene ni puede tener aspiraciones de pureza o exclusividad metódica; su finalidad es la eficacia real, colaborar de acuerdo con su objeto —teórica y prácticamente— en la realización del Derecho; se inspira por ello en los resultados de la Filosofía del Derecho y en los postulados del Derecho Natural, a la vez que no desconoce los criterios políticos y se basa en el conocimiento de las realidades sociales» (p. 65)⁹.

En definitiva, una concepción de la ciencia del derecho positivo en que el jurista está comprometido en la conformación eficaz de la realidad social según criterios de justicia, al servicio del plan de vida que la colectividad se ha fijado. Son muy grandes las diferencias entre la concepción de la dirección del Estado que De Castro supone o propone y la correspondiente a la democracia en el Estado constitucional. Pero, para lo que importa subrayar

7 HERNÁNDEZ GIL (1973, p. 371) entiende que es «tan notoria la errata» que la salva, transcribiendo «inductivo».

8 Más adelante insiste desde otro punto de vista, el de la materia (de la ciencia del Derecho positivo), distinguiendo: «a) de «*lege ferenda*». Bajo la presidencia decisoria del criterio de Justicia se formulan leyes, se determinan costumbres y se precisan los principios generales del Derecho. Esta función nomotética, forma o conforma la realidad jurídica primaria, se crea la estructura y la maquinaria estatal y se dan los esquemas centrales para su funcionamiento.- b) De «*lege lata*». Supuesta la existencia de las normas, es necesario acudir al desarrollo, desenvolvimiento y aplicación de los esquemas normativos; esta función colaboradora crea la realidad jurídica secundaria e inmediata, el funcionamiento efectivo y el mantenimiento eficaz de la maquinaria estatal».

9 Muy interesante su observación, en larga nota (p. 65, n. 2), sobre la relación («no bien definida») entre filosofía del Derecho y ciencia del Derecho; así como su opinión (p. 65, n. 1) sobre la relación entre Derecho y economía: «Aun sin aceptar la concepción de Stammler ni la marxista, *convendría unificar la formación de los juristas y economistas*, como aconseja Heymann» (énfasis añadido).

en esta Ponencia, no hay duda de que la obra de De Castro, tan significativa en la civilística española en los años centrales del siglo XX, exige del jurista dedicado al Derecho positivo un compromiso personal en la configuración de la sociedad mediante el Derecho que no puede circunscribirse al momento de su aplicación, sino que abarca también el momento legislativo, la formación misma de las leyes que el poder promulgue.

1.2. La política del Derecho desde el positivismo normativista

La actitud más extendida entre los civilistas españoles ante la política del derecho (prescindiré en adelante de la distinción terminológica de De Castro) no se corresponde con las propuestas de De Castro, sino que se acomoda en lo sustancial con los postulados del positivismo normativista. Me refiero a la tarea realmente hecha por los civilistas —por supuesto, hay excepciones—, no a las concepciones teóricas o a las ideas del Derecho que cada uno profese; añadido de inmediato que se aprecia igualmente una profunda insatisfacción o desconcierto en cuanto al sentido profundo de nuestra función como juristas y en el terreno del método o de los métodos¹⁰. Por supuesto, puede entenderse este diagnóstico también como una confesión personal. La gran novedad —nada desdeñable, por otra parte— de los últimos decenios, que consiste en tener en cuenta la Constitución, sus principios y sus valores, no nos aleja del positivismo y del normativismo: el contenido constitucional es tratado como conjunto de normas positivas, que han de ser interpretadas y sirven para la interpretación de otras normas. En definitiva, un positivismo normativista que se encuentra con normas superiores a las de las leyes ordinarias.

Parece como si hubiéramos aceptado las exigencias más absolutas de pureza metodológica: la distinción tajante de Kelsen entre «ciencia del derecho» —orientada sólo por el valor verdad— en tanto conocimiento del derecho positivo, y la «política jurídica» —dirigida a la realización de otros valo-

10 Todo el precioso librito de HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su superación* (1981) puede leerse como un desarrollo de esta idea: «el modelo cognoscitivo del saber que cultivamos sigue siendo sensiblemente igual al que se construyó hace cerca de dos siglos» (pp. 19-20); «hay planteado y se encuentra pendiente el problema de la transformación de la ciencia jurídica tradicional o dogmática» (p. 94); «se ha producido, como es ostensible, una abundante literatura epistemológica y metodológica; pero los cultivadores de las disciplinas jurídicas particulares seguimos estando en el mismo sitio o nos hemos alejado poco de él (p. 20).

res, especialmente de la justicia— en tanto configuración voluntaria del orden social. Distinción y separación claves en la «teoría pura», que aparece ya en la primera página de esta obra: la teoría pura «intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho y cómo sea; pero no en cambio a la pregunta de cómo el derecho debe ser o deber ser hecho. Es ciencia jurídica, no, en cambio, política jurídica»¹¹.

Es bien sabido que los juristas españoles no se han proclamado kelsenianos —y en la civilística, las más de las veces, cuando Kelsen no ha sido simplemente ignorado, se le ha constituido en el adversario ideológico, como es el caso de De Castro¹². Pero, al menos por lo que se refiere a nuestra actitud ante la política del Derecho, es como si fuéramos kelsenianos de observancia más o menos estricta.

Claro que esto sólo es así respecto de la política del Derecho entendida como actividad legislativa. Pues —en forma totalmente contraria a las enseñanzas kelsenianas— al interpretar las leyes no nos limitamos a indicar los distintos sentidos que pueden tener, las distintas interpretaciones posibles (entre las que el juez, según Kelsen, habría de elegir, mediante un acto de voluntad no susceptible de justificación, la que prefiera), sino que por medio de variados instrumentos —por ejemplo, atendiendo a la finalidad de la norma y a los principios generales— indicamos cuál es, en nuestra opinión, la interpretación correcta.

Esta interpretación encierra necesariamente una opción de política del Derecho, de la que, creo, somos conscientes en la mayor parte de los casos, aunque practiquemos esta política del Derecho de manera más o menos encubierta —peor si de manera inconsciente, que es la menos científica de las actitudes—. Lo hacemos habitualmente, por ejemplo, al comentar sentencias y criticar, en su caso, la argumentación y el fallo de los jueces y proponer

11 KELSEN, 1979, p. 15. Vid. MARCILLA (2000), p. 100, que acertadamente relaciona esta postura de Kelsen con su «posición no cognoscitivista en cuestiones prácticas, escéptica con la fundamentación de juicios de valor».

12 DE CASTRO (1942) cita a Kelsen muchas veces, para criticarlo; si bien, en alguna ocasión, reconoce aciertos: «las obras de Kelsen y de su escuela han tenido su benéfico influjo sobre las doctrinas modernas, al restaurar el culto a la lógica y a la claridad conceptual» (p. 18, nota 1; también, por ejemplo, p. 88: «ha mostrado finamente la función política del Derecho privado»). Reconoce asimismo que su doctrina «ha influido incluso en sus mismos adversarios» (p. 20: la autocita en nota 6, como comprobación, de su obra de 1933 *La relación jurídica en el Derecho internacional privado* parece una confesión). He encontrado las siguientes citas de Kelsen o de su doctrina: pp. 18, 31, 32 (nota 6), 46 (nota 2), 88 (nota 2), 93 (nota 2), 345 (nota 2), 377 (nota 4), 523, 570 (nota 3).

interpretaciones y soluciones distintas. Lo hacemos también al criticar las leyes vigentes y proponer su mejora *iure condendo*. No sólo mostramos las deficiencias de intelección que provoca el uso inadecuado del lenguaje y ponemos de manifiesto sus faltas de consistencia y de coherencia, sino que también indicamos las dificultades para su observancia o la escasa probabilidad de que alcancen los fines para los que fueron concebidas como instrumento, o criticamos los presupuestos morales o políticos de que parten, los valores que subyacen en ellas o que deberían encarnar.

En realidad, tampoco los juristas que parten del positivismo normativista pueden evadirse de la política del Derecho. Como expuso Giovanni Conso hace ahora diez años (en un Congreso de juristas italianos dedicado precisamente al tema «Giuristi e legislatori»),

«no queda hoy la posibilidad de aislar la actividad del estudioso del Derecho positivo de la actividad legislativa. Se es protagonista de ella ya con la exposición de las propias ideas, maduradas quizás en la soledad en que uno se recluye para dedicarse al estudio de la mejor manera posible: con la publicación de las propias tesis y con la manifestación de las propias críticas, se hace implícitamente una propuesta de modificación más o menos radical».

De este modo, se podrá responder que «legislador lo somos todos, en cuanto partícipes del diálogo sobre los temas objeto de cualquier propuesta legislativa»¹³.

Otra cosa es si al jurista «le hacen caso» (y las lamentaciones al respecto son muy generalizadas, no sólo en España); y otra distinta si el jurista especializado en una rama del derecho se siente poseedor de unos conocimientos y un método que le permitan actuar con seguridad en esta función de copartícipe de la tarea de legislar o de asesor del legislador.

La tesis que voy a defender es que la evolución de los ordenamientos jurídicos del constitucionalismo avanzado requiere la configuración de unos saberes académicos y unos profesionales capaces de enfrentarse a la tarea de la transformación del ordenamiento jurídico —y de la sociedad— mediante la legislación, no ya solo mediante la interpretación, para su aplicación, de

13 CONSO, en GROSSI (ed.), 1997, pp. 10 y 11.

las leyes dadas. Cabe pensar que la base de esos saberes son los jurídicos y que, por tanto, son los juristas los profesionales principalmente llamados a esta tarea. Eso sí, para ello es necesaria una ampliación del horizonte de la dogmática jurídica (hacia la ciencias sociales y la filosofía del derecho principalmente, como ya señalaba De Castro, pero también hacia la lógica, la informática, la psicología...).

De este modo será posible la «recuperación para el jurista del momento legislativo como capítulo de la ciencia del Derecho»¹⁴.

1.3. Las funciones de la dogmática jurídica

La dogmática jurídica se ocupa predominantemente de la descripción, análisis y sistematización de las normas jurídicas vigentes (las leyes en sentido amplio) en una rama del Derecho, así como de la formación de los correspondientes conceptos. Si atendemos a la función de la dogmática en la vida del Derecho, podemos entenderla como interpretación dirigida a la aplicación de las normas dadas. Aplicación, no al caso individual —el que los jueces deben enjuiciar—, sino a los casos genéricos tal como los juristas los configuran partiendo de la hipótesis de las normas que interpretan. Las propuestas de interpretación de las normas tienen utilidad inmediata para la aplicación judicial del Derecho, de manera que puede decirse que sus destinatarios externos son los jueces (así como los abogados, los funcionarios y los agentes jurídicos en general).

Alexy¹⁵ distingue seis funciones de la dogmática jurídica: (1) de *estabilización*, en cuanto que, con ayuda de enunciados dogmáticos, se fijan, y se

14 LAPORTA (2004), p. 84, que resume con estas palabras la propuesta de Atienza. Por lo demás, la propuesta de ampliar el discurso del jurista a la política del Derecho no es nueva, aunque hoy tenga caracteres de mayor urgencia. El mismo LAPORTA (2004, p. 86) recuerda que Charles EISENMANN, en 1953, en un informe sobre la enseñanza del Derecho encargado por la UNESCO, se ocupaba de los problemas de política legislativa y de técnica legislativa y afirmaba que «los problemas de legislación pertenecen a la ciencia del derecho» (p. 85). Por tanto, habrían de ser incluidos en su enseñanza universitaria. La política legislativa se ocuparía de los problemas de fondo, es decir, de cómo elegir una solución a los problemas de derecho de acuerdo con determinados fines, ideales y valores; la técnica legislativa de la forma: la redacción de la norma fijándola en un texto o articulado. Sin renunciar para nada al positivismo jurídico, mantenía que «una ciencia verdadera del derecho no puede limitarse al análisis de las reglas de un derecho positivo (...). Necesariamente deberá extenderse a los problemas de legislación, que son, en suma, los primeros problemas del Derecho positivo» (p. 78).

15 ALEXI (1989), pp. 255-260.

hacen por tanto reproducibles, determinadas soluciones a cuestiones prácticas; (2) de *progreso*, entendido como progreso de la propia dogmática; (3) de *descarga*, pues no es preciso en cada caso volver a comprobar enunciados dogmáticos ya comprobados y aceptados; (4) *técnica*, al facilitar una visión de conjunto que facilita la información, promueve la enseñanza y el aprendizaje de la materia jurídica y con ello su capacidad de transmisión; (5) de *control* de la compatibilidad de enunciados y de decisiones basadas en ellos, con lo que acrecientan «el grado de eficacia del principio de universalidad y sirven, en esta medida, a la justicia»; y (6) *heurística*, proporcionando puntos de vista que sugieren preguntas y respuestas que de otra manera serían imposibles.

Esta visión de la dogmática (en cuanto que instrumento para la determinación del Derecho) no oculta, sino que más bien pone de manifiesto, que su función respecto de las normas vigentes es ante todo su mantenimiento, su conservación (no su «modificación y desarrollo», por usar el conocido parámetro del art. 149-1-8º CE), con el deseable añadido de su afinamiento o su puesta a punto para su mejor aplicación.

Obviamente, esta delimitación del cometido de la dogmática o de la ciencia del Derecho es coherente con el positivismo jurídico, de cuyos fundamentos deriva: las normas son puestas por el soberano (en cuanto legislador) mediante un acto de su voluntad; son aplicadas por los jueces sin añadir ni traer nada de ellas; y explicadas y sistematizadas por los juristas.

No tiene especial interés seguir aquí los pormenores de la evolución de este positivismo, desde la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos, la crítica del conceptualismo, las variadas propuestas antiformalistas, la jurisprudencia de intereses, luego de valores, hasta los cambios producidos por el neoconstitucionalismo y la sujeción del legislador y de todos los poderes públicos a la Constitución y al respeto a los derechos fundamentales. Sin duda los criterios de interpretación y las pautas de fundamentación han evolucionado notablemente, pero con independencia de la diversidad de concepciones y de prácticas metodológicas, sigue siendo cierto que la dogmática o la ciencia del derecho en cada una de sus ramas sigue orientada a la función de aplicación del derecho dado o puesto por el legislador.

Rasgos importantes de la evolución de la tarea de la dogmática dependen o están interrelacionados con la evolución de la actividad de los jueces al aplicar las leyes y la comprensión intelectual de ésta. Mientras se pensó que el fallo de la sentencia se deducía necesaria y mecánicamente de las premisas

normativas en relación con los hechos probados, poco interés podía tener la dogmática por la jurisprudencia (así se observa en la escuela de la exégesis). Pero tampoco cuando el fallo judicial se entiende como puro decisionismo, acto de voluntad libre (al menos dentro de los límites marcados por las leyes, que dejan amplios espacios para la decisión), puede haber relaciones estrechas entre dogmática y jurisprudencia. Es cuando se exige que el juez fundamente su decisión mediante una argumentación racional cuando tiene pleno sentido que la dogmática se ocupe de la jurisprudencia y viceversa. Es también éste el contexto en que ambas, dogmática y jurisprudencia, descubren y manifiestan el alcance normativo de su actividad —de política jurídica— y la necesidad y medios de su control. Se entiende así que se haya planteado que una de las tareas de la ciencia del derecho es la renovación de la jurisprudencia¹⁶.

¿Cabe plantear como tarea de la dogmática jurídica, además, la renovación de la legislación? Obviamente, los juristas dogmáticos, que no pretendemos ser jueces ni suplantarlos en su tarea (aunque sí la criticamos y mostramos a veces cómo debieron decidir el caso), tampoco hemos de plantearnos ser legisladores. Pero es muy plausible sugerir la ampliación de las tareas de la dogmática de modo que sean útiles también para el legislador, al menos en la medida en que el legislador se proponga actuar como un legislador racional. La dogmática jurídica así ampliada vendría a ser, al menos, «una gran fábrica de argumentos puestos a disposición de quienes se ocupan de la *creación*, aplicación e interpretación del Derecho» (cursiva añadida)¹⁷.

16 Larenz, *apud* ALEXY (1989), p. 245. No he podido identificar exactamente esta cita de Larenz en las traducciones al castellano de su *Metodología de la ciencia del derecho*, pero es clara su opinión al respecto. En LARENZ (1994), pp. 226-231, bajo el epígrafe «La importancia de la Jurisprudencia [en el sentido de dogmática jurídica o ciencia del derecho en sentido estricto: vid. prólogo del traductor, p. 8] para la praxis jurídica», se diserta ampliamente sobre la contribución de la dogmática al desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales, así como sobre la tarea de la dogmática jurídica en la preparación de la legislación (p. 229). Sobre esto último llega a decir Larenz (con cita crítica de Noll) que la dogmática jurídica nunca se ha considerado a sí misma sólo como ciencia de la administración de justicia (entendiendo: como ciencia orientadora de la aplicación del derecho por los tribunales), sino «como una ciencia, a cuya misión pertenece dar expresión a las exigencias jurídico políticas y elaborar nuevas propuestas de legislación». Cabe dudar de que, en efecto, así se haya entendido siempre la dogmática jurídica, pero resulta del mayor interés observar cómo se pasa —sin problema aparente— de la orientación a los jueces a la orientación al legislador.

17 ATIENZA (2004), p. 131.

1.4. La posibilidad de una «ciencia de la legislación»

En los últimos decenios se debate sobre la posibilidad, contenidos, funciones y métodos de una «Ciencia de la Legislación» (utilizando la palabra ciencia con la misma imprecisión o exageración con que aparece en la expresión consagrada «Ciencia del Derecho»). También, mostrando mayor cautela, de una «Técnica de la legislación», que puede entenderse como una parte o una aplicación de aquella ciencia. Me propongo a continuación hacer algunas observaciones sobre estos temas.

Suele señalarse al penalista suizo Peter Noll como el iniciador de este género de estudios (se entiende, iniciador en el contexto actual, pues «Ciencia de la legislación» es rótulo consagrado en el siglo XVIII: Bentham, Filangieri), con su obra *Gesetzgebungslehre* (1973). La tarea fundamental de la ciencia de la legislación, tal como la concibe P. Noll, es proporcionar respuestas teóricas y generales a la cuestión de saber cómo los problemas sociales pueden resolverse mediante la edición de normas jurídicas, con la finalidad práctica de formular criterios y directivas que permitan llegar a una legislación a la vez racional y justa¹⁸. Desde entonces se han publicado estudios parciales y obras generales (sobre todo en alemán) y se han celebrado congresos y reuniones en que los términos ciencia de la legislación (*Gesetzgebungswissenschaft*) y teoría de la legislación (*Gesetzgebungslehre*) son centrales. Obviamente, bajo estos rótulos los desarrollos no son homogéneos, y los temas y las actitudes divergen en medida importante. Son comprensibles las cautelas intelectuales y aun el escepticismo ante las propuestas más optimistas para producir leyes justas a través de procedimientos racionales. Pero la evidente crisis de la legislación que acompaña a la crisis del Estado del bienestar¹⁹ suscita cada vez mayor interés por estos estudios tanto entre los juristas dogmáticos como entre filósofos del Derecho, así como fuera del mundo jurídico, pues estos estudios se presentan como interdisciplinares.

De la variedad de asuntos que la Ciencia de la legislación pretende tratar da buena idea la clasificación que ofreció Ulrich Karpén en 1986 (referida a los estudios sobre la materia en la República Federal Alemana) luego recogida por muchos autores posteriores (en España, Atienza, Martín Casals,

18 MADER (1988), p.11.

19 ATIENZA (1997) se hace eco de esta extendida idea en pp. 25, 56 y 95.

Marcilla). Los cinco grandes apartados son los siguientes: 1) la teoría de la legislación (concepto, evolución y análisis comparado de las leyes); 2) la analítica de la legislación (la ley en cuanto fuente del Derecho); 3) la táctica de la legislación (procedimiento externo de la legislación, esto es, estudio sobre los órganos y el procedimiento de elaboración de las leyes); 4) la metódica de la legislación (procedimiento interno de la legislación: contenidos, fines y medios de las leyes); 5) la técnica de la legislación (articulación, configuración y lenguaje de las leyes)²⁰.

Entre nosotros tuvo temprana y brillante recepción el apartado relativo a técnica legislativa, por obra de un Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL) dirigido por nuestro colega P. Salvador Coderch²¹ (primera publicación, *La forma de las leyes*, Barcelona, 1986). Salvador daba también noticia, en la introducción de aquella obra colectiva, de las pretensiones de la *Gesetzgebungslehre* y advertía de la autolimitación del grupo GRETEL a la técnica legislativa, en los aspectos de composición o estructura formal de las leyes y de su redacción o lenguaje. El propio P. Salvador reitera en 2004 las razones de aquella limitación inicialmente asumida «dado el estadio protocientífico y pretecnológico» de los campos del saber relacionados con la ciencia de la legislación, que constituyen todavía «actividades muy escoradas del lado de las diferentes ideologías y doctrinas sociales», pero ahora propone alguna apertura hacia «la denominada teoría económica de la regulación» a la vez que aboga «a favor de que la regulación de los procedimientos de elaboración de leyes y disposiciones jurídicas incluyan la actividad negociadora que tiene lugar entre los grupos de intereses y los poderes públicos, así como la que se entabla entre los poderes mismos». Las primeras consideraciones se situarían en la metódica de la legislación, mientras que las segundas se encuadrarían en la táctica (procedimiento externo).

En la misma obra colectiva en que aparece el último trabajo de P. Salvador, Martín Casals (actual presidente del grupo GRETEL, y asimismo catedrático de Derecho civil) da cuenta del desarrollo de los manuales de técnica legislativa en las últimas décadas en diversos países y propone la es-

20 Tomo este resumen de ATIENZA (1997), p. 64.

21 El grupo GRETEL se constituyó en 1984, en el mismo año en que apareció la Revista *Doxa* (de filosofía del Derecho), en cuyo número primero su director, Manuel Atienza, escribía que la revista quería contribuir «a promover un cambio de orientación fundamental en la tradicional «ciencia del Derecho»: al lado de la dogmática jurídica habría que ayudar a construir (...) una teoría y técnica de la legislación de la que, hoy por hoy, se carece».

estructura básica de un manual español de técnica legislativa. Merece recordarse que las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley (aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de octubre de 1991) deben mucho a los trabajos de GRETEL.

Las consideraciones más generales sobre teoría y técnica de la legislación nos han llegado mayoritariamente, como era de suponer, de la mano de iuspublicistas y de filósofos del Derecho y son de muy diversa índole²². No me propongo hacer aquí una exposición, ni siquiera incompleta, de la rica y variada bibliografía sobre estos temas (que puede rastrearse a partir de la que acompaña a este trabajo)²³. Me parece más útil optar por alguna de las vías posibles, con la intención de proporcionar puntos de vista que puedan ser directamente relevantes para la tarea de formular propuestas de política del Derecho civil.

Seguiré en particular a dos autores españoles que, en mi opinión, han trazado unas bases especialmente coherentes y ofrecido unos desarrollos muy ricos y sugestivos.

Me centraré, en primer lugar, en las propuestas de Manuel Atienza, recogidas en 1997 en «Contribución a una teoría de la legislación» y desarrolladas luego en otros trabajos. Constituyen una importante aportación a la racionalidad de la actividad de legislar y de los productos legislativos, que ha recibido significativos apoyos por otros autores²⁴; entre ellos, Díez Ripollés, cuya obra «La racionalidad de las leyes penales» me servirá de guía para exponer la dinámica del proceso legislativo en sus diversas fases.

1.5. Atienza: los cinco niveles de racionalidad de las leyes

Atienza (1997) identifica cinco criterios o niveles de racionalidad que han de ser tenidos en cuenta en la elaboración de las leyes. Se trata de un modelo prescriptivo que constituye la base de su bosquejo de una teoría de la legislación, que incluye también un esquema dinámico del proceso legislativo, entendido éste como proceso de decisión acorde con el modelo de la teoría de la decisión racional.

22 Vid. MARCILLA CÓRDOBA (2000), pp. 93 y 94.

23 Una cuidada bibliografía sobre «ciencia de la legislación» (una visión desde Portugal) es la ofrecida por VASCO DUARTE DE ALMEIDA (2005).

24 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS (2003), p. 15.

El primer nivel de racionalidad desde el que puede contemplarse la legislación es la **racionalidad lingüística (R1)**, en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (destinatario). El valor central en este nivel es la comunicación, y sus fines la claridad y precisión. Los saberes implicados —más allá de los jurídicos— pueden ser la lingüística, la lógica, la informática o la psicología cognitiva.

El segundo nivel, de la **racionalidad jurídico-formal (R2)**, es el más fácilmente abordable desde la dogmática jurídica. Sus valores son la seguridad y previsibilidad, y sus fines la sistematicidad (plenitud y coherencia) del ordenamiento. Han de evitarse las contradicciones y lagunas y, en lo posible, las redundancias. La nueva ley ha de insertarse armónicamente en el sistema previo, engarzando adecuadamente con el resto de las normas que seguirán vigentes, así como previendo el paso ordenado de las normas derogadas a las que entrarán en vigor. El Derecho comparado, la teoría del derecho y la lógica jurídica podrían ser de utilidad, pero aquí parece decisiva la dogmática de cada rama del derecho. La mayor parte de las críticas que los dogmáticos dirigimos a las leyes se mantienen en este nivel de racionalidad, junto con el primero (ambos están estrechamente relacionados: un mínimo de racionalidad lingüística es condición necesaria para la racionalidad jurídico-formal). También los manuales de técnica legislativa —obra esencialmente de juristas— se sitúan preferentemente en estos dos niveles.

El valor de referencia en el tercer nivel (**racionalidad pragmática, R3**) es la eficacia: la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley. «El fin es conseguir que las normas sean obedecidas o, dicho quizás en forma más general, que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos, sino también «Derecho en acción»». En el nivel R3, «una ley es irracional si, y en la medida en que, fracasa como directiva, esto es, en su propósito de influir en el comportamiento humano» (pp. 36 y 37). Las técnicas para reducir la irracionalidad en este nivel podrían venir básicamente de la sociología jurídica, así como de la politología y la psicología. Los juristas pasamos por alto fácilmente esta exigencia de racionalidad pragmática, que obliga a preguntarse, entre otras cosas, por la adecuación de las sanciones (positivas y negativas) para motivar la conducta de los destinatarios de la norma, la suficiencia de la cobertura financiera, la existencia de la organización administrativa necesaria o las consecuencias de la «legislación simbólica» (que no está promulgada precisamente para ser cumplida).

¿Alcanza la ley los fines sociales perseguidos? Esta es la pregunta clave en el cuarto nivel de racionalidad (**racionalidad teleológica**, R4), en el que el sistema jurídico es visto como un medio o instrumento para conseguir fines sociales, como pueden ser la eficiencia económica, la reducción del paro, el aumento del nivel educativo de la población, la redistribución de la riqueza, la igualdad entre los géneros. El análisis de la eficacia (R3) y de los efectos sociales de las leyes (R4) y de sus interrelaciones es de una enorme complejidad. El esquema que Atienza incluye (p. 43) es muy útil para percatarse de ello. Las normas pueden cumplirse o no cumplirse por los destinatarios. Ni siquiera hay que presuponer que el edictor de las mismas desea siempre el cumplimiento. Puede ocurrir que la norma se incumpla (de acuerdo o no con los deseos del edictor), y que mediante este incumplimiento se alcancen (o no) los fines que el legislador se propuso. Hay que tener en cuenta los efectos no previstos (deseables o no, «efectos perversos» en este último caso). Quizás la observación más importante es que cabe perfectamente que la mayoría de los destinatarios cumplan habitualmente la norma y que no se produzcan los efectos sociales deseables que el legislador había previsto.

Los problemas de eficacia y de efectividad social de las leyes son muy complejos y demasiado ajenos, de ordinario, a las preocupaciones de los civilistas, pero de ineludible planteamiento en cualquier reflexión de política legislativa. ¿Cómo contestar, si no, a la pregunta de para qué una nueva ley?

En los cuatro niveles hasta ahora mencionados nos mantenemos en el campo de la racionalidad instrumental, es decir, en el discurso sobre la adecuación de los medios a los fines pero sin cuestionar la bondad de éstos. Para el positivismo jurídico, los fines los establece libremente el legislador mediante acto incondicionado de voluntad. Por el contrario, el quinto nivel de racionalidad propuesto por Atienza es la **racionalidad ética** (R5), «pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética». Obviamente, el gran reto es el de la objetividad de esta justificación ética. Desde una concepción no cognitivista de los valores —que es la implícita en el positivismo jurídico, muy explícita por ejemplo en Kelsen— sólo quedaría la posibilidad de compartir o no, subjetiva y diríamos privadamente, los valores éticos incorporados a la ley dada, pero esta actitud y la posible crítica de la eticidad de la ley no podría presentarse como contenido de una ciencia del derecho o como actividad del jurista

en cuanto tal. Frente a ello cabe admitir, si no la posibilidad de conocer los valores mediante la razón —como pretende cierto tipo de iusnaturalismo— sí la de justificar racionalmente los juicios de valor, aunque no podamos hacerlo de manera absoluta e incontestable.

Esta última postura es la que Atienza mantiene, asumiendo la concepción discursiva de la racionalidad práctica, en la línea desarrollada por Habermas y Alexy. La racionalidad práctica se caracteriza «en términos procedimentales más bien que sustanciales; como un proceso dialógico y no monológico; llevado a cabo por los hombres en las condiciones de su existencia real (...) y que en el proceso la objetividad se define por la capacidad para alcanzar un consenso en condiciones de libertad e igualdad (...). Así entendida la racionalidad práctica tiene un carácter limitado, pues no pretende efectuar juicios absolutos sobre los fines últimos, sino solo juicios que tienen una pretensión de validez objetiva (...); y en ella predomina la dimensión crítica —negativa— sobre la constructiva» (p. 90). «La racionalidad ética —a diferencia de otros niveles de racionalidad— no genera ninguna técnica legislativa específica: no hay ningún procedimiento para lograr la libertad, la igualdad y la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1-R4» (pp. 39-40).

Sin embargo, sí parece que cabe proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente también en este nivel axiológico, en particular el acercamiento del proceso de legislación en todas sus fases (prelegislativa, legislativa, postlegislativa) a las reglas del discurso práctico racional. Dicho de otro modo, se trataría de extender las reglas de la argumentación jurídica, desde la aplicación a la producción de las normas; de manera que la noción de racionalidad constituyera el eje en torno al cual articular la diversidad de los saberes y de las prácticas jurídicas. Ahora bien, por el momento la elaboración de una teoría de la argumentación jurídica que tenga por objeto la legislación, en el contexto del discurso de la razón práctica, es muy incipiente.

El propio Atienza ha desarrollado y completado algunas ideas en «Argumentación y legislación» (2004b) y advertido que la argumentación legislativa es mucho más abierta y menos estructurada que la que tiene lugar en otras prácticas jurídicas, en particular en la judicial.

En la elaboración de las leyes la argumentación no puede ser —sin duda, no es— simplemente la que correspondería al discurso racional crítico. Hay momentos irreductibles (y legítimos) de confrontación de intereses y de pre-

ferencias, que se encaminan a un compromiso por medio de la negociación²⁵. No cabe esperar siempre una actitud dialógica, es decir, de búsqueda cooperativa de la verdad o de la corrección.

2. PARA LA RACIONALIDAD DE LAS LEYES CIVILES

2.1. Observación previa

Por supuesto, no estoy en condiciones de establecer con fundamento, coherencia y desarrollo detallado criterios suficientes para alcanzar, si fueran seguidos en el proceso legislativo, la racionalidad de las leyes civiles. Creo que nadie se encuentra en estas condiciones, y es dudoso que tal logro pueda darse. La «ciencia de la legislación» es más un rótulo que cubre aspiraciones y deseos que un cuerpo de conocimientos contrastados dispuestos para su aplicación.

Sin embargo, quizás tengan interés algunas observaciones que, partiendo de los cinco niveles de racionalidad propuestos por Atienza y teniendo también en cuenta otras aportaciones (señaladamente, la de Díez Ripollés), sugieran algunas especificaciones en el campo del Derecho civil.

El punto de vista de las páginas que siguen es el de la elaboración de las leyes civiles, pero es claro que los criterios servirán también para el análisis y evaluación de las mismas.

Ahora bien, desde este punto de vista, el de la elaboración de las leyes, parece que hay que empezar por arriba, es decir, por la racionalidad ética y la teleológica, como propone Díez Ripollés y acepta Atienza: «Se comienza por discutir qué objetivos deben perseguirse con la ley y si estos están justificados; luego, qué medios objetivos y subjetivos (sanciones) de-

25 Partiendo de la unidad del razonamiento práctico —es decir, de la imposibilidad de aislar el razonamiento jurídico respecto del razonamiento moral y político—, queda por ver como articularla con la diversidad de racionalidades en distintos contextos de acción. A Atienza no le convence la conocida tesis de Alexy (inspirada en Habermas) de la racionalidad jurídica como un caso, una especificación, del discurso práctico general (la tesis del *caso especial*). Los diversos contextos de acción determinan que en cada uno de ellos rijan diversas «reglas de juego», que pueden eventualmente entrar en contradicción con las del discurso crítico racional, pero cuya existencia está justificada precisamente mediante éste. Las «reglas del juego» de la actividad de legislar son distintas de las correspondientes a la actividad de juzgar: la existencia de unas y otras y sus caracteres particulares estarían justificados mediante el discurso crítico racional (Atienza, 2004b, p. 95).

ben usarse al fin de lograrlo; qué sistemática debe tener la ley a fin de que resulte completa y consistente; y, finalmente, cómo deben estar redactados sus artículos»²⁶.

Por otra parte, nada diré referido a los niveles R1 y R2 (racionalidades lingüística y jurídico-formal), pues no parece que se de una especificidad del Derecho civil que sea necesario subrayar aquí. Más aún, los estándares de calidad en estos niveles parecen inspirados de manera importante en los ideales y las mejores realizaciones de los Códigos europeos, entre ellos los civiles, y las leyes civiles en general (cuya proliferación, aun siendo visible, no se acerca a los niveles cuantitativos de la legislación administrativa) parece que se ajustan más a aquellos estándares que las leyes administrativas. Acaso puede añadirse que es también más fácil mantener estos criterios de calidad, dada la densidad de la elaboración dogmática existente, y que, correlativamente, son también mayores las expectativas y exigencias de que se alcancen. En cualquier caso, los juristas están familiarizados con estas exigencias de racionalidad, y dado que en esta Ponencia no está prevista la composición y redacción de un texto a la manera de borrador de ley, sólo esporádicamente se harán aquí otras consideraciones sobre estos temas que suelen considerarse de técnica legislativa.

En los niveles R5 y R4 (racionalidades ética y teleológica), además de mantener un criterio básicamente procedimental para la determinación de la corrección de las opciones que excedan del marco de las creencias básicas compartidas en la sociedad, señalaré lo que parece constituye un rasgo específico o seña de identidad del Derecho civil. La moderna teoría de la legislación, fruto de la crisis del Estado social, tiene en cuenta predominantemente normas que pretenden transformar la sociedad, leyes concebidas como instrumentos para moldear y reformar la realidad social y económica imponiendo o propiciando fines para las acciones de los sujetos. Mientras que el Derecho civil codificado más bien pretende expresar un orden social previo y proporcionar un marco de garantías para las actividades de los ciudadanos dirigidas a la consecución de sus propios fines e intereses. Ello lleva a algunas reflexiones sobre los objetivos y fines de la legislación civil.

En cuanto al nivel R3 (racionalidad pragmática), ocurre que la noción clave de eficacia ha sido definida en la teoría del derecho, básicamente, en función del cumplimiento de las normas, lo que resulta ser una forma inadecuada

26 ATIENZA (2004b), p. 111.

cuada o, por lo menos, insuficiente para ser útil en el análisis de las normas de derecho civil. El Derecho civil, en cuanto sistema de normas, no está constituido sólo ni principalmente por normas de acción que imponen obligaciones o prohibiciones (únicas respecto de las que cabe hablar de cumplimiento), sino (además de normas conceptuales y puramente constitutivas) por normas de permisión y, sobre todo, de competencia (que atribuyen poderes a los particulares), respecto de las que el criterio del cumplimiento (o, subsidiariamente, aplicación judicial) carece de sentido. Se impone analizar otros conceptos de eficacia. También las normas dispositivas (*ius dispositivum*, contrapuesto a *ius cogens*) —igualmente muy numerosas e importantes— escapan al criterio de eficacia entendida como cumplimiento.

2.2. Racionalidad ética

Es obvio que el nivel de la racionalidad ética está sujeto a las muy diversas concepciones sobre la moral y sus relaciones con el discurso jurídico que se mantienen en nuestro entorno cultural. Aquí me limitaré a mostrar algunas ideas expresadas recientemente por autores españoles, de manera que sirva su contraste como sugerencia de un marco posible de razonamiento y diálogo.

Díez Ripollés, en un importante trabajo sobre la racionalidad de las leyes penales (2003), ha profundizado en los planteamientos de Atienza y hecho interesantes concreciones sobre la racionalidad ética en la legislación penal, en la línea del discurso práctico racional de Habermas. Me serviré libremente de sus aportaciones para hacer por mi parte algunas observaciones sobre la racionalidad ética en la legislación civil.

Para Díez Ripollés, la racionalidad ética expresa el «sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad» (p. 92). La legislación ha de mantenerse en el marco de este sistema básico de creencias de la sociedad, constituido por un «entramado originario de actitudes vitales y principios reguladores del comportamiento, que condicionan de manera determinante los modos de interacción de los miembros de la sociedad, y cuya aceptación está tan arraigada que sólo muy de cuando en cuando se somete alguno de sus aspectos a discusión» (p. 111).

Creencias son las apreciaciones y valoraciones que no están en discusión en una sociedad. Para Habermas, el mundo de la vida (con el que iden-

tifica este sistema básico de creencias) no puede cuestionarse mediante el discurso, solo puede venirse abajo, derrumbarse en un determinado momento histórico. Díez Ripollés añade, matizando o completando la anterior apreciación, que «el derecho nos ofrece de vez en cuando ejemplos de cómo ciertos principios significativos de nuestro sistema de creencias son sustituidos por otros en procesos lentos pero que implican un cuestionamiento racional de los principios que les han precedido» (señala como ejemplo la evolución del principio de imputación personal en el Derecho penal).

En concordancia con lo anterior, debería ser muy fácil determinar el contenido de la racionalidad ética en el derecho o en un sector del ordenamiento jurídico, por corresponder necesariamente a convicciones socialmente muy arraigadas en un determinado periodo histórico. Coincidirían asimismo en su formulación personas o corrientes de pensamiento que partieran de las diferentes concepciones éticas o morales mantenidas en la colectividad, siempre que nos mantengamos efectivamente en el terreno de las creencias firmemente establecidas y relativamente inmunes al cambio.

Partiendo de estos presupuestos, Díez Ripollés desarrolla con cierta amplitud un «modelo estructural de racionalidad ética penal», agrupando los principios fundamentales del derecho penal en tres grandes grupos: los principios de la protección (de lesividad, de esencialidad o fragmentariedad, de interés público, de correspondencia con la realidad); de la responsabilidad (de certeza o seguridad jurídica, de responsabilidad por el hecho, de imputación, de reprochabilidad o culpabilidad, de jurisdiccionalidad); y de la sanción (de humanidad de las penas, de los fines de la pena, de proporcionalidad de las penas y del monopolio punitivo estatal). Luego, bajo cada uno de los epígrafes, ha de determinar cuál es el núcleo que, en su opinión, corresponde estrictamente a convicciones profundas e indubitadas de la sociedad en un momento determinado, y aquello otro que está sujeto a discusión.

No sería demasiado difícil elaborar, de manera análoga, una propuesta de «principios estructurales de racionalidad ética civil». Sin duda girarían en torno a las ideas de dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, autonomía de la persona para establecer su propio plan de vida, responsabilidad por los propios actos, vinculación contractual, propiedad privada, matrimonio y familia, sucesión hereditaria. Cabría añadir algunos otros (quizás principios de correspectividad y de buena fe) y sería necesario un trabajo minucioso de desarrollo y articulación. Sobre todo, habría que acotar en cada caso hasta dónde llegan las creencias compartidas en el «mundo de la vida» (que configu-

ran un ámbito relativamente pequeño y en disminución en sociedades plurales como la nuestra) y evitar deducir mecánicamente consecuencias.

Cabe dudar de que una exposición de los valores y principios compartidos por todos y no puestos en cuestión en la sociedad sea verdaderamente útil a la hora de diseñar criterios de política legislativa. Sin duda, los fines perseguidos por el legislador habrán de ser coherentes con este marco de moralidad social, cuyas exigencias habrán de estar presentes asimismo en todos los demás niveles de racionalidad. En esta función, plantean más bien exigencias negativas (lo que no se debe hacer) más que contenidos positivos o constructivos al proceso legislativo.

Con la particularidad de que si, para alguna opinión socialmente autorizada, una iniciativa legislativa lesiona o no tiene en cuenta las que se suponen convicciones básicas y duraderas de la comunidad, con ello mismo se pone de manifiesto la inexistencia o pérdida de vigor de tales convicciones básicas compartidas. Si realmente se debate en serio sobre ello, es que lo debatido no forma parte (o ha dejado de formar parte) del sistema básico de creencias de una sociedad.

Desde ese momento ya no hay criterios de contenido o sustancia que deban necesariamente ser atendidos por la ley. Necesitamos entonces otros criterios que nos permitan operar en este nivel de la racionalidad ética. En mi opinión, estos otros criterios sólo pueden ser procedimentales, articulados en torno a dos ideas: el principio democrático y la teoría del discurso crítico racional (por lo demás, íntimamente relacionados entre sí).

Entiendo con Díez Ripollés que el principio democrático está contenido en la racionalidad ética de nuestra sociedad, es decir, que se incluye entre las convicciones básicas compartidas por los ciudadanos que, para la decisión de los asuntos públicos, la última palabra la tienen los ciudadanos, expresada con el criterio de las mayorías. «La remisión a la opinión de las mayorías ciudadanas cuando se trata de dilucidar las controversias sobre diferentes alternativas de actuación social es, ante todo, un criterio enraizado en nuestras creencias más profundas relativas a cuál sea la fuente de legitimación política que funda nuestras actuales sociedades» (p. 187). Obviamente, el principio democrático, o de las convicciones generales mayoritarias, va mucho más allá de la legitimación de los gobernantes mediante elecciones periódicas. Presupone una opinión pública surgida de la sociedad civil que refleja el pluralismo social y permite profundizar en el desarrollo de una democracia participativa y deliberativa.

Atienza, por su parte, no prescinde de la moral crítica, que puede cuestionar cualesquiera convicciones sociales, y con arreglo a la cual se puede evaluar la racionalidad ética de las leyes; pero una moral que es fruto del consenso alcanzado mediante un proceso dialógico en condiciones de libertad e igualdad, de acuerdo con la idea regulativa del discurso práctico racional. Coherentemente, considera que el nivel de la racionalidad ética proporciona sobre todo criterios negativos, límites a la acción del legislador, al que reconoce (como legislador democráticamente legitimado) amplia autonomía para la determinación de los fines.

Las relaciones entre principio democrático y discurso crítico racional son muy estrechas. Como escribe García Amado, «la efectividad del principio democrático (...) supone, en lo que a la legislación se refiere, la plasmación práctica y procedimental de una cierta racionalidad que tiene su eje en el respeto de los interlocutores y de su igualdad y en el procedimiento que asegura todo ello y la transparencia del resultado»²⁷. A nuestros efectos, puede observarse que desempeñan papeles distintos según nos situemos en el momento de la acción legislativa o en el posterior de su análisis o evaluación. El principio democrático legitima las decisiones del legislador, mientras que la idea reguladora del discurso crítico racional —moderadamente útil en la confección de la ley— nos permite enjuiciar la racionalidad ética de la ley resultante del proceso real de legislar.

Se habrá notado que, hasta ahora, para nada he mencionado los derechos fundamentales, ni los valores o principios constitucionales. Se entienden, obviamente, incluidos en las creencias profundas y enraizadas en la sociedad. Ahora bien, cuando en efecto se discute su interpretación, su ámbito de aplicación, sus límites, sus interferencias con otros principios o valores constitucionales, no queda sino acudir a los principios combinados de democracia y de discurso crítico racional. Otra objetividad que sobrepase el consenso intersubjetivo adecuadamente formado no debe buscarse. Por otra parte, sólo de este modo es posible que la Constitución, tiempo después de aprobada, siga encarnando un consenso básico en la colectividad conforme el paso del tiempo hace evolucionar, aun de manera lenta y casi imperceptible, las convicciones más profundas.

27 GARCÍA AMADO (2000), p. 314.

2.3. La determinación de fines en la legislación civil

2.3.1. Fines de las personas y fines del legislador en el Derecho civil

Atienza²⁸ señala como un precedente importante de la actual teoría de la legislación el movimiento de codificación europeo, que ha dado un rasgo peculiar a los sistemas jurídicos de tipo continental. «Ahora bien —añade de inmediato— la idea clásica de la codificación supone un concepto de ley, de legislación, que se diferencia notablemente de la producción legislativa que tiene lugar en las sociedades contemporáneas». Por ello «la técnica legislativa de la codificación no puede ser, sin más, una técnica adecuada para nuestros órganos legislativos». Una razón para ello es que «la codificación se basa en la idea de la inmutabilidad de las leyes», lo que ilustra con una cita de Irti (en «la edad de la descodificación», naturalmente): «el derecho de propiedad, la libertad contractual, la sucesión mortis causa son instituciones perennes, a las que los códigos añaden la tutela del poder del Estado, pero que no podrían ni suprimir ni modificar». Y una «segunda razón (ligada en realidad a la anterior) consiste en que las leyes —el Derecho— son vistas [en la codificación] como instrumentos necesarios para que cada uno, cada individuo, pueda obtener sus propios fines, pero no (está sería la noción contemporánea de ley: la ley de la «edad de la descodificación») como normas que prescriben, sugieren o aconsejan ciertos fines».

Como creo que las apreciaciones son correctas (aunque no sé si su autor y yo deduciríamos las mismas consecuencias) y pueden suscitar de inmediato entre los civilistas alarmas o perplejidades ante cualquier intento de modificar el Código civil o, mucho más, de reformularlo globalmente; y dado que esta ponencia plantea expresamente el modo y manera de una legislación civil reformadora del Código, parece oportuno algún comentario.

Ciertamente, el Código civil español está construido básicamente con el Derecho civil que ya existía en la sociedad decimonónica. Lo proclama así la Base 1ª de Ley de bases de 11 de mayo de 1888. Lo que es más importante, en las opciones principales no podía ser de otra manera. El Derecho civil —el derecho privado en general— no procede, en su mayor parte, de intervenciones de legisladores que pretendan transformar la sociedad mediante leyes nuevas (aunque también se ha dado el caso), sino de la

28 ATIENZA (2004), p. 91.

sociedad misma. La legislación civil no es una normación (im)puesta por el soberano, sino la prestación por éste de la garantía de que los jueces aplicarán unas normas que, escritas o no, eran ya practicadas en la sociedad, introduciendo acaso algunas modificaciones. Esto tiene consecuencias en el terreno de la eficacia (el cumplimiento puede ser en amplia medida espontáneo y no motivado por la existencia de la ley, que cabe perfectamente que los ciudadanos desconozcan –en cuanto ley estatal– sin merma de la correspondencia de sus acciones con el contenido de las leyes), pero las tiene sobre todo en el momento de la racionalidad teleológica, de la determinación de los fines de las normas civiles.

Por supuesto, «concebir la ley como medio para alcanzar un fin, o como un instrumento para cumplir un objetivo no es necesariamente contrario a la naturaleza misma de la ley», como recuerda Laporta²⁹ al describir el tipo de legislador activo o «activista» propio del Estado social. Es legítima la aplicación de la razón instrumental a la tarea de legislar también en el campo del Derecho civil, pero desfiguraría notablemente el Derecho civil que conocemos (sin, probablemente, hacerlo en su conjunto más útil para la sociedad) la subordinación de las instituciones civiles a la consecución de objetivos, sociales o económicos, cambiantes, relacionados con programas de gobierno coyunturales.

Las legislación civil no podría estar constituida en su totalidad, ni en amplia medida, por normas que «prescriben, sugieren o aconsejan ciertos fines» a los ciudadanos, precisamente porque son «instrumentos necesarios para que cada uno, cada individuo, pueda obtener sus propios fines». F. Laporta, precisamente en el contexto del problema de la proliferación legislativa (más concretamente, en una introducción general a una «teoría y realidad de la legislación»), ha dedicado unas hermosas páginas a desarrollar la idea «del derecho y la legislación como un mecanismo creado para posibilitar al máximo las decisiones individuales»³⁰.

«Una de las presuposiciones básicas de la cultura occidental (...) es un presupuesto antropológico propio: la visión del ser humano como artífice de sus propios pensamientos, de sus acciones y de sus decisiones, del ser humano como dueño de sí mismo, como constructor y diseñador de

29 LAPORTA (2004), p. 57.

30 LAPORTA (2004), pp. 76-80.

su propia vida. Es lo que voy a llamar, utilizando una expresión genérica, una visión del ser humano dotado de 'autonomía personal' como sustrato moral sin el que es imposible pensar nuestra propia cultura».

Advierte luego al jurista que no debe confundir este concepto de 'autonomía personal' con el de autonomía de la voluntad, «que no es sino una proyección a un sector de las actividades sociales» de aquel otro concepto más amplio. Proyección, añado por mi cuenta, que en ningún otro sector del ordenamiento jurídico tiene más fuerza que en el Derecho civil, que es el marco jurídico que proporciona la posibilidad real a los individuos de «concebir fines y medios propios y realizarlos». Parece especialmente adecuada al Derecho civil la afirmación que Laporta hace en general: «Las leyes (...) son construcciones humanas ideadas para establecer un marco idóneo de decisiones para el individuo».

No estoy presuponiendo nada sobre dónde colocar los límites necesarios a esta autonomía o hasta dónde son posibles y deseables políticas instrumentales que fijen, propongan o impongan específicas finalidades a las acciones de los sujetos. Me basta con señalar que en el Derecho civil hay un contenido irreductible cuya función es garantizar que los individuos puedan tomar decisiones sobre su propia vida de acuerdo con planes finalistas propios que corresponden a sus personales preferencias; y que la consideración de esta función ha de estar presente de manera relevante en la determinación de los fines de cualquier intervención legislativa en el campo del Derecho civil.

2.3.2. Fines de las leyes y teleología del sistema de normas civiles en que se insertan

Las intervenciones del legislador contemporáneo están de ordinario guiadas por la racionalidad instrumental, es decir, por la selección de los contenidos legales más adecuados para alcanzar los fines u objetivos sociales que el legislador se propone. La confección de una ley comenzará, lógicamente, por la determinación de los fines u objetivos sociales que se quiere conseguir.

Serán premisas motivadoras de la acción del legislador sus propios deseos, intereses y preferencias, acaso mostrados en los programas de los partidos. Sólo excepcionalmente las razones para la acción serán el cumplimiento de normas (constitucionales, internacionales, europeas). El ámbito de legí-

timo arbitrio es muy amplio, pero no ilimitado. Por supuesto, la acción del legislador está sujeta a los límites constitucionales. Pero no basta con ello. No sólo es preciso que no sobrepase los límites señalados por reglas y principios, sino también que no afecte peyorativamente al resto de los objetivos valiosos. También en la determinación de prioridades hay exigencias éticas. En cualquier caso, debe poderse justificar que los objetivos persiguen la consecución de estados de cosas socialmente preferibles, además de ser conformes con normas y valores constitucionales.

En la argumentación tendente a justificar los fines tendrá un papel importantes la ponderación de los principios afectados, de modo que se muestre la racionalidad del predominio de uno sobre otro en las circunstancias que configuran la regla legislada; ésta puede verse, en buena medida, como el resultado de ponderaciones llevadas a cabo por el legislador.

Ahora bien, como antes he dicho, la mayor parte de las normas civiles vigentes no han sido puestas por el legislador de acuerdo con la racionalidad instrumental para conseguir modificaciones previsibles en la sociedad. Ciertamente, todas pueden ser interpretadas teleológicamente (y esto es central para la interpretación de las normas dirigida a su aplicación), pero las intenciones reales del legislador histórico son muy poco relevantes para interpretar y aplicar la norma hoy. Más aún, para muchas de las normas del Código no cabe buscar un legislador real que pretendiera con ellas estos o aquellos efectos sociales o económicos, sino que proceden de la actividad de los juristas, acaso de hace muchos siglos, transmitidas como criterios de los prudentes a los que los legisladores prestan la fuerza de obligar sin cambiar por ello su sentido³¹.

Por ello es de gran importancia, al legislar hoy sobre materias concretas de Derecho civil, comprobar la compatibilidad de los fines perseguidos (también de los medios utilizados instrumentalmente) con la constelación y equilibrio de los fines previamente actuantes en el Derecho civil de acuerdo con normas que siguen vigentes tras la nueva ley. No es sólo una cuestión de coherencia dogmática (en el nivel R2), sino también de coherencia ética, en la medida en que hay que ponderar el sacrificio de otros fines que pueden ser igualmente valiosos.

31 Por fines de estas normas hay que entender los prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico, es decir, en términos de la teoría del discurso, los que establecería la comunidad de quienes deben tomar decisiones sobre la base del argumento racional (ALEXY, 1989, p. 232).

2.4. Eficacia y efectividad de las normas civiles

2.4.1. Precisiones sobre el nivel de racionalidad teleológica

Para Atienza, el nivel R4 (racionalidad teleológica) se ocupa de la efectividad social de las leyes, esto es, de si pueden lograr los objetivos sociales perseguidos por ellas. Por ello, una ley es irracional en el nivel R4 «si y en la medida en que no produce efectos o produce efectos no previstos y que no pueden tampoco considerarse como deseados o deseables»³².

Díez Ripollés prefiere situar en este nivel de la racionalidad teleológica «el debate sobre los objetivos legales mismos», como paso previo a apreciar la posibilidad de que se logren a través de la ley³³. En su opinión, una vez presupuestos los principios incuestionados que resultan del nivel de la racionalidad ética, hay que sentar las bases «para un discurso ético-político en el que, presupuestos los principios anteriores, se produzca una confrontación racional entre contenidos éticos de segundo orden, es decir, carentes de una aceptación libre de cualquier desacuerdo en la colectividad, e intereses particulares y sectoriales muy diversos, procedentes todos ellos de agentes sociales y grupos de presión de amplio espectro. Tal confrontación implicará la obtención de compromisos y un empleo decisivo del criterio democrático».

Creo que el desacuerdo entre estos autores no es de fondo, pero pone de manifiesto la necesidad de algunas precisiones:

- a) La denominación «racionalidad teleológica» parecería la apropiada precisamente para el nivel en que ha de justificarse la idoneidad de los fines legales mismos, como propone Díez Ripollés.
- b) Deben mantenerse dos niveles (los R3 y R4 de Atienza) referidos, respectivamente, a la eficacia de las leyes y a los efectos sociales de las mismas, aunque están muy relacionados entre sí.
- c) Cabría, entonces, situar un nivel intermedio entre R4 y R5, dedicado precisamente a la racionalidad de la determinación de los fines (con el nombre de «racionalidad teleológica», cambiando entonces el de R4; o con otra denominación). Pero lo que ocurre es que

32 ATIENZA (1997), p. 38.

33 Díez RIPOLLÉS (2003), p. 94.

Atienza sitúa estas cuestiones en el nivel R5, ya que «la justificación última de los fines (...) sólo puede ser una justificación ética»³⁴.

Por mi parte, voy a seguir utilizando aquí los niveles y denominaciones de Atienza, para evitar confusiones. Pero creo que nos encontramos con varias cuestiones distintas. Por lo menos, éstas:

- a) la justificación ético-política de los fines seleccionados,
- b) la adecuación de los objetivos, como concreción de los fines, para satisfacer los intereses sociales que se pretende favorecer,
- c) la compatibilidad pragmática de los objetivos con otros objetivos legales,
- d) los costes previstos o previsibles de alcanzar los objetivos,
- e) las previsiones del legislador sobre el grado de cumplimiento (incluida aplicación) de las normas,
- f) las previsiones del legislador sobre los efectos sociales que la ley producirá a través de su cumplimiento,
- g) la evaluación *a posteriori* del grado de cumplimiento (incluida aplicación) de la ley, y
- h) la evaluación *a posteriori* de los efectos sociales producidos (comparando la realidad con las previsiones del legislador).

La cuestión sub a) pertenece al nivel de la racionalidad ética (R5), en el que cabría hacer algunas subdivisiones.

Las demás cuestiones pertenecen al nivel de la racionalidad teleológica (R4), salvo e) y g) (aspectos referidos al cumplimiento y a la aplicación de la ley), que corresponden a la racionalidad pragmática (R3)³⁵.

Para la evaluación de una ley respecto de estos niveles de racionalidad (R3, racionalidad pragmática y R4, racionalidad teleológica) lo decisivo es averiguar si la ley se cumple, si se aplica por los tribunales y cómo, si se han alcanzado los objetivos de conformación de la sociedad pretendidos por el legislado, si el coste de alcanzarlos es razonable (eficiencia). Son centrales para ello conocimientos empíricos logrados con el uso de las correspondien-

34 ATIENZA (199), 38.

35 Díez RIPOLLÉS situaría todas ellas en el nivel de la racionalidad pragmática (2003, p. 95. vid. nota 87), en el que habría que hacer algunas subdivisiones.

tes técnicas basadas en las ciencias sociales (sociología, economía). No voy a ocuparme aquí de estos aspectos (ni podría hacerlo con solvencia; tampoco han sido desarrolladas especialmente por los autores a los que principalmente sigo). Ahora bien, para evaluar los resultados empíricamente comprobables de una ley son necesarios criterios de referencia, parámetros teóricos o, si se prefiere, conceptos (tales como eficacia, efectividad social, cumplimiento, aplicación, éxito). Estos conceptos no son nada evidentes ni mucho menos indiscutibles. Además, las definiciones procedentes de la teoría del Derecho, que me parecen un buen punto de partida, dejan fuera de su alcance tipos de normas jurídicas que son muy importantes en el Derecho civil. En definitiva, lo que sigue son más bien unas preguntas sobre cómo es posible entender y evaluar la eficacia y efectividad social de las normas civiles, con algunas tentativas de respuestas o sugerencias sobre la manera de encontrarlas.

2.4.2. Definiciones de eficacia y de efectividad de las normas

Es usual en la teoría del Derecho la definición de la eficacia de las normas por referencia al cumplimiento de las mismas o, caso de incumplimiento, su aplicación por el juez³⁶. Cumplimiento y aplicación resultan así las claves para la definición de eficacia.

Es también habitual la distinción entre eficacia como cumplimiento o, en su defecto, aplicación y la eficacia o efectividad social como «capacidad para obtener, por medio de normas jurídicas, estados de cosas socialmente valiosos»³⁷.

La consecución de determinados estados de cosas es el fin que el legislador se ha propuesto. Al diseñar la ley, sólo después de determinados los fines procede considerar qué normas serían aquellas que, caso de ser cumplidas, producirían el estado de cosas socialmente valioso deseado (acorde con los fines), y qué otros efectos, deseables o no, es previsible que de tales normas deriven; después —en realidad, simultáneamente, o en procesos

36 Esta noción se remonta al menos a Kelsen (1979, p. 24).

37 Navarro (1990, p. 19). La terminología no está totalmente fijada: por ejemplo, Díez Ripollés utiliza de manera inversa efectividad y eficacia, siguiendo quizás pautas de la penalística alemana: cumplimiento y aplicación «se ocupan de la efectividad de la norma, esto es, de su puesta en práctica o vigencia», mientras que la eficacia se refiere a la obtención (mediante el cumplimiento o la aplicación) de los objetivos de tutela perseguidos (2003, p. 95).

iterativos—, si tales normas pueden ser cumplidas y si es previsible que lo sean, qué obstáculos encontrarán para ello, qué otras medidas legales o de otro tipo son necesarias o útiles para lograr el cumplimiento, cómo incentivar el cumplimiento; se plantean también cuestiones sobre la aplicabilidad de las normas en caso de incumplimiento, necesidad de normas procesales u orgánicas de los tribunales, ejecutabilidad de las sentencias.

En la teoría del derecho, el análisis del concepto de eficacia parte del concepto de cumplimiento. Se entiende que a través del cumplimiento de la norma se consiguen los resultados y consecuencias considerados valiosos para la sociedad; o bien, en caso de incumplimiento, la aplicación de la norma por los jueces trata de conseguir resultados equivalentes³⁸.

2.4.3. Eficacia como cumplimiento

Ahora bien, el concepto de cumplimiento de normas es todo menos claro o sencillo. Aquí, y por su estrecha relación con el Derecho civil, me interesan estos dos aspectos:

- a) Cumplimiento parece que sólo puede predicarse respecto de normas regulativas de mandato³⁹, es decir, de las que ordenan o prohíben (con los operadores deónticos de obligación o prohibición). No cabría cumplimiento de normas permisivas; tampoco respecto de las que atribuyen poderes (normas de competencia); menos aún respecto de normas puramente constitutivas o de enunciados conceptuales, como las definiciones. Tampoco parece que «cumplimiento» sea un concepto adecuado para entender la eficacia de las normas dispositivas o supletorias, que constituyen, junto con las otras categorías distintas de las regulativas de mandato, la inmensa mayor parte de las normas contenidas en los códigos civiles. En con-

38 La equivalencia de los resultados es, sin embargo, muy relativa. No es lo mismo una situación en que los ciudadanos se abstienen de cometer delito que otra en que las cárceles están superpobladas porque los jueces, aplicando correctamente las leyes, condenan a los que cometen delitos. La valoración social de estos resultados es muchas veces ambigua: ¿es un éxito que aumente el número de condenas por violencia doméstica, tráfico de estupefacientes, delitos ecológicos...? Cfr. OST y KERCHOVE (2002), p. 330.

39 Sigo la terminología de ATIENZA y RUIZ MANERO (2004) en la clasificación de los enunciados jurídicos; vid. en particular cuadros de pp. 201 ss.

secuencia, el análisis de la eficacia de las normas debe ser completado y enriquecido ampliamente para que sea verdaderamente útil en el campo del Derecho civil⁴⁰. En realidad, mantener el concepto de eficacia estrictamente relacionado con el de cumplimiento parece reflejar la concepción elemental de los sistemas jurídicos como conjunto de mandatos respaldados por amenazas y resulta adecuado únicamente, si acaso, para el análisis de las normas penales (los delitos como incumplimiento).

- b) Cumplimiento no es la mera correspondencia de la acción de los sujetos con el contenido prescriptivo de la norma, sino que requiere no sólo el conocimiento de la misma, sino que ésta haya servido de motivación para la acción.

Las cuestiones suscitadas en a) y b) están interrelacionadas, y así se plantean explícitamente en la literatura especializada. P. Navarro⁴¹ distingue entre «correspondencia», «acatamiento» y «cumplimiento» del siguiente modo: «Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción p y los sujetos normativos producen p» (correspondencia); «Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción p, los sujetos normativos *conocen la existencia de (N)* y producen p» (acatamiento); «Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción p, los sujetos normativos *conocen la existencia de (N)* y producen p *en virtud de (N)* (cumplimiento).

Pues bien, en su opinión, «explicar el concepto de eficacia solamente en términos de correspondencia no pone de manifiesto que el predicado 'eficacia' es utilizado naturalmente en el caso de aquellos enunciados destinados a promover conductas, es decir, prescripciones». «El concepto de eficacia tiene que explicarse de manera tal de vincularlo específicamente con el concepto y función de las prescripciones», precisamente porque «la función de

40 Las limitaciones de la noción que identifica eficacia con incumplimiento y aplicación son puestas de manifiesto por DI LUCIA (1996), pp. 37-45.

Autores más alejados de la filosofía analítica, al advertir la existencia de tipos de normas respecto de las cuales no cabe hablar propiamente de cumplimiento, proponen superar el concepto de eficacia como capacidad de la regla para orientar el comportamiento de sus destinatarios en el sentido deseado por el legislador y sustituirlo por una más amplia según el cual la regla es eficaz si es utilizada por sus destinatarios como modelo para orientar su actividad práctica (OST y KERCHOVE, 2002, pp. 229-230, con P. Amssek y otros autores).

41 NAVARRO (1990), p. 16.

las prescripciones es promover o evitar ciertas conductas. Por consiguiente, es un error desvincular el concepto de eficacia de los sistemas normativos de la función motivadora que caracteriza a estos sistemas». En definitiva, «un concepto de eficacia útil para la teoría jurídica es dependiente del concepto de prescripción. La simple relación de correspondencia no puede constituir, sin distorsión del concepto de prescripción, el concepto de asignación de eficacia (aun cuando pudiese ser de ineficacia)»⁴².

Esta es una importante limitación de la concepción de la eficacia como cumplimiento, pues sólo tiene sentido respecto de las normas regulativas de mandato (que obligan a hacer algo, o prohíben hacer algo). Quedan fuera las normas regulativas de permisión, así como las que confieren poderes, las constitutivas y los enunciados legales puramente conceptuales, como las definiciones. Navarro lo afirma expresamente para las primeras mencionadas:

«Incidentalmente, esto arroja luz sobre un punto importante: no tiene sentido predicar eficacia en el caso de las normas permisivas. La característica distintiva de la eficacia no es la existencia de una correspondencia sino el carácter deóntico de la norma en cuestión. Esto se demuestra claramente al considerar dos normas, una que permite el contenido proposicional *p* y otra que obliga a producir *p*. Supongamos que los sujetos normativos hacen $\neg p$. Sólo en el segundo caso es natural predicar ineficacia, aun cuando sea verdadero también del primer caso que no existe relación de correspondencia entre las acciones de los sujetos y los contenidos normativos. Esto no significa que las normas permisivas sean irrelevantes, ya que éstas son una importante herramienta de análisis de la dinámica de los sistemas jurídicos»⁴³.

Comenzaré con una observación sobre la última frase, según la cual las normas permisivas son «una importante herramienta de análisis» y, al parecer, ninguna otra cosa. Como si las normas permisivas —en el sentido amplio en que parece utilizado el término: las regulativas que no son de mandato— carecieran de toda función sustantiva, de toda relevancia social distinta de la de ser «herramientas de análisis». Es posible que esta presuposición de Navarro tenga ascendencia kelseniana: las normas permisivas —entre ellas, las que atribu-

42 NAVARRO (1990), pp. 55-57.

43 NAVARRO (1990), p. 56.

yen poderes— no serían más que fragmentos de normas; la norma completa consiste en la sanción para el caso de incumplimiento de una prescripción.

El caso es que parte importante de las normas de Derecho civil son de permiso, aunque frecuentemente actúan acompañadas de otras de mandato dirigidas a los terceros o a la autoridad (así pueden analizarle las normas que atribuyen derechos subjetivos).

Cabe intentar una apreciación de la eficacia de las normas permisivas desde este punto de vista, sin renunciar a la implicación entre eficacia y cumplimiento. Si la permisión va acompañada del deber de otros sujetos de no impedir la acción permitida, y en la mayor parte de los casos los terceros no infringen este deber de abstención (o, cuando lo infringen, los tribunales remueven el obstáculo y sancionan al infractor) la norma de permiso sería eficaz.

Las normas que atribuyen poderes (contraer matrimonio, contratar, testar...) van acompañadas en el Derecho privado, de ordinario, por normas de permiso (el ejercicio de los poderes de Derecho privado es, de ordinario, discrecional). Cabría apreciar su eficacia atendiendo al cumplimiento de los correlativos deberes de los terceros (prohibición de interferir).

Para las normas constitutivas —o algunas de ellas— podríamos decir de forma análoga que son eficaces si los demás no discuten el estado o situación constituido por la norma o si, en el caso de que lo discutan o impidan sus consecuencias, los tribunales declaran la situación producida e imponen sus consecuencias. Por ejemplo, la norma que atribuye la mayoría de edad por el cumplimiento de los dieciocho años podría analizarse de este modo desde el punto de vista de la eficacia: es eficaz si en la mayor parte de los casos los mayores de dieciocho años son tratados como mayores de edad.

Generalizando, podríamos decir que una norma de permiso, una norma de competencia o una norma constitutiva es ineficaz si los demás sujetos impiden la acción permitida o las consecuencias de la situación adquirida y los tribunales no sancionan esta conducta.

Un concepto de eficacia —y de ineficacia— como el anterior, que sigue basado en el criterio del cumplimiento (o, si no, aplicación) tiene alguna utilidad. Ciertamente, no es indiferente desde el punto de vista de la consecución del estado de cosas deseado por el legislador que se impida actuar a los sujetos en los supuestos en que el legislador permite la acción sin que los tribunales garanticen la posibilidad de la acción permitida. Pero ¿podemos decir que todas las normas que, según este criterio, no son ineficaces, están dotadas de eficacia social?

2.4.4. Normas de permiso y de competencia. Eficacia como éxito

Se habrá observado que, de acuerdo con el anterior criterio, las normas permisivas serían eficaces aunque ningún sujeto realizara nunca la acción permitida (o no se diera nunca el supuesto de la norma constitutiva). Para Navarro, en el párrafo transcrito, si una norma permite el contenido proposicional p y los sujetos no hacen p , no es «natural predicar ineficacia», «aun cuando sea verdadero también (...) que no existe relación de correspondencia entre las acciones de los sujetos y los contenidos normativos».

Pero en otro momento el mismo autor⁴⁴ hace la siguiente observación: la institución de la enfiteusis en el Derecho argentino sería uno de los casos «a los que los juristas podrían calificar de ineficaces y simultáneamente afirmar su existencia». La enfiteusis, en efecto, parece ser la institución que primero viene a las mentes de un jurista como ejemplo de institución ineficaz (por cierto, Navarro no da ninguna explicación de qué deba entenderse por institución ineficaz: podemos entender que cuando son ineficaces las normas, en principio permisivas, que la regulan). Aunque nadie, durante mucho tiempo, constituyera una enfiteusis (e incluso se hubieran extinguido todos los derechos reales de enfiteusis que por tiempo fueron), las normas reguladoras de la enfiteusis no serían ineficaces con arreglo al anterior criterio: nadie las ha incumplido ni han dejado de ser aplicadas por los jueces cuando el caso se ha presentado. Sin embargo, parece muy razonable cuestionar la eficacia de normas tales, como de hecho se hace a menudo sin mayores explicaciones. Parece que respecto de las normas distintas de las de mandato la realización de conductas correspondientes con ellas —o la producción de los supuestos de las normas constitutivas— es un elemento necesario del concepto de eficacia, aunque tales conductas no sean, por hipótesis, cumplimiento (si bien fácilmente puedan significar acatamiento, es decir, incluyen el conocimiento de la norma).

Para este segundo concepto de eficacia de las normas distintas de las de mandato parece que hay que partir de la eficacia social pretendida por el legislador: de la finalidad con que ha dictado la norma y la previsión que ha hecho sobre su utilización por los sujetos jurídicos y las consecuencias de esta utilización. Dicho de otro modo, hay que situarse en el nivel de racionalidad R4 (racionalidad teleológica), sin pasar por R3 (racionalidad pragmática).

44 NAVARRO (1990), p. 75.

Este es el punto de vista de Liborio Hierro (2003), en reciente e importante monografía dedicada a la eficacia de las normas jurídicas. Junto a la eficacia como cumplimiento (con sus variantes, según el motivo que mueve al sujeto) y como aplicación, la eficacia como «éxito»⁴⁵. Para la medición del éxito hay que «seleccionar una definición adecuada de los propósitos del legislador y reconstruir el estado de cosas previo a la edición de la norma y el alcanzado mediante el cumplimiento o la aplicación de la norma»⁴⁶. Ahora bien, por lo que se refiere a la eficacia de las normas permisivas (y entendidos los permisos como «permisos completos», que facultan al destinatario para realizar o no realizar la acción), no cabe hablar de correspondencia, ni de cumplimiento, ni de aplicación. «Sin embargo, los permisos pueden ser eficaces o ineficaces en el preciso sentido de que pueden tener o no tener éxito. Los permisos se dan para algo»⁴⁷. El grado de utilización de los permisos serviría de indicador del éxito de la norma y, en este sentido, de su eficacia.

Hierro pone dos ejemplos. El primero se refiere a la introducción del divorcio por la ley de 7 de julio de 1981 y su éxito vendría indicado por el «índice de conflictividad matrimonial». El segundo a la posibilidad de celebrar contratos de trabajo a tiempo parcial de acuerdo con el RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre. Ocurrió que el porcentaje de contratos a tiempo parcial bajó del 20'3 en 1998 al 18'7 en 1999. En consecuencia, según Hierro «cabe afirmar que la ley no tuvo éxito, al menos en ese primer año».

45 Sobre la terminología, HIERRO (2003), p. 160 (nota 17); en p. 74 un esquema con los diferentes sentido de eficacia de las normas jurídicas. Esta concepción de la eficacia como éxito podemos considerarla propia de la sociología jurídica. El punto de vista estricto de la eficacia como cumplimiento (o, caso de incumplimiento, aplicación) es más propio de la teoría del Derecho, centrada, en lo que aquí concierne, en el problema de la necesidad de algún tipo de eficacia de las normas como requisito para la existencia de las mismas o, como más generalmente se piensa, de los ordenamientos jurídicos. Como advierte Hierro al poner de manifiesto la ventaja de las investigaciones sociológicas sobre el éxito de las normas, «no hay ninguna demanda teórica que haga depender la existencia o validez de las normas o la existencia de un sistema jurídico de que el legislador consiga alcanzar mejor o peor sus propósitos» (p. 168).

46 HIERRO (2003), p. 168. Además, han de tenerse en cuenta, para descontarlos de la eficacia, los efectos colaterales no deseados, en particular los efectos perversos.

47 HIERRO (2003), p. 174. Los enunciados normativos de permisón («permisos fuertes» en el sentido de Alchourron y Bulygin, para distinguirlos de la mera ausencia en el sistema de normas de mandato sobre aquella conducta) contribuyen a guiar la conducta de los destinatarios de las normas. Como explican ATIENZA y RUIZ MANERO (2004, p. 130) «el hecho de saber con certeza que un determinado comportamiento es facultativo —esto es, que está libre de restricciones normativas— hará sin duda que muchos empiecen a hacer (...) lo que en otro caso no harían». Ejemplos para civilistas: arts. 1323 y 1326 Cc. (sin ellos, en ausencia de prohibición, los cónyuges podrían hacer lo que ellos indican, pero acaso no habría seguridad).

De estos ejemplos me interesan aquí dos observaciones:

- a) Los ejemplos (divorcio, contrato de trabajo) no se refieren a meros permisos, sino a normas que atribuyen poderes. No me parece incorrecto. Por el contrario, creo que las normas de competencia (especialmente las de Derecho privado) pueden analizarse junto con las permisivas por lo que se refiere a su eficacia.
- b) Los ejemplos sugieren que la actitud del legislador respecto de las normas de permisión no es siempre la misma. Tampoco parece igual la actitud de la sociedad ante la frecuencia de uso de los permisos.

De las normas permisivas y de competencia puede decirse que su función, en general, es ofrecer a los sujetos una posibilidad de alcanzar la satisfacción de sus intereses mediante acciones que no están prohibidas ni son obligatorias. En las normas de competencia, el legislador ofrece un instrumento mediante el cual los sujetos pueden producir resultados institucionales acordes con sus intereses. Motivan y guían la conducta de los sujetos en cuanto que éstos, si, movidos por sus deseos, pretenden alcanzar determinados resultados institucionales, habrán de comportarse como dispone la norma.

La actitud del legislador puede ser de indiferencia ante estos deseos e intereses de los particulares y las acciones (naturales o institucionales) necesarias para satisfacerlos (en efecto, ni las ordena ni las prohíbe), pero siempre tras una valoración positiva en cuanto a que, en abstracto, merecen la protección del derecho. Si nadie realiza nunca las acciones permitidas y, en particular, si nadie ejercita nunca los poderes conferidos, lo menos que puede decirse (admitiendo excepciones, como se verá) es que el legislador se ha equivocado en sus apreciaciones sobre los deseos e intereses de los ciudadanos y que ha hecho un trabajo inútil.

Dentro de esta actitud básica de indiferencia por parte del legislador, conviene todavía distinguir. En una dirección (que llamaré, para entendernos, permiso como tolerancia), parece que en ocasiones el legislador permite, por así decir, como mal menor y como deseando que, en realidad, nadie haga uso de la permisión, o cuanto menos posible. ¿Sería éste el caso del divorcio? Parece que es así en aquellas leyes de otros países que contienen instrumentos explícitos para retrasar la decisión de los cónyuges, imponerles mayor

reflexión y ayudarles, si es posible, al mantenimiento de su matrimonio. Quizás era así —aunque la ley no era tampoco muy expresiva al respecto— en la ley española de 1981. Evidentemente, no lo es en la de 2005.

Ejemplos de permisos como tolerancia quizás sean las sustituciones fideicomisarias, o la posibilidad de pagar la legítima en dinero en ciertos casos, o la de conmutación del usufructo viudal.

En la otra dirección (que llamaré permiso incentivado), hay sin duda permisiones que el legislador ve como de ejercicio deseable. Un ejemplo claro es el de la constitución de patrimonio especial para las personas con discapacidad, incentivado fiscalmente en la misma ley que establece su posibilidad. Me parece significativo, y que abona la conveniencia de la distinción que estoy explicando, que no pueda decirse lo mismo de la permisón de constituir una sustitución fideicomisaria en perjuicio de la legítima de otros descendientes (que, ciertamente, carece de incentivos específicos)⁴⁸. En medio quedarían los «simples» permisos.

En todos los supuestos, la eficacia social de la norma de permisón requiere cierto número de acciones correspondientes a la norma, de manera que a mayor número de acciones correspondientes mayor es la eficacia de la norma. Cuántas acciones se requieran para que podamos decir que la norma es más bien eficaz que ineficaz, no es cosa fácil de decir. Pero recuérdese que tampoco es fácil —quizás imposible— cuantificar el número de actos de cumplimiento (o, en su caso, de aplicación) para poder afirma la eficacia de una norma de mandato⁴⁹. Lo mismo que respecto de éstas, un parámetro lo da el número de casos posibles, es decir, los incluidos en el ámbito de aplicación (interna) o de validez, si se prefiere, según los criterios materiales, personales, territoriales y temporales. Para las normas de mandato, se ha propuesto una definición de «eficacia como mayoría» del siguiente tenor: «Una norma general (N) es eficaz si y sólo si la mayoría de los sujetos en la ma-

48 Un claro ejemplo de permiso incentivado es el permiso laboral a favor del padre trabajador en caso de parto. La Ley que modifica el art. 48.4 ET, llamada de «conciliación de la vida familiar y laboral» (Ley 39/1999, de 5 de noviembre), en su Disp. Ad. 4ª, manifiesta el propósito de los poderes públicos de «conseguir que se acojan a las nuevas posibilidades» las trabajadoras y los trabajadores.

49 Tras un cuidadoso estudio de la cuestión, en particular de las propuestas de Navarro, L. HIERRO concluye (p. 137): «No hay criterio alguno de carácter general que permita una medida común del cumplimiento de las normas jurídicas que pueda resultar significativa» (lo que no significa que hayamos de renunciar a medir la eficacia social de las normas).

yoría de las ocasiones no infringen a (N)» (Navarro, 1990, 23). Para las de permisión, es evidente que una proporción de acciones (coincidentes con el permiso) muy inferior al de la mayoría de los casos posibles sería suficiente para afirmar la eficacia, y que la proporción ha de variar de acuerdo con los tipos de permisión que a estos efectos he distinguido: mayor, obviamente, en el permiso incentivado, y menor en el permiso-tolerancia. Pero aun en estos últimos debe darse algún caso, pues de otro modo el legislador ha fallado en su previsión sobre los deseos y motivaciones de los ciudadanos. Lo superfluo es erróneo.

De esta manera podremos valorar la eficacia de normas que, por ejemplo: instauran determinados registros, o permiten la inscripción de ciertos actos en registros preexistentes, y nadie o muy pocos acuden a inscribir; permiten el testamento mancomunado o los pactos sucesorios para la transmisión de determinadas explotaciones agrarias, y muy pocos utilizan estos instrumentos; permiten el nombramiento de tutor por determinados parientes o en determinados casos, o la autotutela, o la tutela por parte de personas jurídicas (aquí las variantes de la realidad son muchas y el estudio empírico sin duda muy interesante); permiten la emancipación por concesión (de los padres o del juez) o por matrimonio; permiten la constitución de patrimonios especiales para personas con discapacidad, cuya eficacia, en el sentido dicho, habrá que ver. Los ejemplos pueden multiplicarse, pues toda norma permisiva es susceptible de un análisis en el que se compare el universo de casos posibles y la proporción en que el legislador prevé que la norma será utilizada con el número de los actos realmente realizados.

Después de todo, quizás la diferencia con el criterio de eficacia de las normas de mandato sea que la previsión del legislador es, respecto de éstas, que la acción (cumplir) la realicen todos los que se encuentren en la situación de aplicación de la norma; mientras que en las permisivas la previsión es que la acción correspondiente la realicen quienes quieran (de acuerdo con sus propios motivos, o además incentivados por el legislador)⁵⁰.

50 Hay un amplísimo campo jurídico ajeno totalmente a las normas de mandato que parece especialmente apto para el análisis de eficacia. Me refiero, precisamente, a ese campo creciente en intensidad e importancia de las leyes que establecen incentivos para la realización de conductas que no son obligatorias ni prohibidas, y que tienen una explícita finalidad de modificar la realidad social. Para profesores de derecho, el caso de las normas de reconocimiento de sexenios en razón de investigación podría ser un estupendo campo de análisis sobre eficacia de las normas (incluidas las consideraciones sobre efectos imprevistos o indeseados) y para afinar los conceptos correspon-

El análisis de eficacia de las normas que conceden permisos o confieren poderes puede llegar mucho más lejos que estas consideraciones puramente indicativas. Lo que me importaba era mostrar que el análisis de eficacia es pertinente y útil también respecto de este tipo de normas, que constituyen la mayor parte de las correspondientes al derecho civil.

Haré todavía un par de observaciones. La simple atribución de un poder produce ya efectos en la realidad, aunque el poder no se ejercite. Se ha puesto el ejemplo⁵¹ del poder conferido al presidente de gobierno de disolver el parlamento en ciertos supuestos: la sola potencialidad de la disolución incide en el comportamiento de los grupos parlamentarios. Poseer el arma puede ser incluso mejor que tener que utilizarla⁵².

De manera más general, la atribución de acciones judiciales (en definitiva, un tipo de poderes jurídicos) puede ser eficaz socialmente aunque nadie las ejercite o prescindiendo del número de casos en que realmente se ejercitan. Puede bastar con que se tengan (y los cauces procesales sean claros, y los resultados del proceso y de la ejecución seguros) para que la conducta de los posibles demandados se atenga a las normas, sin necesidad de pleito. El análisis de la eficacia de las normas procesales es un mundo por sí mismo, en el que aquí no hemos de entrar.

2.4.5. Eficacia de las normas dispositivas

La caracterización de las normas civiles dispositivas o supletorias (*ius dispositivum*) no es tan segura como sería de desear. Para lo que sigue, me

dientes. Si ningún profesor hubiera hecho evaluar sus trabajos (y ninguna obligación había), creo que la calificación de fracaso total sería inapelable. Yendo las cosas como van, y suponiendo que se presentan a la evaluación la inmensa mayor parte de los que están en el campo de aplicación de la ley, la eficacia en este sentido es indudable. Estaríamos en el nivel R3 de la clasificación de Atienza. Reflexiones mucho más complejas se presentarían en el nivel R4 (¿cómo ha contribuido el sistema a elevar la calidad de la investigación académica en España?).

51 No puedo recordar dónde lo he leído. Sirva esta nota de reconocimiento a su autor.

52 Cabe pensar que algunos poderes es mejor que no haya que usarlos, por lo que la eficacia de las normas que los atribuyen no puede medirse en ningún caso por la frecuencia con que se usen. Puede ser el caso de la desheredación (en que las normas tienen también un aspecto simbólico nada desdeñable). Otro ejemplo podría ser la llamada aceptación de la herencia por los acreedores. Pocas veces se habrá ejercitado —supongo, pues en este como en casi todos los demás ejemplos que voy poniendo no hay estudios empíricos—, pero es de suponer que su sola posibilidad, conocida por el llamado a la herencia, evite en muchos casos que deudores insolventes renuncien a la herencia sin otro fin que perjudicar a sus acreedores.

parece útil analizarlas como el resultado del juego de dos normas: a) una norma N_1 , que proporciona el contenido normativo y que puede ser de cualquier clase (de mandato, de permisión, atributiva de poderes, constitutiva, conceptual); b) otra norma N_2 que atribuye a un particular el poder de excluir la aplicación de la primera en ciertos casos y bajo ciertas condiciones⁵³.

La primera carece en sí de toda peculiaridad. Como se ha dicho, puede obligar, permitir, etc. y, si no existiera la norma N_2 , su eficacia se apreciaría de acuerdo con cuanto hasta ahora se ha dicho. De hecho, si la norma es de mandato y su aplicación no es excluida (no se ejercita el poder conferido por la norma N_2), su eficacia se mide por su cumplimiento o aplicación.

La norma N_2 puede conferir un poder tal que se dirija directa y simplemente a la exclusión de la aplicación de la norma N_1 sin necesidad de que el sujeto proporcione otra regulación: por ejemplo, así puede operar la exclusión de las normas sobre responsabilidad para el caso de evicción en la compraventa.

En otros casos el sujeto o los sujetos han de producir una autorregulación que sustituya a las reglas estatales. Así ocurre respecto de las normas de régimen de gananciales (es preciso para excluirlas un régimen matrimonial pactado) o las de sucesión abintestato (es preciso cierto contenido testamentario). En general, si la autorregulación es insuficiente, se aplicará la norma N_1 que no haya sido válidamente excluida.

La eficacia de las normas dispositivas resulta del juego conjunto de la eficacia de las normas N_1 y N_2 . En cuanto a ésta última, proceden las distinciones que antes hemos hecho sobre la eficacia de las normas que atribuyen poderes. De este modo hay normas «dispositivas» (la norma N_1) que el legislador prefiere a las que los sujetos pueden darse, de manera que éstas, las privadas, pueden entenderse como toleradas (y las normas legales dispositivas como preferibles): dicho de otro modo, el legislador prefiere que no se ejer-

53 Con este análisis de las normas dispositivas pueden hacerse algunas observaciones útiles sobre el sentido o los sentidos en que puede decirse que tales normas son también, a pesar de todo, «imperativas». Por una parte, lo son (en el sentido de que obligan o prohíben) cuando la norma N_1 es regulativa de mandato y no se ha ejercido el poder conferido por la norma N_2 . Por otra, las condiciones de actualización del poder pueden ser distintas según variadas circunstancias (por ejemplo, contratación entre particulares en pie de igualdad, condiciones generales de la contratación), de manera que en unos casos puede excluirse la norma N_1 y en otros no: cuando la norma N_1 no puede excluirse podemos decir que estamos en presencia de una «norma imperativa». Pero no es que la norma N_1 cambie de naturaleza, o la tenga plural, sino que la diferencia reside en las condiciones del poder conferido por la norma N_2 en relación con el caso.

cite el poder conferido por N_2 ; en el otro extremo, hay normas dispositivas que el legislador preferiría que no hubieran de aplicarse nunca, por entender preferible que los sujetos establezcan las suyas (normas dispositivas residuales, de cierre); en un terreno intermedio, todos las demás (normas dispositivas indiferentes).

La eficacia de las del primer grupo (normas dispositivas preferibles) se mediría en primer lugar por la frecuencia con que resultan efectivamente aplicables en los casos en que esto sería posible (es decir, no son desplazadas por normas de la autonomía privada): importa entonces si son cumplidas (o, en otro caso, aplicadas); en segundo lugar, por el grado en que, con el seguimiento de estas normas, se alcanzan estados de hecho socialmente valiosos.

En cuanto a las normas dispositivas de cierre⁵⁴, paradójicamente su mayor eficacia sería que no tuvieran que seguirse nunca. Pero, en segundo lugar, su eficacia puede medirse por su adecuación a las expectativas de los sujetos cuando descubren el contenido de la normas, dado que el legislador lo que pretende es apoyar la actividad comercial de los sujetos que omitieron determinadas previsiones necesarias para su desarrollo. Ahora bien, si se alcanza la eficacia en este sentido, es de prever que las normas se apliquen en todos los casos en que los sujetos las conozcan y, por ello, omitan toda previsión al respecto. Dicho de otro modo, sólo dejarían de ser aplicables cuando los sujetos conocedores de ellas quisieran evitarlas.

Estas últimas consideraciones son aplicables a las normas dispositivas indiferentes. Se entiende que el legislador las predispone tales que los sujetos puedan satisfacer mediante ellas sus deseos e intereses, por lo que, si acierta, serán las aplicables en la mayor parte de los casos en que los sujetos las conozcan. Mediante esta aplicación (también cuando los sujetos las desconozcan y nada hayan previsto) se logrará un estado de cosas socialmente valioso, es decir, la norma habrá tenido éxito.

Las anteriores consideraciones sobre eficacia de las normas dispositivas de Derecho privado son claramente insuficientes. Habría que analizar, por ejemplo, cómo contribuyen a disminuir los costos de transacción, cómo inci-

54 Ejemplos de normas dispositivas residuales podrían ser: regulación de exceso o defecto de cabida de los fundos en la compraventa; elección en las obligaciones alternativas; determinación del tiempo de cumplimiento de las obligaciones; tiempo de duración del arrendamiento, de la sociedad, del derecho de retracto convencional; obligación de intereses en el contrato de mutuo.

den en las estrategias negociadoras, cómo contribuyen a la seguridad jurídica, y posiblemente otros muchos aspectos. Hasta donde yo se, está casi todo por hacer, al menos en la civilística española.

3. LA DINÁMICA DEL PROCESO LEGISLATIVO

3.1. Un modelo del iter legislativo: las tres fases

En los apartados anteriores nos hemos ocupado de ciertas propiedades o cualidades que son deseables en una ley. Cuando hemos hecho referencia a algún sujeto responsable de que la ley cumpla ciertos criterios de calidad la hemos hecho a un impreciso «legislador». Pero ahora llega al momento de que comparezcan los muchos sujetos, individuales y colectivos, que toman parte en el complejo proceso de legislar. Desde el punto de vista de la ciencia y la técnica de la legislación, lo que importa a este respecto no es cómo queda configurado en determinado ordenamiento (por ejemplo, a través de la Constitución) el poder legislativo y cuáles son las normas jurídicas que regulan su actuación, sino cómo en realidad ocurre que surge la idea de confeccionar una ley, qué pasos se dan y quiénes intervienen hasta que se promulga y más allá, en la fase postlegislativa.

Utilizo, por tanto, 'proceso legislativo' en un sentido amplísimo y no jurídico. Entiendo por 'proceso legislativo' la sucesión de todos los hechos y actos que tienen lugar en una sociedad en atención a una ley en cierto momento aprobada (o que podría aprobarse), hechos y actos que pueden distribuirse en tres fases, prelegislativa, legislativa y postlegislativa, interrelacionadas entre sí y que se suceden de manera circular.

Sigo básicamente el modelo de Atienza (1967, 64-71), construido a su vez sobre el de Losano y teniendo en cuenta otros anterior como el de Noll y el de Wroblewski, todos ellos inspirados de algún modo en la teoría de la decisión racional y que consideran el proceso de legislación como un proceso de decisión propio de un legislador racional.

El modelo tiene aspectos descriptivos y aspectos prescriptivos (que podemos relacionar, en la sistematización de Karpen antes recordada, con la táctica y la metódica de la legislación, respectivamente), difíciles de integrar en un modelo único y con connotaciones distintas en cada una de las tres fases, de modo que sólo en la legislativa la distinción entre procedimiento externo (táctica) y procedimiento interno (metódica) parece clara.

Díez Ripollés⁵⁵, sin apartarse sustancialmente de este modelo, presenta una profundización en el análisis del iter legislativo en el plano dinámico u operacional, dirigido a «describir y analizar críticamente el concreto funcionamiento del proceder legislativo (fases, actividades y agentes)», de indudable interés. Aun formulado teniendo a la vista el decurso de la legislación penal, es sin duda muy útil, por su amplitud y detalles, para entender el iter legislativo civil. Nos servirá a este efecto y también, en particular, para situar nuestra propuesta de política legislativa en este modelo, precisamente en la fase prelegislativa.

La **fase prelegislativa** se inicia desde que se problematiza socialmente una falta de relación entre una realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica. Termina con el inicio de la fase legislativa, de la que la prelegislativa puede entenderse como su preparación.

Suele entenderse que la **fase legislativa** comienza con la presentación de un proyecto o proposición de ley ante el Parlamento. Jurídicamente no hay duda de que es así. Pero desde el punto de vista de la técnica legislativa se ha hecho notar que el procedimiento legislativo es único y que abarca también la etapa gubernamental, en particular el procedimiento de elaboración de los anteproyectos gubernamentales⁵⁶. Para la racionalidad de la composición y redacción de las leyes parece más adecuado este segundo punto de vista (si el anteproyecto —su primer borrador— está mal redactado difícil será que su redacción mejore en la fase propiamente parlamentaria).

La fase legislativa termina con la publicación de la ley (con intervención final, de nuevo, de poderes ajenos al legislativo en la promulgación y sanción). Comienza entonces la **fase postlegislativa**, que podemos considerar de evaluación.

3.2. La fase prelegislativa

La descripción y análisis crítico que hace Díez Ripollés de la fase prelegislativa son muy ricos, quizás propiciados por la existencia de cierto tipo de legislación penal capaz de suscitar la atención de amplios sectores sociales.

55 DÍEZ RIPOLLÉS (2003), pp. 17-65, en un capítulo denominado «La dinámica de la legislación penal».

56 JIMÉNEZ APARICIO (2004), pp. 279-280.

Pone también en evidencia la diversidad de agentes sociales que pueden estar implicados y el diferente peso de las instituciones en cada una de sus etapas.

En efecto, la fase prelegislativa puede comenzar cuando cualquier agente social hace notar una disfunción social (real o aparente) consistente en la falta de adecuación entre una determinada situación social o económica y la respuesta o la falta de respuesta que a la misma da el subsistema jurídico. Si el agente tiene éxito captará la atención social mostrando la utilidad que la solución de la disfunción tendría para amplios o relevantes sectores sociales, con lo que el desajuste y la posibilidad de una intervención legislativa quedarían incluidos en la agenda temática social.

A continuación, para la legislación penal, seguiría una fase de malestar social caracterizada por la preocupación y el miedo al delito. Para generalizarla y adaptarla al Derecho civil, podríamos denominarla de preocupación social. En ella el señalamiento de la disfunción sigue manteniéndose en la agenda social y los ciudadanos en general se involucran emocionalmente en el tema (la multipropiedad es peligrosa, los bancos utilizan cláusulas abusivas, gays y lesbianas no pueden regularizar su relación de pareja...).

En la tercera fase los agentes sociales son los medios de comunicación. Ahora la cuestión está en la agenda temática de los medios, lo que le presta prestigio. Para Díez Ripollés, la opinión de los medios es una opinión experta, que responde a la opinión del conjunto de personas que controlan los contenidos de los medios de comunicación más importantes. Con ello se crea en la sociedad un estado de opinión. López Aguilar (2004, 604 ss.) señala que el poder de los medios no es ya un poder fáctico, sino un poder político, por lo que prevé un proceso de constitucionalización de las estructuras que definen la comunicación pública similar al proceso histórico de constitucionalización de los partidos políticos. Propone asimismo una regulación jurídica de la fase prelegislativa que asegurara una mínima e imprescindible transparencia, de manera que a través del debate en los medios el público conociese y, por tanto, pudiese intervenir, en la exégesis (*sic*: ¿génesis?) de la propuesta política.

Las preocupaciones y opiniones expresadas en las anteriores fases han de concretarse en un programa de acción, una propuesta de resolución del problema que identifique los objetivos y los instrumentos. El programa de acción necesita adquirir respetabilidad social, razón por la cual suele ser obra de grupos de presión expertos. «Su pericia —dice Díez Ripollés— se concreta en el general reconocimiento de que poseen un conocimiento especializado del problema social a considerar, con el que están familiarizados,

y que disponen de los medios materiales y personales para profundizar en su análisis y búsqueda de soluciones». Estos grupos defienden intereses muy diversos: pueden ser ideológicos (como grupos de presión feministas, ecologistas, de consumidores, pacifistas...), puramente científicos, socioeconómicos (sindicatos y asociaciones empresariales), grupos corporativos que buscan la salvaguarda o ampliación de competencias profesionales (como en el ámbito del derecho penal las asociaciones judiciales, de funcionarios penitenciarios, de médicos forenses; abogados especializados, notarios y registradores de la propiedad, podríamos añadir, en el ámbito del Derecho civil). Díez Ripollés hace notar que «fenómeno interesante al respecto es la progresiva influencia adquirida por la judicatura en detrimento de la doctrina científica», fenómeno constatado también, para el derecho penal, en Italia y en Alemania.

En la interesante «tipología de legisladores» que propone F. Laporta⁵⁷ como instrumento para acercarse a «la realidad contemporánea de la función de legislar» (legislador autorreproductivo, activo o activista, servicial, reactivo), son estos dos últimos tipos, el «servicial» y el «reactivo», los más relacionados con los fenómenos hasta ahora descritos de participación y protagonismo de diversos agentes sociales en la fase prelegislativa, en particular los grupos de presión. El «legislador servicial» pone las leyes a disposición de grupos o segmentos sociales para que se sirvan de ellas, a fin de obtener el sostén de los representados. «El legislador servicial se desenvuelve especialmente en relación con los grupos de presión cercanos y con los grupos clientelares» «que exigen el pago de contraprestación en moneda legislativa» (p. 59). Llegados a cierto punto, «la tarea legislativa se torna en un incesante proceso de *negociación* o, como lo ha denominado expresivamente Zagrebelsky, de 'mercado de las leyes' o 'contractualización de los contenidos de la ley'» (p. 60). Por su parte el «legislador reactivo» es un creador de leyes excitado sólo por exigencias externas nacidas en la vida social. Cualquier suceso que hiera la sensibilidad de la sociedad y que diversos agentes sociales hagan aparecer como muestra de un fallo, un defecto que hay que remediar de inmediato, puede hacer creer que la vivencia pública del problema «sólo puede ser contestada suficientemente mediante un acto simbólico de carácter público, y ese acto público es con desafortunada frecuencia la improvisación de una nueva ley» (pp. 61-62).

57 LAPORTA (2004); las citas en pp. 59-62.

En todos estos fenómenos de legislación «reactiva» adquieren especial protagonismo los grupos de presión mediáticos que, como señala Díez Ripollés, anticipan y sustituyen la intervención de los grupos expertos *strictu sensu*, propiciando también lo que él denomina «el protagonismo de la plebe» con exclusión de toda intervención de expertos. En el origen de las leyes, muy visiblemente en las penales, puede estar el programa de acción de grupos de víctimas o sus familiares que encuentran la comprensión emotiva de muchos ciudadanos, en circunstancias tales que el legislador se limita a aprobar como ley sus propuestas. «El caso californiano de la ley denominada «a la tercera va la vencida» (*three strikes and you're out*) es un ejemplo paradigmático: la ley fue redactada por un fotógrafo, padre de una víctima de un asesinato y miembro de un grupo de víctimas». Tras peripecias electorales, políticas y sociales realmente notables, la ley fue aprobada. «La propuesta de ley no fue objeto de análisis expertos de alguna significación, ni por profesionales de la justicia penal, ni por burocracias ministeriales o partidistas, ni siquiera por las fuerzas parlamentarias».

Las cosas también han cambiado en Europa a este respecto en los últimos veinte años, a velocidad acelerada. No es difícil señalar unas cuantas iniciativas de política penal en España procedentes de grupos o asociaciones de víctimas, con más o menos éxito. En el Derecho civil el grado de emotividad y de exigencia mediática de respuesta inmediata parece que han de ser siempre menores, pero tampoco es de descartar un influjo creciente de estos impulsos en la legislación civil. Encontrar formas —procedimientos, filtros, controles— para encauzarlos sería una de las tareas de una ciencia o teoría de la legislación dirigida a aumentar la racionalidad en la actividad y el producto de legislar.

«En ocasiones —advierte Díez Ripollés (p. 41)— toda la fase prelegislativa vista hasta este momento se mueve en un ámbito experto, sin que la apreciación de la disfunción social despierte atención generalizada, ni suscite un malestar extendido en la colectividad, ni sea objeto significativo de atención por los medios». El discurso nace y se mantiene en círculos expertos —jueces, fiscales, abogados, notarios, registradores, profesores— que formulan programas de acción técnicos. Esto no quita el indudable interés sociológico de la interacción, intereses y poder social de los distintos agentes más o menos institucionales que participan en una fase prelegislativa de este tipo.

En principio, puede parecer que en este nivel experto se mantiene la fase prelegislativa en las leyes civiles, pero no siempre es así. Aun pensando sólo en las últimas reformas del Código civil, viene a la cabeza inmediatamente que antes de que en algún Ministerio —no necesariamente el de Justicia— alguien recibiera el encargo de elaborar un borrador para un anteproyecto de ley algunos agentes sociales habían ya llevado a los medios de comunicación sus propuestas, y luego éstos y otros continuaron interactuando durante la elaboración del anteproyecto, del proyecto y, más tarde durante la tramitación del proyecto en las Cortes. Por cierto, también ha habido modificaciones del Código derivadas de proposiciones de ley de los grupos parlamentarios. Y en leyes como arrendamientos urbanos o rústicos, propiedad intelectual, condiciones generales de la contratación, propiedad horizontal y tantas otras, la intervención de grupos de presión de diversa índole en distintas fases de su elaboración parece evidente y en ocasiones decisiva.

A otro fenómeno relativamente nuevo (desde 1986) es preciso hacer referencia. En muchas ocasiones, la iniciativa legislativa y casi por completo el contenido de la ley proceden de la Unión Europea. Este fenómeno es ya de importancia decisiva en la legislación civil (aunque sólo marginalmente en el Código civil). El protagonismo de muy variados agentes sociales se desenvuelve en un escenario europeo (aunque acaso también luego en España, si se trata, por ejemplo, de transponer una Directiva). Las decisiones de política legislativa no proceden del Parlamento español, y la intervención del gobierno de España no es más que la de una voz concurrente con la de los demás gobiernos. Sin duda cabe mejorar tanto la negociación en la Unión Europea como la atención prestada luego a la transposición de Directivas⁵⁸.

Un estudio de las peripecias de las leyes de reforma del Código civil y de las demás leyes civiles desde que algún agente social puso de manifiesto la existencia de un problema hasta la aprobación de la ley por el legislador, siguiendo las fases y etapas que propone Díez Ripollés (o metodología equivalente) proporcionaría conocimientos empíricos sobre los que poder elaborar propuestas de racionalización de los procesos legislativos. Hay muchas razones que explican que los civilistas no hayamos emprendido estudios de esta índole —aunque espero que los acometamos pronto— y pienso si una

58 Virgilio ZAPATERO (1996, p. 167) calculó hace algunos años que «la Unión europea es la fuente de aproximadamente 54 % de las normas que se introducen en el ordenamiento español». Todo hace pensar que la proporción ha aumentado.

de ellas no será el temor a mostrar al público que «el rey está desnudo»: que el poder legislativo legisla, pero no hace las leyes; les da la fuerza de obligar, pero no determina su contenido. El temor de que, venido abajo el tingladillo y perdidos los disfraces solemnes de los personajes de alcurnia, se venga abajo también la autoridad de las leyes y, con ella, la de sus intérpretes, que las tomamos como fundamento y límite de nuestros razonamientos como si procedieran efectivamente de un legislador racional.

3.3. Un proyecto o proposición de ley. Las burocracias

Ningún programa de acción tiene acceso a la fase legislativa si no adquiere la cualidad de proyecto o proposición de ley. Esta etapa es la determinante de las decisiones legislativas: ya he dicho que desde el punto de vista de la técnica legislativa, corresponde al inicio de la fase legislativa, aunque para la dogmática jurídica sea algo radicalmente distinto (administración o gobierno frente a parlamento). En cuanto a la fase gubernamental –con mucho la más relevante, dado que la mayor parte de las proposiciones de ley que entran en el Parlamento no llegan a ser aprobadas como ley– puede darse aquí por suficientemente conocida, aunque sea en su regulación jurídica más que en los aspectos relevantes para una teoría de la legislación o una técnica legislativa interesada en aumentar la racionalidad de las leyes. Desde este último punto de vista, es muy completa la reciente aportación de Jiménez Aparicio (2004).

Esta fase, institucional, está sujeta a normas jurídicas generales, contenidas básicamente en la Constitución y en la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, con la reforma de su art. 22 por Ley 30/2003 para añadir la exigencia de que todo anteproyecto vaya acompañado de un informe sobre el impacto por razón de género, además de los estudios o informes sobre «la necesidad y oportunidad» del anteproyectos). Algunas de estas normas son también relevantes desde el punto de vista de la técnica legislativa, pero las que tienen mayor importancia en este campo son una serie de acuerdos del Consejo de Ministros «que contienen disposiciones de organización y funcionamiento dirigidas internamente a los órganos de la Administración y, en tal sentido, carentes de valor normativo ad extra, pero que regulan, sin embargo, aspectos de la mayor relevancia para la técnica legislativa»⁵⁹.

59 JIMÉNEZ APARICIO (2004), p. 309.

Son, por orden cronológico, los siguientes:

- a) Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990, por el que se aprueba el cuestionario de evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros. Según Jiménez Aparicio, el cuestionario ha dejado de ser aplicado en la práctica de las dos última legislaturas, de manera que ni se exige ni se cumplimenta. Por lo demás, el cuestionario se centra mayoritariamente en el nivel de la racionalidad jurídico-formal, con muy limitado acercamiento a los niveles de racionalidad ética, teleológica y pragmática (Díez Ripollés).
- b) Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991, por el que se aprueban las directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley, único publicado en el BOE (18 noviembre 1991). Inspirado directamente en las propuestas del grupo GRETEL.
- c) Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996, por el que se aprueban las instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno.
- d) Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2005, «por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa» (BOE 29 julio 2005). Deroga y sustituye al Acuerdo de 1991

Como puede verse, los cuatro acuerdos abordan aproximadamente el campo de la metódica, la técnica y la táctica de la legislación, en la sistematización de Karpen. Son hitos importantes en la corta historia de la técnica legislativa en España, aunque sus efectos no sean todavía muy relevantes.

En opinión de Díez Ripollés, la situación actual es «profundamente insatisfactoria. No hay normas respecto a las burocracias partidistas [para la elaboración de proposiciones de ley] y, lo que es más grave, las que existen para la burocracia gubernamental son claramente insuficientes». Para asegurar un mayor nivel de racionalidad y abrir esta fase a las incitaciones que proceden de la anterior propone (siempre pensando en la legislación penal, pero fácilmente trasladables al Derecho civil) reglas organizativas y procedimentales. Ente ellas, a) la consolidación de un núcleo experto estable en el Ministerio de Justicia que tenga a su cargo la elaboración de los anteproyectos de leyes; b) reconocimiento de un segundo nivel de pericia estable u ocasional en el propio Ministerio, en el que intervengan «expertos

sin dependencia política directa, y que estén en condiciones de depurar los textos de contenidos específicamente circunstanciales, políticamente contingentes o defectuosos técnicamente; la Comisión General de Codificación o las comisiones específicas *ad hoc* podrían ser una buena base»; c) obligatoriedad de un tercer nivel de actividades de pericia bajo la iniciativa del Consejo de Ministros, con un contenido que detalla, dirigido a potenciar la consideración de los dictámenes preceptivos (por supuestos, también sobre las cuestiones de fondo, políticojurídicas o de oportunidad o conveniencia), a tomar en consideración expresamente las opiniones de los agentes sociales que se han manifestado en la etapa prelegislativa (con posibilidad de audiencias a grupos o asociaciones, trámite de información pública en ciertos casos, estudios demoscópicos fiables) y a valorar expresamente la suficiencia del conocimiento experto adquirido en las etapas anteriores; d) aseguramiento de que el proceso decisional se va a mover en un plano sustancial y no meramente formal (con las implicaciones que detalla)⁶⁰.

3.4. La etapa legislativa parlamentaria

«Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado...» (art. 66.1 CE). Sin duda es así jurídica y constitucionalmente. Otra cosa es que el abrumador predominio de los proyectos de ley sobre cualquier otro tipo de iniciativa legislativa y el juego ordinario de las fuerzas políticas lleven a que el contenido y la forma de las leyes estén determinados en lo esencial y en casi todos sus detalles por las decisiones del ejecutivo plasmadas en el proyecto de ley, complementadas con las que hace luego llegar en forma de enmiendas a través de los grupos parlamentarios que lo apoyan.

Esta realidad no es de esperar que cambie sustancialmente. Ello no quita para que sean deseables modificaciones en la forma de actuar de las Cortes (en los reglamentos de las Cámaras, a través de instrucciones de sus Presidentes y mediante prácticas consensuadas) que eleven la racionalidad de la legislación en todos sus niveles.

Obviamente, estas cuestiones son extraordinariamente complejas y se encuadran en la inquietante pregunta sobre las funciones de los Parlamentos en las democracias avanzadas y la forma en que pueden cumplirlas. Ya se ha dicho que los estudios sobre teoría de la legislación nacieron con la crisis

60 DÍEZ RIPOLLÉS (2003), pp. 45-48.

de la ley en el Estado social. Me limito a señalar un par de observaciones hechas recientemente en España desde el punto de vista de la técnica legislativa.

El momento procedimental parlamentario en el que con mayor eficacia puede incidirse en el incremento de la racionalidad de las leyes es el trámite de Comisión y, dentro de él, el de Ponencia. Entre las sugerencias recientes (además de la conocida crítica a las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario, cuya definitiva desaparición está por ver) L. M. Cazorla⁶¹, tras constatar que la fase de Ponencia es una de las más desfiguradas, «pues ha evolucionado hacia un trámite puramente formal», propone la designación de un ponente general para cada proyecto de ley, así como un ponente relator o redactor, que ceñiría exclusivamente su labor a aspectos de técnica legislativa propiamente dicha. Díez Ripollés⁶² entiende que el trabajo en la Comisión «origina expectativas de una intervención parlamentaria más autónoma, de carácter experto, y con apertura a otros agentes sociales», pero para ello habrían de tener unas características de composición y formas de trabajo diferentes de las actuales; en particular, le parece de interés la posibilidad de recabar comparecencias de cualesquiera expertos o agentes sociales que tengan algo que decir, así como deben estar en condiciones de realizar directamente actividades de recopilación de información y de análisis. Entiende que debiera también profundizarse en el fomento de la competencia legislativa plena de la Comisión en ciertas leyes, en particular por su particular dificultad técnico-jurídica.

3.5. La fase postlegislativa. La evaluación de las leyes

Para la legística, las leyes ya no son establecimientos duraderos por tiempo indefinido, sino productos con un ciclo de vida, cuya calidad ha de ser evaluada y acrecentada en cada una de las fases del ciclo. La evaluación se entiende como «apreciación metódica de los efectos previsibles o producidos por una legislación»⁶³.

Después de todo, quizás la novedad no sea tan radical. Los civilistas tenemos el testimonio de las Disposiciones Adicionales del Código civil, ciertamente nunca cumplidas (aunque tampoco derogadas), que muestran una

61 CAZORLA (2004), pp. 386, 387 y 391.

62 DIEZ RIPOLLÉS (2003), p. 53.

63 CH.-A. MORAND (1999), p. 210.

concepción del Código como obra abierta permanentemente mejorable mediante reformas consiguientes a procesos de evaluación periódicos previstos con bastante detalle.

Veamos cómo se configuró en 1889 un procedimiento de evaluación y reforma sistemáticos del Código civil. La evaluación recoge en un primer momento los datos de la aplicación (por los Tribunales) de los preceptos del Código, de modo tal que a través del señalamiento de las «deficiencias y dudas» que hayan encontrado los jueces en la aplicación del Código y del detalle de «las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas» se abren algunas ventanas a todos los niveles de racionalidad.

Se prevé un ciclo anual y otro decenal. El inicio de cada ciclo anual está en las Audiencias y el Tribunal Supremo, que elevan al Ministro de Gracia y Justicia Memorias con el contenido apuntado. El Ministro pasa estas Memorias, junto con un ejemplar de la «Estadística civil» del mismo año a la Comisión general de Codificación. El ciclo decenal compromete a esta Comisión que, cada diez años, formulará y elevará al Gobierno las reformas que convenga introducir, en vista de los datos de las Memorias y de la Estadística, «de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Los datos o criterios que ha de tener en cuenta la Comisión de Codificación (que proceden de la Base 27) son coherentes con los que la Base 1ª establecía para la formulación del Código («sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos...»)64.

64 La Base continúa: «o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores». SALVADOR CODERCH (1991, p. 2216) señala con acierto que estamos ante pretensiones de «tecnificar y despolitizar las iniciativas de reforma del Código civil». El incumplimiento de las Disposiciones Adicionales «manifiesta con claridad —en opinión de Salvador— que la legislación (o codificación) civil y su reforma articula decisiones de política legislativa, cuya iniciativa, como la de cualesquiera otras de índole igualmente política, no puede ser sistemáticamente sustraída a los órganos naturalmente encargados de impulsarlas».

El Código, como puede verse, no fue concebido como intocable —aunque a veces parece que esta sea la creencia de los civilistas—, antes al contrario, se previó su actualización periódica, basada en una evaluación previa de los preceptos vigentes con arreglo a criterios que, aun insuficientes, no dejan de ser pertinentes.

Hoy la evaluación de las leyes ha llegado a considerarse como una exigencia democrática⁶⁵. En un sentido restringido, la evaluación *ex post* presupone una evaluación *ex ante*, al programar la ley, en la que explícitamente se hayan previsto los objetivos y establecido los criterios para su evaluación. Sólo si se han establecido objetivos mensurables de incidencia en la sociedad se podrá medir luego el grado en que se han alcanzado. Esta evaluación tiene un sentido predominantemente económico y su técnica deriva de la evaluación de políticas públicas (*public policies*). Pero en un sentido amplio, que es el que aquí nos interesa, cabe analizar y evaluar todo tipo de leyes, y no sólo en relación con su eficacia y efectividad social, sino en todos los niveles de racionalidad⁶⁶.

Hay muchas experiencias extranjeras⁶⁷ de evaluación institucional de las leyes, vinculadas o no a una evaluación *ex ante* y algunas iniciativas españolas⁶⁸.

65 DUPRAT, 2005, p. 38.

66 OST y KERCHOVE (2002, p. 334) distinguen entre «una evaluación científica a la americana, que trata por métodos rigurosos de optimizar la satisfacción de las necesidades que el Estado toma a su cargo», y una evaluación «más política, a la francesa, cuya finalidad es desarrollar al derredor de la ley un espacio público de discusión asociando al mayor número de personas y grupos interesados. Se busca así enriquecer el debate democrático institucionalizando un proceso de aprendizaje colectivo».

67 Una panorámica en MONTORO (2001), pp. 125-132. Añado algunos datos. Heinrich B. WINTER (en WINTGENS (ed.), 2002, pp. 140 ss. informa de que en el quinquenio 1993-1997 se han realizado en los Países Bajos ciento cincuenta estudios de evaluación de leyes y muestra como se ha llegado a una fase de meta-evaluación (evaluación de las evaluaciones de las leyes). En AA.VV., *Legislador i técnica legislativa* (2003), puede verse una exposición de la experiencia suiza a cargo de Luzius MADER (pp. 73 ss.) y otra de la experiencia portuguesa, a cargo de Marta TAVARES DE ALMEIDA. En Portugal existe desde 1996 un *Observatório Permanente da Justiça*, en el Centro de Estudio Sociales (CES) de la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra, mediante acuerdo con el Ministerio de Justicia <<http://opj.ces.uc.pt>>; y, desde 2001, una *Comissão para a Simplificação Legislativa* (oficial). En su sitio web <<http://www.csl.gov.pt/impactos.htm>> pueden verse dos informes de evaluación de sendas leyes.

Vid. los demás trabajos de las dos obras colectivas citadas en esta nota y MORAND (1993).

68 Recientes leyes españolas prevén su evaluación *ex post*: así la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Disposición adicional undécima («Evaluación de la aplicación de la Ley.-El Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, a los tres años de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica

El órgano evaluador puede estar situado en el poder legislativo⁶⁹ o en el ejecutivo, con mayor o menor independencia respecto de éstos. En España, en los últimos tiempos, el Consejo General del Poder Judicial ha asumido funciones de evaluación de ciertas leyes (al menos, de recogida y organización de datos), como en materia de ley del jurado, ley del menor, separaciones y divorcios, o ley de extranjería⁷⁰. También han proliferado Consejos muy variados que integran a los interesados en políticas públicas sectoriales y Observatorios⁷¹ diversos que, entre otras funciones, pueden contribuir a la evaluación de las leyes que les afectan. Su evaluación puede no ser imparcial, ya que

elaborará y remitirá al Congreso de los Diputados un informe en el que se hará una evaluación de los efectos de su aplicación en la lucha contra la violencia de género»). Otro ejemplo: Ley de la C.F. de Navarra 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental («Disposición final tercera. Evaluación legislativa.— La ejecución de la presente Ley Foral deberá revisarse a los cinco años de su entrada en vigor. A tal efecto, el Gobierno de Navarra creará una Comisión de Evaluación de la ejecución legislativa cuyos resultados podrán determinar la adecuación reglamentaria o las iniciativas legislativas de reforma que el Gobierno de Navarra estime necesarias. En cualquier caso, los resultados de la Comisión de Evaluación serán remitidos al Parlamento de Navarra»).

El *Observatori del Dret Privat de Catalunya* (creado en 2000, regulado por D. 266/2004, de 27 de abril) tiene encomendadas, entre otras tareas, la de «hacer el seguimiento del desarrollo del Ordenamiento jurídico catalán», así como la de «proponer la revisión y actualización del Derecho civil de Cataluña» (puede consultarse en <http://gencat.net/justicia/organismes/dedej/odpc>).

69 En Francia, dos leyes de 14 de junio de 1996 han creado en el Parlamento l'*Office d'évaluation de la législation* y l'*Office d'évaluation des politiques publiques*. En opinión de Jean-Pierre Duprat, el primero ha sido un fracaso, a consecuencia de la rivalidad con las Comisiones permanentes (habla de sabotaje) y en razón de factores políticos (DUPRAT, 2005, p. 40). Está prevista la constitución de una Oficina de Evaluación de las Leyes en el Parlamento de Andalucía (sede, por cierto, de unas Jornadas de la Asociación de Letrados de Parlamentos, septiembre de 2005, sobre el tema «La evaluación de la leyes», con participación de algunos de los expertos mundiales de mayor reputación en este campo).

70 Además de las estadísticas puramente judiciales y la evaluación de la implantación de ciertos tipos de procesos. En mayo de 2005 el Consejo General del Poder Judicial (a través de su Sección de Estadística Judicial) ha comenzado a publicar «Datos de Justicia: Boletín de Información estadística», que parece un signo del compromiso del CGPJ en el seguimiento y publicación de datos, al menos, sobre el funcionamiento de los órganos judiciales. Sus tres primeros números son «Evolución del proceso monitorio», «Evolución de los asuntos en materia de Extranjería en la jurisdicción contencioso-administrativa» y «Servicios comunes» (accesibles en Internet, lo mismo que las estadísticas y buen número de informes y documentos: <<http://www.poderjudicial.es>> (portal del CGPJ, y allí la pestaña correspondiente).

71 Merece mención el «Observatorio contra la violencia doméstica y de género», creado en 2002 por convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales. «Su objetivo más importante —de acuerdo con su propia presentación— es hacer un seguimiento y análisis de las Sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en este ámbito, a fin de plantear pautas de actuación en el seno del Poder Judicial y a

carecen de una visión de conjunto. Aun así, pueden proporcionar a la sociedad datos más o menos organizados sobre el cumplimiento, aplicación y eficacia social de las leyes, que de otra manera sería mucho más difícil obtener. Lo mismo puede decirse de grupos de presión que hacen «seguimiento» de lo que les afecta (por ejemplo, sobre cumplimiento y aplicación de la ley de propiedad intelectual) y utilizan sus datos como medio de influir en la opinión pública y, en definitiva, en la aplicación de las leyes a su favor.

Es necesaria también una evaluación imparcial, por agentes expertos no subordinados a los poderes públicos. El ámbito universitario parece especialmente apropiado, bien en Institutos de Investigación específicos, bien por grupos cohesionados a través de Proyectos de Investigación financiados. No pueden estar constituidos sólo por juristas especialistas en la rama del Derecho de que se trate, pero estos son imprescindibles. Además, son precisos, al menos, expertos en ciencias sociales. La iniciativa académica en las Facultades de Derecho sería, en mi opinión, muy oportuna, y contribuiría señaladamente a poner a punto los métodos adecuados.

En lo que sigue, adopto el punto de vista de la evaluación *ex post* a cargo de expertos independientes (por ejemplo, profesores de Derecho civil reciclados), pensando especialmente en las leyes civiles.

Para esta evaluación de la ley ya en vigor sirven de guía todas las observaciones hechas más arriba sobre el contenido de los cinco niveles de racionalidad.

Puede distinguirse una evaluación realizada a poco de la entrada en vigor de la ley, y otra al cabo de cierto tiempo de vigencia.

En el primer caso, hay que analizar, en primer lugar, el proceso legislativo. Como en toda evaluación de calidad de productos, el proceso seguido

la vez sugerir aquellas modificaciones legislativas que se consideren necesarias para conseguir una mayor eficacia y contundencia en la respuesta judicial». Su sede es la del Consejo General del Poder Judicial.

La LO 1/2004, de 24 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, crea (art. 30) el Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer, al que «corresponderá el asesoramiento, *evaluación*, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios, y propuestas de actuación en materia de violencia de género». En particular, su informe anual «destacará asimismo las necesidades de reforma legal con objeto de garantizar que la aplicación de las medidas de protección adoptadas puedan asegurar el máximo nivel de tutela para las mujeres». En este sentido, es una ley que prevé su propia evaluación periódica mediante un órgano especializado. Sobre este Observatorio, Fernando REVIRIEGO PICÓN, «El Observatorio Estatal de violencia sobre la Mujer», en *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, nº 16, enero-junio 2005, pp. 61-63.

en su producción es ya un indicador de calidad del resultado. Por ello es relevante analizar de dónde proceden las incitaciones en la fase prelegislativa, qué agentes sociales se hicieron presentes, qué instituciones intervinieron, quién redactó el proyecto o la proposición de ley, en fin, la configuración específica de todas las etapas y pasos de la elaboración gubernamental y, luego, del debate y aprobación por las Cámaras. El proceso seguido, los momentos de evaluación del propio proceso en marcha (si los ha habido), incluso su duración, pueden mostrar ya insuficiencias o defectos de calidad. Además, es muy posible que en muchas de sus etapas se hayan hecho críticas y avanzado previsiones sobre lo que ocurrirá si se aprueba la ley con tales contenidos o tal forma, cuyo acierto cabe comprobar.

Relacionar los distintos pasos del proceso de confección de la ley con los cinco niveles de racionalidad parece ser un enfoque fructífero⁷².

La utilidad de análisis como los propuestos no es sólo (y no tanto) para mejorar la ley en cuestión mediante su reforma, sino para mejorar, en general, el proceso de elaboración de las leyes y, con ello, la calidad del contenido de las mismas.

Por supuesto, la evaluación de las leyes no se agota en análisis como los que acabo de sugerir, que corresponderían a un momento inicial de la evaluación puesto que pueden realizarse inmediatamente después de promulgada la ley (por lo que podría servir también, durante el proceso, para mejorarlo). La evaluación de su eficacia y efectividad social requiere el paso del tiempo, mayor o menor según el contenido de la ley. En el momento de la promulgación sólo cabe comprobar si se han hecho previsiones sobre efectividad social, si es de esperar que se cumplan y, en general, qué consecuencias sociales parecen previsibles.

Para todo ello es de importancia decisiva disponer de la información. Debe facilitarse el acceso a los datos que permiten evaluar la calidad de las

72 Para ello puede sugerirse como una herramienta conceptual un diagrama matricial en L o tabla de dos dimensiones, que relacione los cinco niveles de racionalidad (con las subdivisiones oportunas), en filas, con todas las etapas (desglosadas) de las fases prelegislativa y legislativa, en columnas, y muestre el grado de afectación mediante símbolos (por ejemplo, • afectación fuerte, ? afectación media, ? afectación débil), en su caso seguidos del número del artículo de la ley. O bien, como una variante, una tabla como la descrita que contenga en sus casillas la información sintética sobre la incidencia de lo actuado en cada una de las etapas de la formación de la ley con cada uno de los niveles de racionalidad.

Otro enfoque consistiría en analizar y evaluar la argumentación que tiene lugar en el proceso legislativo, tal como ha mostrado Atienza (2004b, pp. 102-111), que quizás cabe integrar en el esquema anterior. En todo caso, son acercamientos complementarios.

leyes. Pensando en el Derecho civil, las estadísticas deben mejorar drásticamente. La «Estadística judicial civil» es claramente insuficiente, y lo mismo las Estadísticas de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷³. Puede decirse que está casi todo por hacer para una «Estadística Civil». Además, los poderes públicos, a través de órganos adecuados, deberían realizar encuestas y utilizar otras técnicas de las ciencias sociales (análisis de fuentes documentales y estadísticas, entrevistas con agentes socioeconómicos y personas expertas, grupos de discusión) para aumentar el conocimiento empírico sobre conocimiento y cumplimiento de la ley por los ciudadanos.

Por último, es de la mayor importancia la difusión de los resultados de la evaluación, contextualizados y explicados de manera que los ciudadanos puedan entenderlos y formar su propia opinión sobre la calidad de las leyes y las eventuales razones para su reforma.

La evaluación de una ley puede verse como instrumento que permita fundar propuestas de reforma de la misma. Pero la generalización de la práctica de evaluar leyes servirá para mejorar el proceso y el resultado en la producción de otras leyes en el futuro, puesto que generará conocimientos y técnicas adecuados y aumentará la motivación para ello.

4. ALGUNAS SUGERENCIAS Y CONCLUSIONES

Las anteriores páginas tienen una función principal: sugerir a los profesores de Derecho civil (por extensión, a otros juristas que quieran sentirse aludidos) que el trabajo intelectual dirigido a incidir en la mejora de la calidad de las leyes civiles en el proceso de su producción es, por una parte, socialmente necesario en la situación actual del Derecho y de los saberes jurídicos y, de otra, que es un trabajo hacedero para profesores de Derecho civil dispuestos a aprender algunos métodos y técnicas nuevos, en colaboración con expertos en ciencias sociales.

Contienen, estas páginas, informaciones sobre hechos, tendencias y opiniones que son poco conocidos o no tenidos habitualmente en consideración por los profesores de Derecho civil.

⁷³ Accesibles, algunas, en <http://www.ine.es/inebase/menu3_soc.htm#4> (Portal del Instituto Nacional de Estadística, enlace sociedad).

Todo ello, como introducción e incitación para formular propuestas de modificación del Código civil en materia de Derecho de sucesiones.

Tales propuestas —las que la Asociación apruebe— se sitúan con facilidad en los esquemas de las páginas anteriores. Serán propuestas formuladas por agentes sociales expertos, no institucionales, que actúan como grupo de presión, no para hacer valer intereses propios o de sectores determinados de la sociedad, sino para ofrecer a la sociedad en su conjunto algunas referencias que tienen el peso correspondiente a la *auctoritas* que la sociedad y los poderes públicos quieran reconocernos como grupo de expertos.

Nuestras propuestas han de tener en cuenta las exigencias de todos los criterios o niveles de racionalidad de las leyes y pretenden insertarse en un debate racional crítico sobre política del Derecho de Sucesiones. No constituyen un intento de presentar la dogmática jurídica como programa de política legislativa, sino de poner la dogmática al servicio de nuestros conciudadanos en la tarea de dotarse de mejores leyes.

Las indicaciones fragmentarias que se han hecho sobre algunas de las preocupaciones actuales de una teoría de la legislación en construcción no permiten llegar en este trabajo a unas conclusiones fundadas.

Pero acaso sí son marco de referencia suficiente para proponer algunas sugerencias tendentes directa o indirectamente a mejorar la calidad de las leyes (en particular, las civiles). Las formulo como enunciados desiderativos.

1. Sería deseable que los juristas dogmáticos ampliaran el ámbito de sus tareas intelectuales y desarrollaran los métodos oportunos para incidir en el proceso de producción de las leyes.
2. Sería deseable que, en el ámbito académico universitario, se propiciara el análisis y evaluación de las leyes, con la finalidad de contribuir a su mejora.
3. Sería deseable que en los procesos legislativos sobre normas civiles no faltara, en tiempo y forma oportunos, la opinión de los profesores de Derecho civil, individual o colectivamente. En general, podría abrirse un plazo de «información pública», con incitación expresa a participar dirigida a los miembros de todas las profesiones jurídicas.
4. Sería deseable que en todo proyecto gubernamental de ley de Derecho civil tuviera intervención, al menos como coprotagonista, el Ministerio de Justicia.

5. Sería deseable que todo proyecto de ley que modifique el Código civil fuera elaborado y presentado al Consejo de Ministros por el Ministerio de Justicia y, en su elaboración:
 - a) Se partiera de una redacción inicial encomendada en el seno del Ministerio de Justicia a expertos en Derecho civil hábiles en la técnica legislativa.
 - b) Se contara al menos con un informe de la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación (cuando no se le encargara la elaboración del anteproyecto).
 - c) Se diera ocasión, desde los momentos iniciales de la elaboración ministerial del borrador, para que emitieran observaciones todos los grupos expertos que quisieran decir algo (abogacía, magistratura, otras profesiones jurídicas). Por lo que a nosotros respecta, las Facultades de Derecho (departamentos o áreas de Derecho civil) deberían contar con suficiente información oficial en todas las fases anteriores a la aprobación del proyecto de ley por el Gobierno.
6. Sería deseable que toda proposición de ley sobre Derecho civil fuera evaluada por expertos en Derecho civil que hicieran llegar su opinión a la Cámara para conocimiento de todos los grupos parlamentarios.
7. Sería deseable que toda enmienda parlamentaria en proyectos de leyes civiles fuera evaluada por expertos en Derecho civil que hicieran llegar su opinión a la Cámara para conocimiento de todos los grupos parlamentarios. Del mismo modo cabría proceder respecto de los acuerdos a que pudieran llegar los grupos parlamentarios.

Estas proposiciones expresan, en mi opinión, criterios de procedimiento que contribuirían a mejorar la calidad de las leyes civiles. No hay implícita en ellas la menor intención de cuestionar la legitimidad de las iniciativas legislativas del Gobierno o de los grupos parlamentarios, o la de las Cortes Generales, representantes del pueblo español, para ejercer la potestad legislativa mediante la aprobación de leyes con el contenido y finalidades que libérrimamente decidan (dentro del marco constitucional).

Por otra parte, resultan plenamente coherentes con los marcos de referencia expuestos en las páginas anteriores algunas reflexiones más generales sobre el futuro de la técnica legislativa que propone P. Salvador en su última aportación a estos temas⁷⁴. Transcribo cuatro de las cinco líneas de trabajo que propone⁷⁵.

«Legislación y grupos de intereses (Lobbies).— La realidad de la participación de grupos de intereses ciudadanos en la elaboración de las leyes y demás disposiciones jurídicas debería ser tomada en consideración por la técnica legislativa del siglo XXI.

Negociación en los poderes públicos y entre ellos mismos.— El proceso de elaboración de leyes y disposiciones jurídicas debería tener en cuenta los eventuales procesos de negociación que tienen lugar en el seno de cada poder del Estado, así como entre los distintos poderes públicos.

Negociación y limitación del monopolio estatal de la fuerza.— La idea de negociación debería ser asumida como un modo de contrarrestar el monopolio estatal de la coerción.

Transparencia y de minimización de los conflictos de intereses.— La negociación que eventualmente tiene lugar en el marco de los procesos de elaboración de leyes y disposiciones jurídicas debería estar legalmente sujeta a estrictas exigencias de transparencia, así como a las cautelas precisas para neutralizar los conflictos de intereses».

74 P. SALVADOR CODERCH, cabeza del grupo GRETEL que introdujo en España los estudios sobre técnica legislativa, señala (2004, p. 203) las autolimitaciones originarias de estos estudios. En 1984, recuerda ahora, aunque GRETEL «puso mucho énfasis en distinguir la técnica legislativa —entendida como conjunto de saberes encaminados a mejorar la composición y redacción de las leyes— de la dogmática jurídica —o ciencia de la interpretación de las leyes—, la cuestión acerca de cómo se incardina la técnica legislativa en las teorías de la legislación quedó en un segundo plano, en una cierta penumbra teórica». Ahora amplía al ámbito de su estudio a la teoría económica de la regulación y acaba apuntando las líneas de trabajo que transcribo.

75 SALVADOR CODERCH (2004, pp. 225-226). La primera línea de trabajo está más allá del horizonte de estas páginas y no parece aplicable, al menos directamente, al Derecho civil. Dice así: «Teoría económica de la regulación.- La doctrina normativa, que concibe la legislación y la regulación como actividades que tienden necesariamente a la consecución del interés público, así como su némesis —la doctrina de la inevitable captura del regulador por el regulado— deberían ceder terreno a análisis teóricos sistemáticos y empíricamente constatables y, en particular, por los llevados a cabo por la teoría económica de la regulación».

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1988): *La science de la legislation*. Travaux du Centre de Philosophie du Droit, Presses Universitaires de France, París.
- AA.VV.(2003): *Legislador i tècnica legislativa*. Workshop celebrat al Palau del Parlament el dia 17 de febrer de 2003, Publicacions del Parlament de Catalunya, Barcelona.
- AGUILÓ (2000): Josep AGUILÓ REGLA, «Técnica legislativa y documentación automática de legislación», en CARBONELL y PEDROZA (coords.) (2000), pp. 243-273.
- ALEXY (1989 [1978]): Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. cast. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA (1990): Manuel ATIENZA, «Para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, 8, pp. 39-61.
- ATIENZA (1997): Manuel ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Cuadernos Civitas, Madrid.
- ATIENZA (2004): Manuel ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, Mexico.
- ATIENZA (2004b): Manuel ATIENZA, «Argumentación y legislación», en MENÉNDEZ y PAU (2004), pp. 89-112.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (2004 [1996]): Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed. actualizada, Ariel, Barcelona.
- CALSAMIGLIA (1987): Albert CALSAMIGLIA, «Eficiencia y Derecho», en *Doxa*, 4, pp. 267-287.
- CALSAMIGLIA (1993): Albert CALSAMIGLIA, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», en *Doxa*, 13, pp. 161-178.
- CALSAMIGLIA (1997 [1993]): Albert CALSAMIGLIA, *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, Mexico.
- CARBONELL y PEDROZA (coords.) (2000): Miguel CARBONELL y Susana Thalfá PEDROZA DE LA LLAVE (coords.), *Elementos de Técnica Legislativa*, UNAM, Mexico.
- CAZORLA (2004): Luis María CAZORLA PRIETO, «La participación del Parlamento en la creación del Derecho», en MENÉNDEZ y PAU (2004), pp. 375-394.

- COMANDUCCI y GUASTINI (1996): Paolo COMANDUCCI e Ricardo GUASTINI (coords.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli ed., Torino.
- CONSO (1997): Giovanni CONSO, en GROSSI (1997), pp. 10-11.
- CORONA, PAU, TUDELA (coords.) (1994): Jesús M. CORONA FERRERO, FRANCESC PAU VALL y José TUDELA ARANDA (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Asociación Española de Letrados Parlamentarios, Tecnos, Madrid.
- DE CASTRO (1942): Federico de CASTRO, *Derecho civil de España, Parte General*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid (Cito por la 2ª ed., Madrid, 1949, por ser hoy la más accesible a través de la ed. facsimilar de Civitas, Madrid, 1984).
- DÍEZ RIPOLLÉS (2003): José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, ed. Trotta, Madrid.
- DI LUCIA (1996): «Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma», en COMANDUCCI y GUASTINI (1996), pp. 37-45.
- DRAGO (dir.) (2005): Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi. Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques*, Presses Universitaires de France, Paris.
- DUARTE DE ALMEIDA (2005): Vasco DUARTE DE ALMEIDA, Bibliografía: «Ciência de Legislação», en Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, núm. 39, Instituto Nacional de Administração, Janeiro-Março 2005.
- DUPRAT (2005): Jean-Pierre DUPRAT, «Genèse et développement de la légistique», en DRAGO (dir.) (2005), pp. 9-44.
- EISENMANN (1953 [2003]), Charles EISENMANN (Unesco), «El problema de la naturaleza y de los fines de la enseñanza del Derecho», en LAPORTA (2003), pp. 57-92.
- GARCÍA AMADO (2000): Juan Antonio GARCÍA AMADO, «Razón práctica y teoría de la legislación», en *Derechos y Libertades*, 9, julio/diciembre 2000, pp. 299-317.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (1952): GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Reflexiones sobre los estudios de Derecho», *Revista de Educación*, 1952, 5, pp. 143-148 (ahora en LAPORTA, 2003, pp. 47-56).
- GROSSI (ed.)(1997): Paolo GROSSI (ed.), *Giuristi e legislatori, Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 settembre 1996, Giuffrè, Milán, 1997.

- HERNÁNDEZ GIL (1973): Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, III, *Nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológicas, La tensión formalismo-antoformalismo. Pluralismos*. Madrid.
- HERNÁNDEZ GIL (1981): Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su superación*, Cuadernos Civitas, Madrid.
- HIERRO (2003): Liborio HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona.
- JIMÉNEZ APARICIO (2004): Emilio JIMÉNEZ APARICIO, «El procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley: la fase gubernamental», en MENÉNDEZ y PAU (2004), pp. 279-373.
- KARPEN (1986): Ulrich KARPEN, «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, I, 1986.
- KELSEN (1960): Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª y definitiva edición, revisada y ampliada, Viena, 1960 (trad. del original en alemán por R. J. Vernengo, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979).
- LAPORTA (ed.) (2003): Francisco J. LAPORTA (ed.), *La enseñanza del Derecho* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 6), Madrid.
- LAPORTA (2004): Francisco J. LAPORTA, «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en MENÉNDEZ y PAU (2004), pp. 29-88.
- LARENZ (1994): Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. y revisión (de la 4ª ed. alemana, 1979) de M. Rodríguez Molinero, Ariel Derecho, Barcelona.
- MADER (1985): Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne.
- MADER (1988): Luzius MADER, «La legislation: objet d'une science en devenir?», en AA.VV. (1988), pp. 9-20.
- MARCILLA (2000): Gema MARCILLA CÓRDOBA, «Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación», en CARBONELL y PEDROZA (coords.) (2000), pp. 93-115.
- MARCILLA (2005): Gema MARCILLA CÓRDOBA, *Realidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- MARTÍN CASALS (2004): Miquel MARTÍN CASALS, «La estructura básica de un manual español de técnica legislativa», en MENÉNDEZ y PAU (2004), pp. 201-226.
- MENÉNDEZ y PAU (dirs.) (2004): Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dirs.) y Antonio PAU PEDRÓN (dir. adj.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003), Thomson-Civitas, Madrid.
- MONTORO (2001): María Jesús MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona.
- MORAND (dir.) (1993): Charles-Albert MORAND (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Séminaire en Valais, Crans-sur-Sierre, 7-9 octobre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- MORAND (1999): Charles-Albert MORAND, «Formes et fonctions de l'évaluation législative», en OST y JADOT (1999).
- MORESO y NAVARRO (1996): Juan José MORESO y Pablo NAVARRO, «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», *Isonomía*, núm. 5, octubre 1996, pp. 19-39; una versión previa muy similar, «Applicabilità delle norme giuridiche», en COMANDUCCI y GUASTINI (1996), pp. 15-35.
- NAVARRO (1990): Pablo Eugenio NAVARRO, *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- OST y JADOT (dirs.) (1999): François OST y B. JADOT, *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
- OST y KERCHOVE (2002): François OST y Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
- PAU VALL (coord.) (1995): Francesc PAU VALL (coord.), *Parlamento y opinión pública*, Asociación Española de Letrados Parlamentarios, Tecnos, Madrid.
- SÁINZ MORENO y DA SILVA OCHOA (coords.) (1989): Fernando SÁINZ MORENO y Juan Carlos DA SILVA OCHOA (coords.), *La Calidad de las Leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz.
- SALVADOR (1991): Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario a las disposiciones adicionales», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, pp. 2215-2217.

- SALVADOR (2004): Pablo SALVADOR CODERCH, «Técnica legislativa y teorías de la regulación», en MENÉNDEZ y PAU (2004), pp. 201-226.
- WINTGENS (ed.) (2002): Luc J. WINTGENS (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory, Hart Publishing, Oxford.
- WINTGENS (2003): Luc J. WINTGENS, «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», en *Doxa*, 26, pp. 261-287.
- WINTGENS (ed.) (2005): Luc J. WINTGENS (ed.), *The Theory and Practice of Legislation*. Essays in Legisprudence, Ashgate.
- ZAPATERO (1994): Virgilio ZAPATERO GÓMEZ, «De la jurisprudencia a la legislación», en *Doxa*, 15-16, pp. 769-789.
- ZAPATERO (1996): Virgilio ZAPATERO GÓMEZ, «Producción de normas», en Elías DÍAZ y Alfonso RUIZ MIGUEL, *Filosofía Política II, Teoría del Estado*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta, Madrid, pp. 161-186.

SEGUNDA PARTE

OBJETIVOS DE UNA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES

SUMARIO. 1. Pérdida de importancia y cambio de funciones de la herencia. 2. Transformaciones en las familias y en las fortunas. 3. Derecho de sucesiones y cambio social. 4. Las modificaciones de las normas del Derecho de sucesiones en el Código civil desde 1889. 5. Líneas de tendencia que las anteriores reformas pueden señalar para el futuro. 6. Principios éticos en el Derecho de sucesiones. 7. Sugerencia de objetivos de reforma. 8. Necesidad de estudios previos. 9. Un estudio empírico: la frecuencia de uso del testamento en España. 10. Objetivo I: Mejorar la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte. 11. Objetivo II: Ampliar la libertad de disposición del causante mediante la reducción de las legítimas. 12. Objetivo III: Admitir instrumentos distintos del testamento unipersonal (testamento mancomunado, pactos sucesorios, donaciones *mortis causa*). 13. Objetivo IV: Reconocer derechos sucesorios en las uniones estables de pareja. 14. Objetivo V: Derechos sucesorios en otras situaciones de convivencia. 15. Objetivo VI: Hacer más funcional la regulación de la responsabilidad por deudas hereditarias. 16. Otras cuestiones. 17. Una pregunta sobre la reforma del Código civil. 18. Otra pregunta: ¿empezar por el Derecho de sucesiones?

1. PÉRDIDA DE IMPORTANCIA Y CAMBIO DE FUNCIONES DE LA HERENCIA

Es opinión común que el Derecho de sucesiones no tiene hoy la importancia que tenía en épocas anteriores⁷⁶.

La herencia no constituye en nuestra sociedad el soporte económico principal para la vida de los individuos⁷⁷. El trabajo es el medio ordinario para subvenir a las necesidades de las personas y nadie puede exigir que el Derecho le garantice una vida sin trabajar, pudiendo. Los desheredados —aquellos, tan numerosos, a quienes sus padres nada pudieron dejar, no sólo aquellos pocos a quienes sus padres no quisieron dejar nada— no están excluidos de la sociedad. La educación, la sanidad y las pensiones cumplen las principales funciones que la transmisión de los bienes de la familia tenía hace un siglo. La sociedad pretende ofrecer a todos oportunidades iguales, con independencia de la fortuna familiar.

Ciertamente, la herencia —o, mejor, la fortuna de la familia de origen— sigue siendo posiblemente el principal factor de desigualdad social. Pero no ya la herencia en sentido técnico, como fenómeno de transmisión *mortis causa* de bienes patrimoniales, sino más bien la participación del individuo en el poder, influencias y redes sociales del grupo familiar⁷⁸. Por otra parte, las grandes fortunas no se transmiten a las siguientes generaciones por los cauces del Derecho civil de sucesiones, sino preferentemente por instrumentos del Derecho de sociedades. En cualquier caso, no está al alcance del Derecho

76 Giuseppe PANZA y Fabricio PANZA, *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, en el *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, VIII,2, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2004, p. 1; Marco COMPORI, «Considerazioni conclusive e prospettive di riforma legislativa», en *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, CEDAM, Padua, 1995, p. 179.

77 Jean VAN HOUTTE, Marc KEULENEER y Kathelijne VAN DER BRANDE, «Inheritance Law and Practice in the USA and Belgium», *Sociologia del Diritto*, n. 3, 1995, p. 85: El estatus y los medios de vida se adquieren cada vez más sobre la base del capital cultural (sobre todo, educación) en lugar de por medio del capital material de la familia en que uno nació. Vincenzo FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Edizioni di Comunità, Milán, 1972, p. 113: El porvenir de la prole depende cada vez menos del capital acumulado por los padres durante su vida.

Tanto Jean VAN HOUTTE como Vincenzo FERRARI han sido Presidentes del *Comité of Sociology of Law* en el seno de la *International Sociological Association* (ISA); Comité presidido hasta 1974 por Renato Treves.

78 Vincenzo FERRARI (1972), p. 172: «El éxito social del individuo depende muy a menudo más de un eficaz sistema de relaciones sociales que de la existencia de un consistente patrimonio familiar».

civil de sucesiones el hipotético objetivo de redistribuir la propiedad entre los ciudadanos con ocasión del fallecimiento de los más ricos; y el actual debate —no sólo en España— sobre la supresión del impuesto de sucesiones hace pensar que tampoco está en el ambiente una política que pretenda alcanzar este objetivo por otros medios.

El hecho de que el Derecho de sucesiones haya visto disminuida tan drásticamente su importancia no determina por sí solo que sus reglas deban ser modificadas. En realidad, muchas de estas reglas son anteriores al Código civil, proceden en parte del Derecho romano y han regido sociedades muy diversas, lo que demuestra su gran poder de adaptación sin necesidad de intervenciones del legislador. Como se ha constatado tantas veces, el cambio de función de las instituciones es compatible con la permanencia de las reglas sin variaciones.

Las mismas reglas, como se ha dicho, pueden estar vigentes en sociedades muy diversas; asimismo, sociedades muy similares puedan estar regidas por reglas sucesorias muy distintas. La historia tiene una importancia decisiva. Las tradiciones locales tienden a perpetuarse a través de los siglos y de los cambios en la estructura social y en los modos de vida. El Derecho de sucesiones tiene una fuerza de inercia quizás superior a cualquier otro conjunto de normas jurídicas. Puede que la implícita reflexión sobre la muerte (aunque sea desde el punto de vista de los que siguen vivos) imponga respeto y cohiba a la hora de pensar y proponer consecuencias distintas de las conocidas de siempre. También la lenta y casi imperceptible evolución de las estructuras del parentesco contribuye a imponer un ritmo histórico muy lento a la evolución del Derecho de sucesiones.

La propia singularidad del fenómeno sucesorio —uno y sólo una vez para cada persona— parece incompatible con cambios demasiado rápidos. A cada uno de nosotros sólo nos heredan una vez; cada uno de nosotros heredamos (si heredamos) una o dos veces, raramente más. Como llamados a morir, no siempre pensamos en las consecuencias patrimoniales; como llamados a heredar, no depende de nosotros el cuándo ni el cómo. En ambas situaciones, parece que el inconsciente colectivo cuenta con la presencia de unas normas «de siempre» que dispondrán lo adecuado: normas jurídicas, ciertamente, pero apoyadas en normas éticas y sociales que prestan legitimidad y eficacia social a las primeras.

Las anteriores consideraciones inclinan a especial cautela ante toda reforma del derecho de sucesiones. También porque pasará tiempo, después

de un cambio legislativo, hasta que las leyes nuevas tengan la misma aceptación social que tuvieron las antiguas. Pasará tiempo hasta que la experiencia al aplicarlas permita apreciar lo bien fundado de los criterios que inspiraron la nueva legislación.

2. TRANSFORMACIONES EN LAS FAMILIAS Y EN LAS FORTUNAS

Con todo, las leyes que regulan las sucesiones por causa de muerte pueden y deben cambiar. En particular, como consecuencias de cambios acaecidos en la familia y el Derecho de familia, así como de las transformaciones de las fortunas y de la propiedad.

Pero sin duda hay otros datos de la realidad social y económica que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta al reflexionar sobre una política jurídica para el derecho de sucesiones. Algunos han sido ya aludidos. Zoppini, en reciente monografía de Derecho comparado, indica los siguientes⁷⁹:

- a) La herencia no es cauce de transmisión de poder político. La comparación procede no sólo con respecto al antiguo régimen (feudalismo, mayorazgos), sino también en relación con el siglo XIX y parte del XX: el voto censitario establecía un nexo entre la participación en la vida política a través del sufragio y la fortuna personal e, indirectamente, la herencia.
- b) La función asistencial y de previsión que cumplía la herencia es ahora realizada de manera general por las instituciones del Estado del bienestar.
- c) La transmisión intergeneracional de la riqueza sólo en pequeña medida se realiza hoy a través de la herencia. La edad a la que se hereda parece que se acerca, de media, a los cincuenta años, como consecuencia del espectacular alargamiento de la vida⁸⁰. Sólo excepcionalmente hereda un menor de edad. Correlativamente, se anticipa la transmisión de bienes por actos *inter vivos* e incluso se observa frecuentemente un «salto generacional» (transmisión de abuelos a nietos).

79 Andrea ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, en *Tratatto di diritto comparato diretto da R. Sacco*, UTET, Turín, 2002, pp. 8 ss.

80 Cfr. VAN HOUTTE, KEULENEER y VAN DER BRANDE (1995), p. 86.

- d) Es cada vez más frecuente el recurso a instrumentos alternativos al testamento («*will substitutes*») en el marco de una «planificación de la herencia» que se sirve de muy variados medios jurídicos cuyo uso muchas veces se elige en función de sus consecuencias tributarias.

3. DERECHO DE SUCESIONES Y CAMBIO SOCIAL

La reforma del Derecho de sucesiones no puede plantearse hoy como un medio para transformar sustancialmente la sociedad. Cabe que estas pretensiones tuvieran verdaderamente sentido en el siglo XIX, en una sociedad en la que la propiedad constituía el instrumento más relevante para el ejercicio del poder económico y político, de manera que la herencia podía influir profundamente sobre la concentración o sobre la difusión de la riqueza, sobre la igualdad o sobre la desigualdad de los ciudadanos. Es en este contexto en el que pudo discutirse el alcance social y económico del *partage forcé* impuesto por la Revolución francesa como ariete contra el poder de la aristocracia, y enfrentarse esta concepción de la herencia con la que propugnaba la libertad de testar (representada en Inglaterra por McCulloch y en Francia por Le Play). Concepciones más radicales, como las socialistas, pudieron proponer la abolición de la herencia (los saint-simonianos y bakuninistas; para Marx la abolición de la herencia no podía ser anterior a la abolición de la propiedad privada, sino una consecuencia de la misma). John Stuart Mill, con un radicalismo que no dejaba de ser liberal, trataba de hacer de la sucesión un instrumento de redistribución económica, reconociendo una libertad de testar que, más allá del límite de la «modesta independencia» de los herederos, hacía recaer en el Estado el resto de las fortunas⁸¹.

El debate sobre la libertad de testar en razón de sus efectos sobre la redistribución de la riqueza, la configuración de las familias y la conformación de las formas de propiedad es un debate del pasado. Importante, sin duda, para entender las grandes opciones de los legisladores en el siglo XIX y, en España, para entender el camino que tomó la codificación y la permanencia

81 Un buen resumen en FERRARI (1972), p. 13. Entre nosotros, JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1., *Las legítimas*, en *Tratado teórico y práctico de Derecho civil*, vol LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974. (1974), pp. 11-56, bajo el epígrafe «significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar».

de los Derechos forales. Pero creo que hoy resulta inútil en aquellos términos como premisa para una reforma del Derecho de sucesiones. De hecho, no es así como se han argumentado y justificado las reformas producidas en nuestro entorno en los últimos decenios⁸².

Por el contrario, son principalmente las grandes transformaciones ya producidas en la familia y en el Derecho de familia las que llevan, como una consecuencia, a modificaciones del Derecho de sucesiones. Cambios, algunos, ya producidos de hecho o mediante las disposiciones de los particulares, en la medida en que las normas las permiten o incluso circunviniéndolas, como la frecuencia de testamentos cuya finalidad es dejar al cónyuge todo cuanto la ley consiente o aun forzándola en lo posible, o la «planificación de la herencia» y la transmisión de bienes en vida o por medios distintos del testamento.

4. LAS MODIFICACIONES DE LAS NORMAS DEL DERECHO DE SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL DESDE 1889

Un repaso a las reformas que, en su siglo largo de vida, ha tenido el Código civil en materia de sucesiones puede dar alguna idea del tipo de impulsos que ha recibido y quizás también algunas ideas sobre las reformas que, como prolongación de las acaecidas, son previsibles o propiciables.

De los 331 artículos que el Código civil dedicaba en 1889 a las sucesiones por causa de muerte (arts. 657 a 1087, tit. III, «De las sucesiones», del libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad») 90 han sido modificados (unos pocos, suprimidos). Algo más de una cuarta parte de los artículos no tienen hoy el mismo texto que en 1889.

Aun siendo muchos los preceptos afectados, no puede decirse que el Derecho de sucesiones del Código civil haya cambiado en su sistema y sus rasgos definitorios. Ciertamente, algunas de las reformas tienen cierta fuerza expansiva o se acomodan mal dentro de las paredes maestras del edificio decimonónico, pero éstas se mantienen casi intactas.

82 Significativa la actitud del Proyecto de ley francés *portant réforme des successions et des libéralités* (junio de 2005): «*La rigueur et la sévérité des règles qui encadrent la transmission des patrimoines, qui se justifiaient au lendemain de la Révolution française, ne paraissent plus adaptées aux évolutions de la société et à la configuration actuelle des patrimoines*».

Las reformas no se han hecho de una vez, ni con un diseño de conjunto. En cada una de las ocasiones se han perseguido unos objetivos muy concretos, en muchas de ellas como consecuencias de cambios introducidos en otros sectores del ordenamiento.

Merece la pena enumerar estas reformas y los rasgos característicos de cada una de ellas.

1904. Ley de 21 de julio de 1904, que modificó los artículos 688 y 732 Cc. Suprimió para el testamento ológrafo el requisito de estar escrito en papel sellado.

1928. Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928. Modifica los artículos 954 a 957 Cc., con dos objetivos: limitar la sucesión intestada al cuarto grado (estaba fijada en el sexto) y distribuir de otro modo, más favorable a las instituciones estatales, las herencias deferidas al Estado en defecto de parientes⁸³.

1958. Ley de 24 de abril de 1958. Afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodarlo al concordato de 1953; a la adopción, que empieza a ser una institución socialmente relevante; a la capacidad de la mujer, que sólo en muy pequeña medida se amplía, pues la casada sigue sometida a la autoridad del marido y requiere de su licencia para casi todos sus actos; y a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente «estableciendo un régimen más simple a la vez que aumenta la participación viudal». Nos interesa especialmente esto último. Es de notar que la modificación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente es una consecuencia de uno de los objetivos de aquella ley, que era mejorar en general la situación de la mujer casada⁸⁴.

83 Notable la exposición (en que se citan opiniones de Sánchez Román, de Valverde y de Castán) y la atención a la técnica legislativa (por ejemplo, cuidado de que la reforma no afecte «a la unidad sistemática a que responden los preceptos del Código»; amplía *vacatio* «para que cuantos quieran testar en favor de parientes de grado superior al cuarto puedan hacerlo»). Esta reforma del Derecho de sucesiones y la anterior de 1904 son también las dos primeras ocasiones en que se modificaron preceptos del Código.

84 Por ello la Exposición de motivos, sin solución de continuidad con otras consideraciones sobre la posición de la mujer, explica: «Al revisar los derechos sucesorios de la mujer, se ha planteado la oportunidad de proceder a la ampliación de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente indistintamente». Los «derechos sucesorios» a que se refiere son los legitimarios, pues la sucesión intestada no fue modificada. En cuanto a la legítima, los arts. 834 y 837 vigentes siguen hoy, en lo sustancial, tal como quedaron redactados en 1958.

Nos importa también señalar que esta ley de 1958 introdujo claramente los pactos sucesorios entre adoptante y adoptado (art. 174 Cc.). Esta posibilidad quedó cancelada por la Ley de 7 de julio de 1970.

1978. Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. Se modifican las causas de indignidad y de desheredación mediante algunos retoques en los arts. 756, 757, 852, 853 y 854.

1981. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Esta es la reforma de mayor calado hasta ahora. Afecta a unos 45 artículos del tit. III del libro III. La innovación más sustancial es la equiparación de todos los hijos cualquiera que sea su filiación, que supone una importante transformación en la sociedad. Formalmente esta reforma tiene aspectos muy sencillos y aun simplificadores, como la posibilidad de suprimir artículos; pero sus consecuencias se propagan en diversas direcciones, de manera a veces demasiado mecánica, y afectan a otros institutos que no fueron repensados en profundidad. Así, en particular, respecto de la preterición (en el atormentado texto del art. 814) y el «pago de la porción hereditaria en casos especiales» (arts. 841 a 847),⁸⁵

La otra innovación de alcance sustantivo es la anteposición del cónyuge a los parientes colaterales en la sucesión intestada. Poco tiene que ver con la finalidad de la ley, aunque la Exposición de motivos que acompañó al proyecto explicaba que, al ser llamados en primer lugar también los hijos no matrimoniales, el viudo queda postergado, y que esta postergación se habría agravado más si se mantenía la preferencia de los hermanos e hijos de hermano. Pero la verdadera razón, que la citada exposición no oculta, es «el reconocimiento de que el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre y, a su vez, el de que en la sociedad moderna prima la familia nuclear sobre la troncal».

Por último, se reformó el art. 831 para ampliar las posibilidades —ahora también en testamento— de que un cónyuge encomiende a otro la facultad de mejorar. Esta reforma no tiene relación alguna con el resto de la ley; no figuraba en el anteproyecto ni en los trabajos de la Comisión de codificación.

85 También la reserva viudal (art. 971 ss.), la partición (art. 1057) o la colación (art. 1045: como había que suprimir una palabra, se aprovechó para determinar su régimen en determinado sentido). Se atendió en una norma (art. 837) a la concurrencia del viudo con hijos adulterinos.

1981. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Los retoques son mínimos: nueva redacción a la causa primera de desheredación (art. 855) y supresión de la mención al cómputo canónico del matrimonio en el art. 919.

1984. Ley 6/1984, de 31 de marzo [interdicción civil]. Afecta ligeramente a los arts. 681 y 853.

1990. Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Afecta ligeramente a los arts. 754, 756 (sobre indignidad), 852 y 852 (causas de desheredación).

1991. Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos. Afecta a bastantes artículos, pero se refiere tan sólo a algunos aspectos formales del otorgamiento de testamento notarial. El cambio más importante es la supresión de la necesidad de testigos.

1996. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Sin relación alguna con su objeto, se aprovechó la promulgación de esta ley para «depurar los desajustes gramaticales y de contenido producidos por las sucesivas reformas parciales operadas en el Código» (Exposición de motivos, 4). En el Derecho de sucesiones, tuvieron alguna modificación los arts. 753, 852 y 855 (de nuevo los torturados textos sobre causas de desheredación), 992 y 1060.

2003. Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa. La nueva redacción del segundo párrafo del art. 1.056 facilita la «sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa». También se modifican los arts. 1271 y 1406-2º.

2003. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En el Derecho de sucesiones, creo que la innovación más interesante es el derecho de habitación que, bien como legado, bien como atribución legal, configura el art. 822. Son novedad también la posibilidad de sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta prevista en el art. 808 (y arts. 782 y 813) y la ampliación de la facultad de delegar la distribución de la herencia entre los hijos operada mediante reforma del ahora larguísimo art. 831. Además, arts. 756 (indignidad), 821 y 1041 (colación).

2005. 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. La inci-

dencia en el Derecho de sucesiones se concreta en los arts. 834 y 835, para clausurar la desarmonía que desde 1981 mostraban al hacer depender la legítima del viudo del criterio de la culpa en la separación. Se modifica también el art. 945, sobre sucesión intestada del viudo, que ahora armoniza con los anteriores. Además, se suprime el segundo párrafo del art. 837 (concur-rencia de viudo con hijos adulterinos) y se modifica en coherencia el art. 840.

5. LÍNEAS DE TENDENCIA QUE LAS ANTERIORES REFORMAS PUEDEN SEÑALAR PARA EL FUTURO

Como he dicho, no hay un propósito global o un diseño de conjunto en estas reformas, cada una de las cuales tiene sus propias finalidades y la mayor parte (y las más importantes) nacen con objetivos externos al Derecho de sucesiones.

a) Tres reformas han tenido una finalidad y un desarrollo contenidos dentro de los límites del Derecho de sucesiones: las de 1904, 1928 y 1991. La más importante, porque expresa opciones de fondo, es la que en 1928 limitó la sucesión intestada al cuarto grado. Reducción anterior en el tiempo y más drástica que en otros países europeos (por ejemplo, Francia sólo en 2001 ha limitado la sucesión al sexto grado en todos los casos). Merece recordarse que el proyecto del gobierno, en 1928, proponía la reducción al tercer grado de parentesco y fueron las deliberaciones de la Asamblea Nacional las que llevaron a fijarlo en el cuarto. ¿Limitar la sucesión intestada al tercer grado de parentesco sería un objetivo razonable en el próximo futuro?

La reforma de 1991 tuvo como objeto principal la supresión de la necesidad de los testigos en los testamentos notariales. Puede ser indicio de la conveniencia de plantear una modernización o una reforma global de las formas testamentarias. Si se planteara, conviene tener en cuenta que en España el testamento notarial (abierto) tienen plena aceptación y muy frecuente utilización (vid. *infra*, 9), mucho más que en el resto de Europa; lo que no debería llevar, sin embargo, a proponer la supresión del testamento ológrafo, conocido y practicado en casi todos los países europeos.

b) Las modificaciones de fondo de mayor calado producidas hasta ahora en el Derecho de sucesiones del Código civil responden a problemas centrales en las transformaciones del Derecho de familia: la igualdad de todos los hijos cualquiera que sea su filiación, y el protagonismo de la relación con-

yugal en la familia, que se proyecta más allá de la muerte de uno de ellos confiriendo al supérstite mayor participación en la sucesión intestada y en la legítima. A su vez, las consecuencias de estas reformas hacen pasar a primer plano temas centrales no abordados de frente en ellas: la coherencia de un sistema legitimario pensado históricamente para mantener los bienes en el linaje cuando tienen entrada en el mismo los hijos extramatrimoniales y los bienes han de compartirse con quien no es pariente de sangre, es decir, el viudo. De momento, son reflejo del difícil acomodo de estas novedades la ampliación de las posibilidades de pago en metálico de las legítimas o la (inestable) configuración de la preterición.

Son también reflejo de nuevas concepciones de la familia y de la moralidad las titubeantes reformas de las causas de indignidad y de desheredación, reformas que expresan, me parece, incertidumbres y dudas de fondo.

La regulación de los pactos sucesorios en la escritura de adopción en 1958 pone de manifiesto que no hay propiamente, en el sistema del Código civil, una prohibición de pactos sucesorios por razones de moralidad u orden público, sino que son razones de oportunidad las que mueven al legislador a admitirlos o no según los casos.

c) Las reformas del art. 831 Cc. tienen algún aspecto misterioso. Ni en 1981 ni en 2003 las correspondientes leyes tenían objetivos para cuya consecución fuera instrumento congruente ampliar la facultad de delegar en el cónyuge la distribución de la herencia entre los hijos. Quizás —sirva como hipótesis— su sentido no sea tanto servir a la ordenación de la sucesión del delegante cuanto proporcionar al viudo (a la viuda en la mayor parte de los casos) el mayor poder económico familiar que parece compatible con una legítimas de los descendientes que el legislador, de momento, no se ha atrevido a cuestionar de frente. Con toda probabilidad, esta es la intención con que se otorgan hoy la mayor parte de las fiducias a favor del cónyuge en Aragón —y aquí la experiencia viene de siglos, relacionada siempre con la viudedad y manifestada en la práctica totalidad de los testamentos de las personas casadas—. Si esta es la finalidad, favorecer al cónyuge, cabe dudar que sea una buena idea fomentarla en el Código civil, cuando no parece que en su ámbito territorial haya sido frecuente este tipo de delegación. Si el problema es la legítima de los descendientes, que comprime los deseos de los cónyuges de traspasar la mayor parte o la totalidad de los bienes al supérstite de ellos, es preferible cuestionar directamente esta legítima.

d) La reforma de 2003, en cuanto dirigida a favorecer en la sucesión de sus padres a las personas con discapacidad, tiene algunos rasgos novedosos. Por una parte, sus normas no se dirigen con alcance general a los sujetos del fenómeno sucesorio, señalando hipótesis que puedan referirse en abstracto a cualquier persona (en cuanto que testador, causante, pariente o cónyuge), sino exclusivamente a determinados sujetos por sus características personales, bien por haber sido incapacitados judicialmente (como en el art. 808), bien por haber sido comprobada administrativamente su discapacidad física o psíquica. Por otra parte, se prevé (art. 822) una atribución en función asistencial (derecho de habitación), que compromete un bien que puede ser el más importante en la mayor parte de las herencias: la vivienda.

Estas novedades sugieren reflexiones sobre unos criterios distintos de los actuales como justificación y configuración de las limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer: los intereses que han de ser protegidos no serían la atribución de expectativas hereditarias en abstracto a los parientes en cuanto tales, de acuerdo con su proximidad en línea y grado de parentesco, sino en atención a las concretas situaciones carenciales de personas dependientes del causante a las que éste atendía o debía atender en vida. Por otra parte, las atribuciones sucesorias se medirían en proporción a las necesidades que han de satisfacer, y la función de los bienes relictos —el caso más importante es, sin duda, la vivienda— contribuiría a determinar su atribución.

6. PRINCIPIOS ÉTICOS EN EL DERECHO DE SUCESIONES

En estas páginas que tienden a la formulación de unos objetivos adecuados para una reforma del Derecho de sucesiones, es pertinente también una reflexión sobre los principios que en esta materia pueden considerarse estructurales, como pertenecientes al nivel de la racionalidad ética. Es decir, las grandes opciones que, en la sociedad, son tan obvias que no se discuten, por constituir creencias profundamente enraizadas (vid. *supra*, Primera parte, 2.2.)⁸⁶. Puede ocurrir que algunas de estas creencias profundas se hayan desplazado lentamente desde el siglo XIX o, en todo caso,

86 Cfr. ZOPPINI (2002), p. 1, quien, con cita de Boehmer, indica como opciones fundamentales del Derecho de sucesiones las siguientes: pertenencia al Derecho privado, reserva a favor de legitimarios, libertad de testar, sucesión en la universalidad de los bienes.

que en los linderos o en las consecuencias de los correspondientes principios se manifiesten opiniones nuevas, propugnadoras de otros equilibrios de los intereses de los sujetos implicados, que puedan orientar algunos cambios legislativos sustanciales.

Los principios del Derecho de sucesiones que, en nuestra sociedad, se sitúan en el nivel de la racionalidad ética, creo que son los siguientes:

- a) Los bienes de los difuntos deben pasar a otras personas particulares. Por un lado, la propiedad (las titularidades patrimoniales) no se extinguen por la muerte; por otro, no pasa a la colectividad o al Estado, sino que perdura como propiedad privada. Este creo que es el sentido del art. 33.1 CE, en cuanto dice «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» (cfr. Art. II-77 del Proyecto de Constitución europea).
- b) Es legítimo que la colectividad se vea beneficiada en la herencia de las personas, normalmente a través de los impuestos sucesorios. También mediante el llamamiento hereditario al Estado en defecto de testamento y de parientes con derecho a heredar. Este puede ser uno de los sentidos del art. 33.2 CE: «La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».
- c) El causante tiene amplia libertad para decidir el destino de sus bienes. Principio que entra en conflicto con el siguiente, por lo que se requiere el correspondiente juicio de ponderación.
- d) La familia del difunto es destinataria de, al menos, parte de sus bienes
- e) Quien recibe los bienes del difunto ha de pagar sus deudas.

En la actual situación de la sociedad, la cuestión principal que se plantea es la de conjugar la libertad de disposición con las expectativas familiares: es decir, la regulación de «las legítimas». Pero también se plantea qué debe entenderse por familia y la prelación entre los miembros de la misma en cuanto tales a la hora de heredar (pues no es el grupo familiar el que hereda, sino personas individuales).

También empieza a presentarse como exigencia ética la atención preferente con los bienes de la herencia a las necesidades de personas vinculadas de alguna forma con el difunto (familiares o no) y que por cualesquiera razones son particularmente débiles o menesterosas: menores, discapacitados, sin

empleo, sin hogar... Esta exigencia puede entrar en conflicto, de una parte, con la libertad de disposición; por otra, con el orden abstracto de la sucesión por línea y grado y con la igualdad de los legitimarios.

Creo que todos los demás principios que pudiéramos sugerir en el Derecho de sucesiones no se sitúan en este nivel de racionalidad ética, sino en el de la racionalidad instrumental. Por ejemplo:

- a) El heredero como continuador de la personalidad del causante. Pudo ser una exigencia ética en la sociedad romana de hace más de veinte siglos (cuando el heredero era continuador del culto doméstico), pero no lo es hoy entre nosotros, tampoco en su variante de «continuator de la Casa», o de la estirpe, o del linaje. Hoy la existencia (casi) necesaria del heredero en el fenómeno sucesorio tiene una función instrumental, para la conservación de los bienes y, sobre todo, para el pago de las deudas del causante.
- b) La unidad o universalidad de la herencia (sin distinguir entre muebles e inmuebles, o entre bienes heredados y bienes ganados).
- c) La compatibilidad de la sucesión testada y la intestada.
- d) La centralidad y casi exclusividad del testamento unipersonal como instrumento para el ejercicio del poder de disposición *mortis causa*. Creo que la posible admisión del testamento mancomunado o de los pactos sucesorios no se enfrenta a ningún principio ético, sino que debe discutirse en el terreno de la racionalidad instrumental: es decir, si y en qué condiciones son instrumentos socialmente útiles para encauzar la disposición de bienes para después de la muerte.
- e) Lo mismo puede decirse, con más razón, de principios explicativos tales como el sistema de adquisición («romano» o «germánico»), la yacencia de la herencia, etc.

7. SUGERENCIA DE OBJETIVOS DE REFORMA

Si bien los principios éticos no proporcionan por sí líneas de política legislativa, sino que más bien constituyen límites a las opciones del legislador, la reflexión sobre los mismos sugiere, como se ha indicado, algunos posibles desarrollos en el terreno de la política jurídica. Estas posibilidades serán tenidas en cuenta al proponer objetivos del cambio legislativo.

Sin duda es muy amplio el margen de arbitrio político en la formulación de los objetivos y en la determinación de las normas.

Por tanto, la propuesta que seguidamente se hace está basada mayormente en consideraciones de oportunidad, en un doble sentido. En primer lugar, porque no estamos ante la necesidad de derogar o corregir normas claramente injustas o gravemente contrarias a las concepciones morales de la sociedad, sino más bien de adecuar mejor algunas de ellas a situaciones fácticas nuevas y a estados de opinión que piden o apoyan ciertos cambios en las normas. Por otra parte, porque entendemos que esta Ponencia habrá cumplido su función si mueve a reflexionar y proporciona para ello ideas y materiales sobre algunos de los posibles cambios legislativos socialmente relevantes que pueden proponerse. La finalidad de la Ponencia, el tiempo y los medios disponibles aconsejan seleccionar unos pocos entre los temas susceptibles de desembocar en reformas legislativas. Un criterio ha sido atender preferentemente aquellas materias que implican opciones de mayor trascendencia para la sociedad y que sólo el legislador puede abordar, frente a aquellas, más técnicas, que acaso la doctrina y la jurisprudencia pueden solucionar mediante una adecuada interpretación. En definitiva, cuestiones que se plantean en el nivel de la racionalidad teleológica, más que aquellas que afectan a la racionalidad jurídico-formal.

En particular, para presentar este elenco de posibles objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones se han tenido en cuenta, de una parte, las opiniones expresadas al respecto en el mundo jurídico (académico y profesional) y aun en algunos medios de comunicación, así como las iniciativas de reforma emprendidas o culminadas en algunos países de nuestro entorno; de otra, las respuestas de los miembros de la Asociación a la encuesta preliminar y las propuestas de algunos miembros de la Asociación en forma de comunicaciones.

Los objetivos a considerar podrían ser los siguientes:

- I. Mejorar la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte.**
- II. Reducir las legítimas y configurarlas con mayor flexibilidad.**
- III. Admitir instrumentos distintos del testamento unipersonal (testamento mancomunado, pactos sucesorios, donaciones *mortis causa*).**

- IV. Reconocer derechos sucesorios en las uniones estables de pareja.**
- V. Reconocer derechos sucesorios en otras situaciones de convivencia.**
- VI. Hacer más funcional la regulación de la responsabilidad por deudas hereditarias.**
- VII.[Otras cuestiones]** Generalizar la representación sucesoria a la sucesión voluntaria. Dar nueva regulación a la preterición no intencional. Introducir la ineficacia por ley de las disposiciones entre cónyuges cuando se separan o divorcian.

Aquí, y en este momento, los objetivos enumerados son meras propuestas para deliberar sobre ellas. Mejor aún, constituyen tan sólo el marco de la deliberación de la Asociación de Profesores de Derecho civil, cuyo resultado puede llevar a indicar al legislador algunos objetivos.

8. NECESIDAD DE ESTUDIOS PREVIOS

Antes de decidir iniciar la redacción de un anteproyecto de ley con alguno de los objetivos enumerados, serían precisos estudios tanto de ciertos hechos sociales como del conocimiento y la opinión de los ciudadanos sobre las alternativas de regulación. Estudios empíricos sobre conocimiento del Derecho y actitudes hacia él, en la línea de los estudios KOL (*Knowledge and Opinión about Law*)⁸⁷, pues con todas sus limitaciones y dificultades (y dando por descontado, según resulta de estos mismos estudios, que el conocimiento que los ciudadanos tienen sobre asuntos de Derecho es mucho más pobre de lo que las autoridades y muchos autores suponen), son los adecuados para conocer la opinión de los ciudadanos y calcular la eficacia de las futuras leyes. En España, podría ser el CIS el organismo que administrara una gran encuesta sobre reforma del Derecho de sucesiones.

En una encuesta a la población en general (ámbito: nacional; universo: población española de ambos sexos de 18 años y más), las preguntas podrían versar sobre:

87 Sobre estudios KOL, Roger COTTERELL, *Introducción a la sociología del Derecho*, trad. esp., Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 124; Vincenzo FERRARI, *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, trad. esp., Dykinson, Madrid, 2000, p. 97.

1. Si ha hecho testamento; si piensa hacerlo antes de morir.
2. Si, caso de estar casado, ha ido a la notaría con su cónyuge para hacer testamento.
3. Si, caso de estar casado, ambos cónyuges se han instituido recíprocamente herederos en testamentos otorgados el mismo día.
4. Si ha hecho donación de alguna importancia a sus hijos o puesto bienes a su nombre.
5. Si ha heredado. A qué edad. Cuánto.
6. Conocimiento que tiene del orden de suceder abintestato.
7. Opinión sobre cómo debería ser el orden de suceder abintestato.
8. Opinión sobre legítima de los descendientes.
9. Opinión sobre posición del cónyuge supérstite en la herencia del premuerto.
10. Opinión sobre posición del conviviente en la herencia de su pareja.

En todo caso, habría que desagregar las respuestas según edad, sexo, niveles educativos y socioeconómicos, estado civil (soltero, casado, divorciado, viudo), residencia (urbana, rural), Comunidad Autónoma (con particular atención a las que tienen Derecho civil propio).

En el diseño y análisis de la encuesta habrían de colaborar, por lo menos, sociólogos, profesores de Derecho civil y notarios.

Por otra parte, parece que encuestas y entrevistas a notarios, abogados, jueces y otros profesionales del Derecho, así como otros expertos sociales, serían medios útiles para conocer aspectos de la realidad no abordables de otro modo, por ejemplo el contenido típico de los testamentos, así como su opinión sobre posibles reformas del Derecho de sucesiones. Una encuesta entre profesionales del Derecho (abogados, jueces, notarios...) podría tener en parte el contenido de la encuesta general (cuestiones 7 a 10), más, por ejemplo, las siguientes:

1. Contenidos típicos o más frecuentes de las disposiciones testamentarias (naturalmente, sobre esto habría que hacer muchas preguntas).
2. Situaciones por las que los testadores disponen de determina manera y razones que dan para ello.
3. Opinión sobre el testamento mancomunado
4. Opinión sobre pactos sucesorios

Una referencia para estudios de este tipo⁸⁸ puede ser el llevado a cabo por el *Center for Sociology of Law* de Amberes (Bélgica) con el apoyo del *Fund for Collective Fundamental Research*. Está basado, por una parte, en una muestra aleatoria de las declaraciones de los particulares para la liquidación del impuesto de sucesiones en Bélgica en 1985; por otra, en una encuesta a los notarios belgas. Mediante el primer procedimiento se averigua la frecuencia con que el testamento es utilizado (16 % de las herencias declaradas; entre el 10 y el 15 % del total de las herencias). Mediante la encuesta a los notarios se llega al conocimiento de las cláusulas testamentarias más frecuentes y de las motivaciones o finalidades de las mismas y las circunstancias personales y familiares en que se utilizan. El estudio parte, entre otras hipótesis, de que la propensión a testar está relacionada positivamente con las variables de cuantía del patrimonio, edad avanzada, ausencia de hijos, matrimonio. Parece que no se observan diferencias entre regiones o entre sexos⁸⁹.

En otro estudio posterior, encabezado igualmente por van Houtte⁹⁰, dedicado específicamente a las legítimas, se constata que entre el 30 y el 50% de los fallecidos casados habían concluido un acuerdo con sus cónyuges sobre la composición o el reparto de la sucesión, con la finalidad de mejorar la posición del sobreviviente. También, que los notarios belgas apoyan en general las legítimas aunque proponen cambios (por ejemplo, en la colación de donaciones) y que una gran mayoría de ellos se manifiestan a favor de la posibilidad de renunciar a la legítima por actos *inter vivos*. Como dato metodológico, subrayan la gran dificultad de preguntar al «hombre de la calle» sobre legítimas, pues es difícil evitar los malentendidos.

88 Sin olvidar el «clásico» de Vincenzo FERRARI (1972); pero la metodología utilizada no se basó en la encuesta, sino en el análisis de contenido de los documentos.

89 Jean VAN HOUTTE, Marc KEULENEER y Kathelijne VAN DER BRANDE, «Inheritance Law and Practice in the USA and Belgium», *Sociologia del Diritto*, n. 3, 1995, pp. 75-106 (en particular, para este estudio, pp. 88 ss.). La publicación total del estudio se hace en VAN HOUTTE, DUYSTERS, KEULENEER y VAN DER BRANDE, *Erven en late erven. Een rechtssociologische studie naar samenstelling en toebeding van nalatenschappen*, Leuven/Amers-foot, Acco, 1991.

90 J. van HUOUTTE, G. FRANSSEN y W.V. WAMBEKE, «De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve», en *De Erfrechtelijke Reserve in Vraag Gesteeld. Examen Critique de la Réserve Successoral*, t. II, Bruylant, Brussel-Bruxelles, 1997, pp. 39-117. Sólo me es posible leer los resúmenes en idiomas distintos del flamenco: se encuentran a partir de la p. 118.

9. UN ESTUDIO EMPÍRICO: LA FRECUENCIA DE USO DEL TESTAMENTO EN ESPAÑA

1. El objetivo de estos análisis

Mi deseo hubiera sido ofrecer datos seguros sobre el número de sucesiones regidas por testamento que se abren cada año en España, comparado con el de sucesiones intestadas. Mejor si se pudiera precisar, de los testamentos, cuántos son notariales y cuántos de otro tipo (en particular, ológrafos) y, sobre todo, cuántos son mancomunados. También, aunque damos por supuestos que es un fenómeno marginal, el de sucesiones regidas por pacto o contrato. El desiderátum sería poder desglosar el análisis por Comunidades autónomas, así como apreciar las diferencias en el tiempo mediante series anuales.

La tarea, que debería ser fácil, ha sido para mi extraordinariamente dificultosa. Muchas personas, especialmente notarios, creen tener datos sobre ello, pero cuando se acude a las estadísticas publicadas no es posible llegar a conclusiones seguras ni apenas dan pie para la formulación de hipótesis que puedan comprobarse posteriormente. La enseñanza principal de este intento es que apenas existe información estadística ni, en general, conocimiento organizado de los datos empíricos necesarios para proponer con fundamento reformas legales en el ámbito del Derecho civil (necesarios, en realidad, también para interpretar y aplicar las normas vigentes). Me parece evidente que los poderes públicos deben cuidar mucho más la recogida y publicación de datos y los investigadores exigirlo, apoyarlo y aprovecharlo. Es posible que la situación al respecto no sea mucho mejor en países de nuestro entorno, si bien la institucionalización académica en ellos de los estudios de Sociología del Derecho contribuye a cambiar el panorama.

2. Para comparar con otros países

A efectos de comparación, expongo primero brevemente algunos datos de países europeos.

Sólo conozco dos estudios específicos y algunas referencias generales:

a) **Italia.** En una monografía modélica publicada en 1972, Vincenzo Ferrari (*Sucesione per testamento e trasformazioni sociali*, Edizione di

Comunità, Milano) calculaba que, como máximo, entre el 12 y el 15 % de las sucesiones liquidadas de impuestos eran testadas (lo que significa que el porcentaje del total de las sucesiones podría ser muy inferior)⁹¹. Además, constataba una disminución progresiva bastante sensible en el uso del testamento, y que el testamento ológrafo era mucho más usado que el notarial⁹².

b) **Bélgica**. En 1995 se publicó en la revista *Sociologia del Diritto* (núm. 3, pp. 75-106) un estudio sobre «Inheritance Law and practice in the USA and Belgium», firmado por Jean van Houtte, Marc Keuleneer y Kathelijne van der Brande. Comenzaba con dos constataciones: a) el contraste entre la libertad de testar en Estados Unidos y el predominio de la sucesión intestada (con limitaciones en la libertad de testar) en Europa; b) el contraste entre la existencia de cierto número de estudios empíricos o sociológicos en Estados Unidos y la falta de información disponible en Europa, y en Bélgica en particular. En la citada publicación se da cuenta de un estudio sobre la práctica de la herencia llevado a cabo en el Centro de Sociología del Derecho de Amberes (Bélgica). En este estudio se afirma que el 16'1 % de las herencias que se declararon a Hacienda eran testadas, por lo que el porcentaje sobre el total de las herencias oscilaría entre el 9'3 y el 16'1 % (dado que sólo se declaran el 58% de las herencias abiertas). Su estimación es que en Bélgica entre el 10 y el 15 % de las herencias son testadas⁹³.

91 Calculado por otro procedimiento, podría estar, según dice, en torno al 2,5 % sobre fallecimientos (p. 75, nota 5). Para Ferrari, la relación entre testamentos y número de fallecimientos «tiene escaso significado» (p. 73), por lo que centra su estudio en la relación entre número de testamentos y sucesiones declaradas al fisco o comprobadas por éste. Su estudio es una investigación sociológica sobre el uso del testamento en el área milanesa entre 1955 y 1969, dirigida principalmente a determinar tres aspectos: el estatus socio-económico y socio-cultural de los testadores, los fines que persiguen al testar y las modalidades seguidas en la redacción de los testamentos (p. 10), de manera que los datos cuantitativos son sólo un aspecto, importante sí, pero preliminar en su investigación. En pp. 73-75 explica los métodos utilizados para llegar a los datos cuantitativos, aprovechando regulaciones muy distintas de las nuestras: en particular, la obligación establecida en el art. 622 Cod. civ. italiano de que los notarios, al abrirse una sucesión, envían al juzgado (Pretura) copia de los testamentos en que intervinieron; también se sirvió de informaciones de las oficinas tributarias y de los notarios.

92 El testamento ológrafo representa, según este estudio, entre el 76 % del total de los testamentos en áreas rurales y el 93 % en áreas urbanas. Correlativamente, el testamento notarial, que en áreas rurales aún alcanzaba un 23 %, bajaba en las urbanas al 6'6 sobre el total de testamentos del área de Milán (pp. 130-135, tabla en p. 133). El uso del testamento era y es en Italia marginal y decreciente y el testamento notarial casi ha desaparecido. Lo que debería ser tenido muy en cuenta para apreciar el sentido y alcance de las manifestaciones de la civilística italiana renuentes ante la libertad de testar y afirmadoras del predominio de la sucesión intestada.

93 Van HOUTTE, KEULENEER y VAN DER BRANDE (1995), p. 89 y n. 10.

c) Otros países. Zoppini (2002)⁹⁴, en obra general de Derecho comparado y sin indicación precisa de fuentes (y datos sin duda recabados por procedimientos heterogéneos), da como porcentajes de herencias con testamento en diversos países los siguientes:

- Francia, aprox. 10 %
- Alemania, aprox. 20 %
- Inglaterra, aprox. 33 %

3. Cómo averiguar los datos en España

El Registro de actos de última voluntad podría ser la mejor fuente de información sobre el número de sucesiones deferidas por testamento o abintestato, puesto que ha de emitir certificaciones, a petición de los interesados, precisamente con este contenido. Aunque el número de certificaciones expedidas cada año excede del número de defunciones (dado que en cada fallecimiento pueden ser varios los interesados en conocer la existencia o no de testamento), saber cuántas de las certificaciones son positivas (es decir, indican la existencia de testamento) y cuantas negativas daría un porcentaje muy aproximado sobre el total de herencias abiertas. Ahora bien, las estadísticas publicadas en el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado (claramente mejorables sin mucho trabajo) no contienen este dato, ni parece que en Centro esté en condiciones de proporcionarlo⁹⁵.

Cerrada esta fuente, cabe acudir a las estadísticas notariales. Como veremos, no permiten llegar a conclusiones definitivas, aunque sí aportan datos de gran interés.

Por último, contamos con un escándalo realizado en la Dirección General de Tributos de la Diputación General de Aragón, sobre las herencias liquidadas del impuesto de sucesiones en los meses de junio a septiembre de 2005, que ha resultado ser la fuente de mayor interés.

94 Andrea ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, en *Trattato di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco*, UTET, Torino, 2002, pp. 125-126.

Para Francia, FERRARI (1972, p. 53, n. 6) recoge de Carbonnier un porcentaje de testamentos en los años 1952-1956 en torno al 14 % respecto del número de defunciones, y en torno al 30 % sobre las sucesiones declaradas a Hacienda.

95 Agradezco a nuestro compañero el Prof. Prats Albentosa sus buenos oficios. Es de desear que, a consecuencia de sus gestiones, en el futuro las estadísticas de este registro sean mucho más útiles.

4. Las estadísticas notariales. Testamentos otorgados en un año

Las Estadísticas publicadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, basadas en los partes notariales, incluyen el número de «actos de última voluntad», por años, desglosados incluso por notarías⁹⁶. El Instituto Nacional de Estadística ofrece en Internet (<<http://www.ine.es>> y allí «Sociedad», «Justicia», «Registros y Notariado», Actividad notarial: Instrumentos autorizados) los datos globales desde el año 1984 al 2002, así como un desglose por Comunidades Autónomas y Provincias para el año 2002. Estos son los datos que he manejado (que pueden recogerse directamente en una hoja de cálculo), con alguna compulsa a los Anuarios (en papel) de la Dirección General.

Hay que tener en cuenta que «actos de última voluntad», en esta estadística, no es exactamente en número de testamentos otorgados en España, pero sí una cifra muy aproximada. Ha de coincidir casi exactamente con el número de testamentos notariales otorgados en España⁹⁷. Aunque en España se otorgan cada año algunos testamentos más (ológrafos y, supongo que en medida muy inferior, especiales no notariales⁹⁸), su número nos es desconocido, y tener en cuenta únicamente testamentos notariales nos da datos mínimos absolutamente fiables.

En número de testamentos notariales otorgados en el año 1984 era de 370.161; en 2002, de 584.848.

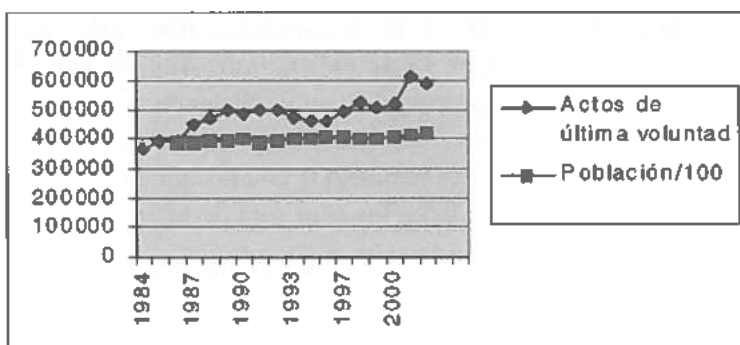
Véase el gráfico, en que se representa también el número de habitantes en España (dividido por cien, para poder comparar).

Lo primero que llama la atención es un incremento del 58 % desde 1984 a 2002. Es sorprendente. Es muy superior al incremento del total de instrumentos notariales autorizados en el mismo período, que es del 25 % (de

96 Las estadísticas notariales son en España extraordinariamente ricas, valor al que se añade el de la antigüedad de sus series. Realizadas con finalidades distintas y criterios cambiantes, un tratamiento más científico aumentaría mucho su utilidad para la investigación y para conocimiento de los ciudadanos en general.

97 Aunque podría incluir contratos sucesorios, esto apenas modificaría las cifras: son sin duda muy pocos y no es seguro que estén incluidos en este rubro (podrían estar clasificados como contratos por razón de matrimonio)

98 La cifra de «actas remitidas por los notarios» de la (muy modesta) estadística del Registro de Actos de Últimas Voluntades publicada anualmente (Anuario de la DGRN), que se eleva a 80.000, hace pensar que el número de testamentos distintos del notarial cerrado no es irrelevante.

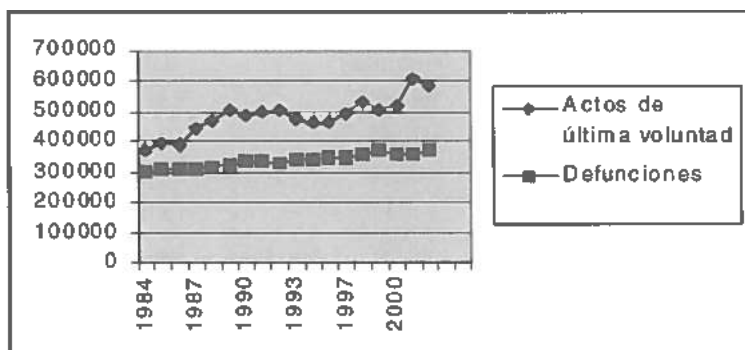


8.345.436 a 10.473.085). Por otra parte, va en la dirección opuesta a la tendencia que, para Italia, constataba Ferrari en 1972 y que quizás sea general en la Europa continental.

Primera conclusión: el testamento es mucho más utilizado hoy que hace veinte años.

Hacen testamento cada año entre el 10 (en 1986) y el 13'69 por mil (en 2002) de la población española. La cifra, por sí, quizás no diga mucho, pero lo que es relevante es el incremento. **El número de testamentos aumenta mucho más deprisa que la población.**

Sobre todo, el número de testamentos otorgados anualmente es mayor, en números absolutos, al de defunciones registradas en el mismo año y el incremento es también notablemente mayor:



En el año 2002 el número de testamentos notariales otorgados fue de 584.848, mientras que el de defunciones fue de sólo 368.618.

El dato es realmente sorprendente y su explicación requeriría estudios posteriores. Obviamente, las personas que otorgan testamento un determinado año no coinciden sino en pequeña medida con las que fallecen en el mismo año. Normalmente, fallecerán varios años más tarde, incluso cincuenta o más. Es también cierto que una persona puede otorgar varios testamentos a lo largo de su vida. Pero, con todo, es difícil entender que, año tras año, sean más los que hacen testamento que los que fallecen y que la diferencia siga aumentando. Sinceramente, si damos por supuesto que los números de actos de última voluntad en las estadísticas notariales son correctos (y nada hace sospechar lo contrario), no acierto a entender unos datos que sugerirían que más del cien por cien de las herencias son testadas. Como hipótesis, cabe pensar que con anterioridad a los años ochenta el número anual de otorgamientos era mucho más bajo (mucho más bajo que el de defunciones) y que el alargamiento de la vida ha permitido una acumulación coyuntural de otorgamiento de testamentos (pero van ya más de veinte años) que producirán sus efectos en sucesiones que se abrirán quizás dentro de varios decenios. Creo que se precisan conocimientos serios de estadística y de demografía para comprobar una hipótesis como ésta.

En fin, los datos presentados producen cierta perplejidad, pero creo que permiten concluir afirmando que **la propensión a hacer testamento es muy alta en España y va en aumento.**

Veamos ahora cómo se distribuye el total de actos de última voluntad notariales entre las Comunidades Autónomas.

| | Actos de última voluntad | A U. V. por mil habitantes |
|--------------------------|--------------------------|----------------------------|
| TOTAL | 584848 | 13,69 |
| Andalucía | 92295 | 12,13 |
| Aragón | 10234 | 8,32 |
| Asturias (Principado de) | 14657 | 13,63 |
| Balears (Illes) | 14089 | 14,87 |
| Canarias | 17658 | 9,32 |
| Cantabria | 7727 | 14,06 |
| Castilla y León | 32677 | 13,14 |

| | | |
|---------------------------------|--------|-------|
| Castilla-La Mancha | 20193 | 11,12 |
| Cataluña | 110375 | 16,46 |
| Comunidad Valenciana | 76410 | 17,09 |
| Extremadura | 12016 | 11,19 |
| Galicia | 41530 | 15,10 |
| Madrid (Comunidad de) | 72813 | 12,73 |
| Murcia (Región de) | 16010 | 12,61 |
| Navarra (Comunidad Foral de) | 7192 | 12,44 |
| País Vasco | 34876 | 16,51 |
| Rioja (La) | 4096 | 14,25 |

Además de los datos absolutos, vemos el número de actos por cada mil habitantes: en el total de España es del 13'69 por mil, pero se aprecian diferencias significativas, desde los 8'30 de Aragón y los 9'32 de Canarias hasta los 17'09 de la Comunidad Valenciana. Estas diferencias son mayores y en diferentes direcciones que las correspondientes a instrumentos notariales autorizados por mil habitantes, lo que indica que hay razones específicas para una distribución distinta de la frecuencia de testamentos en diversas partes de España. En los gráficos siguientes podemos apreciar estas diferencias. Sólo un estudio de sociología jurídica permitiría llegar a una explicación. De momento, parece interesante señalar que están un punto por encima de la media Baleares, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia y País Vasco; mientras que están un punto por debajo de la media Canarias, Castilla-La Mancha, Extremadura y Murcia (también Aragón y Navarra, pero esto tiene una explicación que se da a continuación). ¿España periférica y España interior? Como hipótesis, las variables significativas podrían ser la riqueza y la tradición foral.

Aragón y Navarra son casos especiales en estas estadísticas. Aragón aparece como la Comunidad Autónoma en que menor uso se hace del testamento. Las cosas no son así. Lo que ocurre es que la mayor parte de los testamentos que se otorgan son mancomunados y sólo cuentan en la estadística notarial como un instrumento, aunque son dos los testadores. Según estimaciones basadas en datos de las oficinas liquidadoras del impuesto de sucesiones (a que luego me refiero), puede considerarse que el 60 % del total de testamentos otorgados en Aragón son mancomunados, por lo que la cifra

Gráfico:
Instrumentos por cien habitantes por Comunidades autónomas

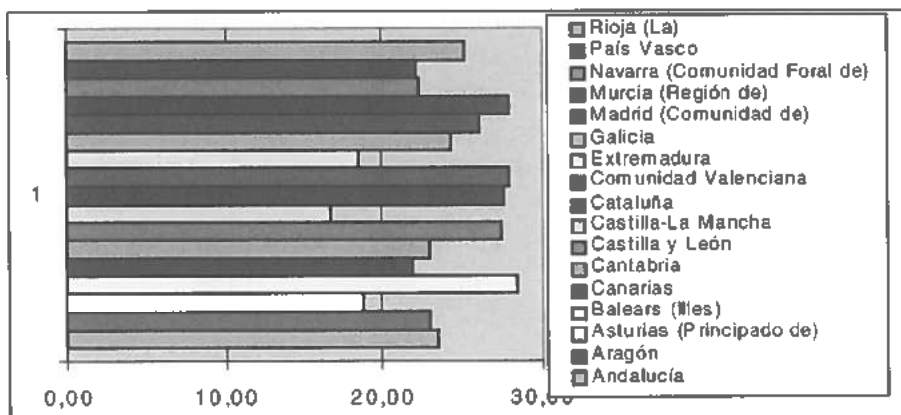
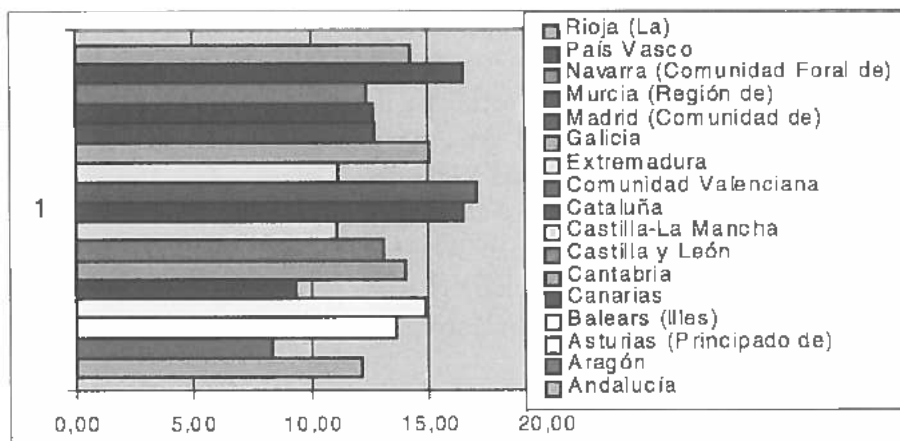


Gráfico:
Testamentos por mil habitantes por Comunidades Autónomas



subiría a 16.373 (número de personas que han otorgado testamento en el año), y la proporción por cada mil habitantes al 13,12, ligeramente por debajo de la media nacional. Ahora bien, los datos de Navarra deberían recalcularse de la misma manera, en razón del uso muy frecuente del testamento de herman-

dad. En ausencia de otros datos a mi alcance, suponiendo un porcentaje igual al aragonés, el número total de personas que han testado en Navarra en el año sería de 11.502 y la proporción por mil habitantes de 19,9, la mayor de España, lo cual me parece creíble⁹⁹.

5. ¿Puede calcularse el número de herencias testadas a partir de las estadísticas notariales?

Notarios amigos me han sugerido que compare dos datos (distintos del número de actos de última voluntad) que constan asimismo en las estadísticas notariales: el número de «manifestaciones y particiones de herencia» y el de «actas de declaración de herederos abintestato». Parece una hipótesis razonable pensar que la diferencia entre una y otra cifra nos da el número mínimo de herencias deferidas por testamento. La hipótesis está basada en que, para la manifestación y partición de herencia, es preciso, bien testamento, bien declaración de herederos; por tanto, si restamos al número de manifestaciones y particiones el de actos de declaración abintestato tendríamos el número de testamentos.

Hechas todas las comprobaciones, me parece que este resultado de la resta nos da un número mínimo de testamentos. Hay que tener en cuenta que no en todas las herencias se hace manifestación y partición notarial (aproximadamente, el número de estos instrumentos notariales hace en un año el 54'41 % de los fallecidos en el mismo año), por lo que puede haber más testamentos, señaladamente los que, por instituir heredero único, no precisan de ninguna intervención notarial posterior para producir todos sus efectos (pagar impuestos, inscribir inmuebles en el Registro de la propiedad, disponer de cuentas bancarias). De hecho, parece que los testamentos con heredero único son bastante numerosos, según se infiere de lo que luego se dirá. Es cierto también —y obraría en sentido contrario, disminuyendo la cifra de testamentos— que no todas las declaraciones de herederos son notariales y que no conocemos el número de las judiciales, pero no parece que el porcentaje de éstas haya de ser muy alto, pues sólo comprende las herencias en que están llamados por la ley quienes no son ni descendientes ni cónyuge.

⁹⁹ Sería sin duda de interés conocer el número de testamentos mancomunados otorgados en los últimos años en Galicia y en el País Vasco, aunque no creo que el dato sea muy relevante para los cálculos estadísticos que estamos realizando.

Con todas estas cautelas para interpretarlos, veamos ahora los datos, referidos igualmente al año 2002 (fuente INE).

Manifestaciones y particiones de herencias: 199.159

Actas de declaración de herederos abintestato: 109.333

La diferencia es: **89.826 herencias deferidas por testamento, como mínimo, el año 2002.**

Este sería el número mínimo de herencias deferidas por testamento, que harían el 45'1 % del total de manifestaciones y particiones de herencia.

Comparado este porcentaje con el que para otros países conocemos respecto de herencias liquidadas de impuestos, resultaría que España está a la cabeza del continente europeo en cuanto a frecuencia de uso del testamento. Pero también resulta así si ahora lo calculamos respecto del número de defunciones. Puesto que el número de defunciones de ese año fue 366.046, **el porcentaje de herencias deferidas por testamento, sobre defunciones, ese año 2002 sería al menos el 24'54.** Diez veces más que en Italia y la mayor de Europa continental¹⁰⁰.

6. Comprobación mediante un escandallo

Las oficinas liquidadoras del impuesto de sucesiones conocen sin duda cuántas de las herencias que liquidan han sido deferidas voluntariamente y cuántas abintestato. Otra cosa es que tengan estos datos introducidos en los ordenadores a efectos estadísticos, lo que no parece ser el caso.

Pedí ayuda a la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón que, en efecto, no disponía de los datos, pero mostró su disposición a hacer lo que pudiera¹⁰¹. De este modo hemos sabido que, según los datos recogidos

100 El desglose de los datos de declaraciones de herederos abintestato y de manifestaciones y particiones de herencias por Comunidades Autónomas nos muestra algunas incoherencias y resultados poco creíbles, lo que debilita sin duda los anteriores cálculos sobre el total nacional. Ahora bien, los posibles errores sugieren que la cifra calculada (89.826 herencias deferidas por testamento) subiría si se corrigieran los errores. En particular, ocurre que el número de actas de declaración de herederos abintestato en Galicia es casi igual al número de defunciones en el año (el 98 %), lo cual no es creíble, teniendo en cuenta que el número de testamentos notariales otorgados (por número de habitantes) es también de los más altos de España. En Galicia (y, en menor medida, en Castilla-La Mancha) el número de declaraciones de herederos abintestato figura ser mayor que el de manifestaciones y declaraciones de herencia: datos que sin duda hay que revisar, y que cuestionan los totales nacionales.

101 Agradezco cordialmente al Sr. Director General, D. Francisco Pozuelo, el interés que ha puesto en la recopilación de los datos. Estos no constaban en los sistemas informáticos, por lo que

directamente por los funcionarios que tramitaban los expedientes de liquidación de herencias durante los meses de junio a septiembre de 2005, de un total de 3.859 registros, sólo 1.750 (el 45'35 %) eran de herencias intestadas, mientras que el resto estaban deferidas, bien por testamentos (unipersonales y, en mayor medida, mancomunados), bien, una pocas, por pactos sucesorios.

La tabla que me hicieron llegar (con alguna pequeña simplificación y aclaración por mi parte) era la siguiente¹⁰²:

| | Total registros | Pacto sucesorio | Testamento unipersonal | Testamento mancomunado | Abintestato |
|---------------|-----------------|-----------------|------------------------|------------------------|-------------|
| OOLL-Huesca | 494 | 48 | 123 | 117 | 206 |
| OOLL-Teruel | 260 | 0 | 44 | 65 | 151 |
| OOLL-Zaragoza | 555 | 2 | 142 | 137 | 274 |
| OFG-Zaragoza | 2550 | 4 | 508 | 919 | 1119 |
| Totales | 3859 | 54 | 817 | 1238 | 1750 |
| Porcentajes | | 1'40% | 21'17% | 32'08% | 45'35% |

Es decir, de cada 100 herencias liquidadas de impuestos, 54'65 están deferidas por disposición voluntaria del causante, y sólo el 45'35 por la ley.

Una cifra de más de la mitad de las herencias deferidas por disposición voluntaria del causante es superior a las máximas que los autores señalan para Inglaterra y aun para Estado Unidos.

Además, ocurre en este caso que el porcentaje de herencias liquidadas de impuestos sobre el total de defunciones es realmente muy alto. Según datos proporcionados por el Director General de Tributos, en 2004 el número de herencias declaradas a efecto de la liquidación de impuestos fue de 12.548, y el número de fallecidos en Aragón en el mismo año (datos del INE), de 13.099, es decir, se declararon el 95,79 de las herencias (en los años 2002 y 2003, los porcentajes habían sido del 88,98 y el 88,96).

han sido recopilados por los funcionarios que tramitaban los expedientes durante cuatro meses (de junio a septiembre de 2005). Los datos corresponden a las oficinas liquidadoras de Huesca, Teruel y Zaragoza, y a la oficina general de Zaragoza, con lo que abarcan la totalidad de las herencias liquidadas por la Hacienda aragonesa.

102 La reproduzco íntegra, aunque aquí sólo importen directamente las dos últimas filas, ya que muestran interesantes diferencias interprovinciales en cuanto al porcentaje de sucesiones intestadas (mayor en Teruel), de testamentos mancomunados (menor en Huesca) y de pactos sucesorios (sólo se dan en Huesca y, en medida muy inferior, en la ciudad de Zaragoza). Todo ello concuerda con las impresiones que tenemos los juristas aragoneses.

Tomando prudentemente un porcentaje de 90, el número de herencias deferidas voluntariamente respecto del total de defunciones sería de 49,19 (0.5465×90). **Es decir, en Aragón, prácticamente la mitad de las herencias se defieren por voluntad del causante (testamento o pacto).**

¿Puede extrapolarse este dato al resto de España?

Creo que sí, con bastante seguridad.

El número relativo (por mil habitantes) de testadores por año es en Aragón cercano, aunque no llega, a la media de España (13'12 respecto de 13,69, como he mostrado más arriba). Por tanto, puede generalizarse a toda España esa proporción, cercana al cincuenta por ciento, de herencias deferidas por testamento sobre el total de defunciones. Naturalmente, serían de desear otros estudios (por ejemplo, acercamientos similares en oficinas recaudadoras de otras Comunidades Autónomas) y la comprobación, cuando sea posible, a través del Registro de actos de última voluntad.

7. ¿Qué importancia tiene tan alta frecuencia en el uso del testamento por los ciudadanos?

Si estamos, como parece, ante un fenómeno singular en el mundo, convendría estudiar los porqués y las consecuencias. Cuestiones tan importantes a la hora de legislar como la libertad testamentaria o el orden de sucesión intestada podrían repensarse a la vista de estos datos.

Puedo imaginar —pero no, en este momento, comprobar— que el uso del testamento ha sido muy frecuente entre los habitantes de la península ibérica desde la baja edad media. De hecho, los protocolos notariales históricos son riquísimos en ellos. Influirían en esta actitud razones morales y religiosas, puesto que hacer testamento se consideraba un deber para con los familiares y parientes, un descargo de conciencia y una obligación para con Dios (en forma de sufragios, disposiciones a favor de la Iglesia o de los pobres). Quizás en esto no fueran las cosas en España de modo muy distinto a otras partes de la Cristiandad. Lo que parece peculiar es la continuación de esta práctica de testar en la edad contemporánea. Así la encontraron los nuevos Notarios nacidos la ley de 1862, que hicieron gala de prestar sus servicios a los moribundos —casi como si de otro sacerdocio se tratara— cobrando muy poco. Por otra parte, la ley del notariado y el Código civil configuraron un testamento notarial muy

fiable, eficaz por sí mismo sin necesidad de posterior homologación o intervención judicial a la muerte del causante, de difícil impugnación en virtud de la fe pública. Sigue siendo muy barato (desde unos 40 €, el más barato de Europa, donde el testamento notarial puede costar diez veces más), y muchos ciudadanos siguen pensando que es necesario o muy útil para que hereden sus hijos, e incluso que los impuestos sucesorios son mayores en ausencia de testamento (lo que fue verdad hace varios decenios, en que había un recargo por abintestato).

El incremento de la frecuencia de los testamentos (58% más otorgamientos en 2002 que en 1984) cabe imputarlo, supuesta la situación anterior, a la difusión de la riqueza en capas sociales mucho más amplias y, en particular, al acceso casi universal a la propiedad de la vivienda.

Hay otro aspecto que merece la pena señalar. Prestigiosos especialistas han indicado (ciertamente, para otros países europeos) que «la propensión a testar depende en buena medida de la opinión social sobre el *ordo succesorius* legal» (V. Ferrari, 1972, p. 51), o bien que «si las concepciones de la ley de sucesión intestada no coinciden con las de la gente, habrá mayor propensión a hacer testamento» (Van Hooutte y otros, 1995, p. 85). Fluye fácil la hipótesis de que, en el ámbito del Código civil español, el deseo de las personas casadas de dejar al cónyuge bastante más de lo que la ley le atribuiría abintestato (en concurrencia con descendientes o con ascendientes) es uno de los mayores estímulos para otorgar testamento.

En cualquier caso, el ejercicio de la libertad de testar no es algo marginal y residual en España. No está reservado el testamento a las clases altas o a los detentadores de grandes fortunas, sino que parece generalizado en todos los estratos sociales, en la ciudad y en el campo, para ricos y para personas modestas que tienen, por ejemplo, una vivienda y poco más de que disponer. Habrá que tenerlo en cuenta al repensar las formas testamentarias, la libertad de testar, la regulación de la sucesión intestada. También, por ejemplo, al reflexionar sobre los *will substitutes*. Sin duda en España se planifica la herencia y se utilizan instrumentos distintos del testamento para hacer llegar los bienes a sus destinatarios *post mortem*, pero no se prescinde del testamento. Si en Estados Unidos los *will substitutes* está muy condicionados por las dificultades del *probate*, que se tratan de evitar, y en Italia florecen en una sociedad que casi no conoce hoy el testamento, nuestra situación es ciertamente muy distinta.

10. OBJETIVO I: MEJORAR LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN DE SU CONSORTE

Una observación previa. Las páginas que siguen, hasta el final de la Ponencia, están dirigidas a formular preguntas sobre temas elegidos como objetivos de reforma (*supra*, 7). Los datos que se aportan lo mismo que los razonamientos que se formulan son más o menos amplios según los temas, en razón, sobre todo, de la existencia y contenido de las Comunicaciones recibidas hasta la fecha. Las respuestas a estas preguntas por los miembros de la Asociación [en el formulario de la Encuesta] encauzarán las conclusiones a que podamos llegar entre todos.

Entrando ya en el primer objetivo, parece del mayor interés resaltar un dato que ha de presidir todo planteamiento de política legislativa respecto de las personas viudas, y es que, de este colectivo, el 82,7 % son mujeres viudas y sólo el 17,5 % viudos (varones)¹⁰³. Las disposiciones legales de derecho civil no suelen traslucir esta realidad, y así, por ejemplo, el Código se refiere de manera neutra al «cónyuge» o al «cónyuge viudo» en artículos como el 834, el 840 o el 943 (referidos, unos, a la legítima y, el otro, a la sucesión intestada). Es notable, sin embargo, que en la reforma introducida en el Código en 1958 (ley de 24 de abril), que amplió la legítima del viudo en los términos hoy sustancialmente vigentes, el legislador, que se había propuesto como objetivo mejorar la situación de la mujer casada, es muy explícito: «Al revisar los derechos sucesorios de la mujer, se ha planteado la oportunidad de proceder a la ampliación de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente indistintamente».

Cuando hablamos de mejorar la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte, nos referimos, en realidad, muy preferentemente a las viudas.

1. En la sucesión intestada

En el régimen del Código, la legítima del viudo opera también en la sucesión intestada, por lo que ha de tenerse presente esta interrelación al mo-

103 Datos de los *Censos de Población y Viviendas 2001* (Resultados definitivos 2004), del Instituto Nacional de Estadística. Los porcentajes están calculados sobre las personas residentes en viviendas familiares (463.058 viudos, 2.184.790 viudas), pues no se tienen para las residentes en residencias colectivas, pero el número de éstas es casi irrelevante a nuestros efectos. Pueden verse los datos en <http://atrios.ine.es/censo/es/inicio.jsp> (o entrando en <http://www.ine.es>).

dificar uno u otro de los elementos. Sin embargo, creo que es mejor plantear por separado ambos aspectos.

Hace más de veinte años que podía preverse entre nosotros el protagonismo del cónyuge viudo en el hecho sucesorio y, en particular, la anteposición del cónyuge en la sucesión intestada a los ascendientes¹⁰⁴. Así ocurre en Cataluña desde 1987 (Ley catalana de Sucesión intestada, luego en el Código de Sucesiones), que reconoce simultáneamente la legítima del padre y de la madre. Años antes, desde 1978, Díez-Picazo y Gullón advertían que «en la actualidad, dado el carácter nuclear o estructural de la familia, creemos que se trata de un derecho [el del cónyuge a suceder abintestato] que debería anteponerse al de los demás colaterales e incluso al de los ascendientes, especialmente si se tiene en cuenta que, respecto de los bienes de carácter estrictamente familiar tal derecho sucesorio podría quedar compensado por algún tipo de reserva»¹⁰⁵.

Esta es la tendencia en países de nuestro entorno, que incluso llaman al cónyuge supérstite en concurrencia con los descendientes. La reforma francesa por Ley de 3 de diciembre de 2001 parece especialmente significativa para nosotros¹⁰⁶.

Estos y otros datos y consideraciones pueden verse en la Comunicación de la Prof.^a María Martínez Martínez, por lo que no procede repetir aquí indicaciones y argumentos. Mencionaré únicamente —vid. más detalles en la citada comunicación— que muchas leyes españolas, ante el evento de la muerte de una persona casada, prefieren al cónyuge respecto de todos los parientes o en concurrencia con descendientes, a efectos muy variados, como llamamientos sucesorios anómalos (LAU, art. 16; LAR 2003, art. 24; LRDA

104 Pablo SALVADOR CODERCH, «La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 167-173.

105 Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Tecnos, Madrid, 1978, p. 716.

106 Vid. Montserrat PEREÑA VICENTE, «La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001», *RCDI*, sep-octubre 2003, n° 679, pp. 2855-2878.

El texto de la ley (*Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*) puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr>.

En los portales de la Asamblea Francesa (<http://www.assemblee-nationale.fr/>) y del Senado (<http://www.senat.fr/index.html>) puede hacerse un seguimiento exhaustivo de los trabajos de elaboración de la ley (búsqueda recomendada: droit successoral).

1973, art. 32), pensiones o indemnizaciones (muy significativos, seguro obligatorio de viajeros, muerte en accidentes de circulación vial, ayuda, asistencia o resarcimiento a víctimas de delitos violentos o de terrorismo). Evidentemente, estas reglas no ponen en cuestión, *lege lata*, las normas del Código sobre sucesión intestada, pero muestran una fuerte tendencia en la sociedad a anteponer al cónyuge respecto de los parientes en las consecuencias del evento de la muerte. Esta creencia de la sociedad debe ser atendida por el legislador.

Supuesto el designio de mejorar al cónyuge viudo en la sucesión intestada, caben distintas posibilidades, que pueden combinarse con el reconocimiento de legítimas. Se observará también que no es lo mismo llamar en la sucesión intestada simultáneamente al cónyuge con unos u otros parientes que singularizar el llamamiento abintestato y reconocer legítimas a los no llamados.

Para recabar la opinión de los miembros de la Asociación, en éste como en los demás casos, procede formular preguntas sobre opciones simplificadas. Estamos en una primera aproximación, de la que esperamos que salgan algunos criterios de principio, para lo que habrá que prescindir, en este momento, de muchos matices.

Así, propongo las siguientes preguntas, respecto de las que cada uno indicará (en el formulario de la encuesta, poniendo una cruz en las casillas previstas para ello) si está totalmente de acuerdo, más bien de acuerdo, más bien en desacuerdo, o totalmente en desacuerdo (o mantiene una postura neutral respecto de la propuesta). Puede y debe responderse a todas las preguntas, que no se entienden como excluyentes entre sí (típicamente, quien está de acuerdo con la tercer propuesta lo está con las dos anteriores).

- [1] **En la sucesión intestada, el cónyuge debe ser llamado, al menos, después del padre y madre del causante, y antes que los demás ascendientes.**
- [2] **En la sucesión intestada, debe anteponerse el cónyuge a todos los ascendientes del causante.**
- [3] **En la sucesión intestada, el cónyuge debe concurrir con los descendientes del causante, en la porción de un tercio (y excluir a todos los ascendientes). (Esta es la propuesta de la Prof^a. Martínez).**
- [4] **Es mejor dejar como está el orden de los llamamientos de la sucesión intestada.**

Algunos autores han hecho notar que la anteposición del cónyuge a todos los colaterales, operada en 1981, arroja cierta incoherencia respecto del art. 811: si los bienes de los ascendientes recaen en un cónyuge a través de la herencia de su hijo, procede una reserva que no se da si los bienes de los ascendientes recaen en el cónyuge directamente por ministerio de la ley. En consecuencia, podría proponerse ampliar el supuesto de aplicación de la reserva. Pero cabe también una norma mucho más favorable a la libertad económica del viudo y al tráfico jurídico, que únicamente haría una previsión para el caso de que, al fallecer el viudo, no hubiera dispuesto (ni *inter vivos* ni *mortis causa*) de bienes que heredó de su cónyuge, de modo que, entonces, los heredaran los parientes del primero fallecido. Es la actitud del legislador aragonés (art. 216.2; cfr. arts. 80.2 y 104.3 LS).

En consecuencia, formulo las siguientes dos preguntas (cuyas respuestas favorables no son necesariamente incompatibles).

[5] Para el caso de que el cónyuge herede por ministerio de la ley con preferencia a los ascendientes, es oportuno introducir una reserva del tipo de la del art. 811 Cc.

[6] Para el caso de que el cónyuge herede por ministerio de la ley con preferencia a los ascendientes, es oportuno introducir una norma por la que, a su muerte, los bienes que queden procedentes del premuerto sean heredados por los parientes de éste.

2. En la legítima

La legítima del viudo está fijada, desde el año 1958, en el usufructo del tercio destinado a mejora, si concurre con descendientes (art. 834), el usufructo de la mitad de la herencia si concurre con ascendientes (art. 837) y el usufructo de los dos tercios de la herencia si no concurre con ascendientes ni descendientes (art. 838). Se entiende generalmente que esto es así tanto en la sucesión testada como en la intestada.

La tendencia a favorecer al viudo en la sucesión de su cónyuge podría llevar a pensar, bien en aumentar la cuota en usufructo, bien a la atribución de una cuota en propiedad.

Sin embargo, cabe cuestionar los fundamentos de la limitación de la libertad de disponer *mortis causa* en razón de matrimonio, cuando la legítima

del cónyuge se prevé de manera abstracta, como una cuota fija, independientemente de la cuantía del patrimonio hereditario, del régimen económico matrimonial y de circunstancias personales como la duración del matrimonio o la fortuna del superviviente. En particular, me parece cuestionable que la celebración del matrimonio sea título de adquisición de derechos sucesorios contra la voluntad del cónyuge y sin posibilidad de renuncia o pacto, en un contexto en el que sí pueden los cónyuges pactar con gran libertad sobre asuntos patrimoniales y, sobre todo, en el que por la sola voluntad de uno de ellos puede extinguirse el vínculo matrimonial y, con ello, toda expectativa sucesoria.

Da la impresión de que la corriente de fondo que, a mediados del siglo XX, llevó a la centralidad de la pareja conyugal en la familia (basada en un matrimonio indisoluble) y, como una de sus consecuencias, a la revisión de los derechos sucesorios en favor del viudo, se encuentra ahora con otra corriente que asienta las relaciones conyugales en la voluntad de seguir conviviendo, por lo que se liquidan las consecuencias de la convivencia en cuanto ésta termina por voluntad de cualquiera de los cónyuges. Un cónyuge no puede desheredar al otro —salvo los supuestos tasados y excepcionales—, pero puede con gran facilidad, mucho mayor desde la ley de 8 de julio de 2005, poner fin al matrimonio y, con ello, a toda expectativa sucesoria.

Tampoco la situación de la mujer en la sociedad (y, por tanto, la necesidad de protección en cuanto viuda) es hoy la misma que en 1958.

Por otra parte, si se propone una reducción o supresión casi total de la legítima de los descendientes, es, ciertamente, entre otras razones, para hacer más sitio al cónyuge, en el sentido de que el causante pueda atribuirle mayor porción de los bienes hereditarios, según parece comprobado que es deseo de la mayor parte de las personas casadas. Pero no para imponer ahora mayores limitaciones de la libertad de disponer para favorecer a los viudos, pues no son las mismas las razones históricas para forzar que los bienes de los padres pasen a los hijos que las que pueden existir para que los bienes de las personas casadas pasen al viudo, normalmente de edad aproximada y en la última etapa de su vida. Las razones no tienen nada que ver con la transmisión de la riqueza a las generaciones futuras, sino con la atención a la calidad de vida de las personas mayores. En definitiva, la finalidad es asistencial, al menos predominantemente¹⁰⁷.

107 Así lo entiende el Consejo General del Poder Judicial, en su *Informe al anteproyecto de ley de modificación del código civil en materia de separación y divorcio* (27 octubre 2004) [pue-

En ausencia de propuestas conocidas de modificación sustancial de la legítima del cónyuge viudo, tampoco las hará esta Ponencia, salvo lo que luego se dirá, globalmente, sobre las legítimas. Únicamente hago notar aquí que si se acepta la sugerencia de llamar al viudo en la sucesión intestada junto con los descendientes, en la cuota de un tercio, la legítima del art. 834 apenas tendría trascendencia práctica (naturalmente, no habría de acumularse al tercio en propiedad); y de modo similar la del art. 837 si se acepta la anteposición del viudo respecto de los ascendientes del causante.

3. Ampliando la libertad de disponer del causante

Hay indicios vehementes de que un número importante de casados desearía favorecer en sus disposiciones *mortis causa* a su cónyuge más allá de lo que permiten las normas que protegen la legítima de los descendientes¹⁰⁸. Encuestas como la que se sugiere más arriba (general y entre notarios) permitirían calibrar más precisamente la magnitud del fenómeno, que parece bien visto en general por los ciudadanos y por los juristas. No otra cosa indica la frecuencia de las cláusulas que atribuyen al viudo el usufructo universal de los bienes del causante, con opción compensatoria de legítima, y los intentos doctrinales por justificarlas.

Puestos a atender estas demandas sociales, podemos pensar en admitir específicamente el legado de usufructo universal a favor del cónyuge aun

de verse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjexaminarinforme.html&TableName=PJINFORMES&dkey=46> (consultado en 21 noviembre 2005). En pág. 24 (de la versión en PDF) se dice: «[l]a legítima del viudo tiene como finalidad el sustento del mismo y está basada en la convivencia»; y en pág. 25: «hay que tener en cuenta el distinto fundamento de la sucesión forzosa (asegurar al viudo una subsistencia digna tras la muerte de su consorte) y de la sucesión intestada (voluntad presunta del causante de favorecer al que en vida fue su cónyuge)».

108 La tendencia a disponer a favor del cónyuge la advertía hace más de treinta años Ferrari, que consideraba «evidente la intención casi general de conservar al cónyuge aquella posición de preeminencia familiar que le era propia durante la vida matrimonial» (V. FERRARI (1972), p. 111). Por su parte Van HOUTTE y otros (1995) dan noticia de una encuesta del año 1974 en que, en una muestra de 823 mujeres casadas belgas, el 90% daba absoluta prioridad al cónyuge superviviente como heredero. Recientemente Sergio CÁMARA «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», en S. CÁMARA (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, p. 1200, señala como una de las corrientes europeas unificadoras del Derecho de sucesiones la institución recíproca entre cónyuges con sustitución a favor de los hijos (o a favor de determinados parientes), a la manera del «Berliner Testament».

existiendo descendientes con derecho a legítima (como un gravamen permitido sobre ella); o una reducción de la legítima de los descendientes (por ejemplo, a la mitad, o a un tercio), sólo para el caso de que el resto de la herencia recayera en el viudo. Lo primero significaría algo así como legalizar una práctica notarial muy generalizada, lo sugiere la Profª. Egusquiza, y lleva a formular la siguiente pregunta.

[7] Deben introducirse en el Código civil las modificaciones necesarias para asegurar la validez del legado de usufructo universal en favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante.

De aceptarse la proposición anterior, sin alterar de otro modo las legítimas, se establecerían límites variables a la libertad de disponer según sea la finalidad concreta de la disposición. En mi opinión, mejor sería que los límites generales (las legítimas) no fueran impedimento para disposiciones usuales o deseadas por muchos que son valoradas socialmente como adecuadas y correctas, aunque en el caso concreto el sujeto no hiciera uso de su libertad con aquella finalidad. Dicho de otro modo, si la legítima de los descendientes se juzga hoy un límite indeseable a disposiciones socialmente bien consideradas a favor del cónyuge, lo mejor sería reducir en general la legítima de los descendientes. Otra cosa parece pasar de lo prohibido a lo obligatorio, eludiendo el terreno de la libertad.

En definitiva, la supresión o reducción de las legítimas que se propondrá en el Objetivo II tendría como consecuencia permitir a los cónyuges instituirse herederos u otorgarse legados según sus deseos.

11. OBJETIVO II: AMPLIAR LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL CAUSANTE MEDIANTE LA REDUCCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

1. No es fácil empezar a escribir sobre la libertad de testar, con el propósito de sugerir unas reformas legislativas que amplíen su ámbito material mediante una supresión o reducción de las legítimas, sin una sensación de agobio. Abruma el peso de una disputa que quiso plantearse como ideológica en la Europa del siglo XIX y que hoy parece que algunos consideran todavía abierta en sus propios términos, en unas sociedades, sin embargo, que

han experimentados cambios muy profundos en los presupuestos estructurales y económicos que daban sentido a aquel debate. Abruma también la misma complejidad técnica de los instrumentos de protección de los derechos de los legitimarios, precipitado inestable de siglos de evolución social y doctrinal, que han alcanzado una sutileza que, probablemente, excede de las necesidades prácticas que se supone han de contribuir a satisfacer, pero con los que debe contar todo cambio legislativo en este terreno para no producir resultados indeseables (la reforma de la preterición, ahora en el art. 814 Cc., puede servir como botón de muestra).

Estamos en el núcleo duro del Derecho sucesiones. El ámbito en que se manifiestan con más fuerza los prejuicios del etnocentrismo. Los juristas de cada país —probablemente, como el resto de la población— tienden a creer que las reglas de su grupo son las mejores, acaso las únicas realmente justas, e incluso que siempre han sido así, al menos desde hace muchos siglos.

Las páginas que siguen tienen un propósito sencillo: introducir las preguntas de la encuesta dirigida a los miembros de la asociación. Preguntas, por lo demás, que presentan opciones muy simplificadas, más sobre principios o tendencias que sobre bases concretas de una ley de reforma. Lo más probable es que los profesores de Derecho civil tengan ya formada su opinión al respecto y que poco o nada afecte a esta opinión lo que aquí se diga, o lo que con mucha mayor reflexión y matices se expone en la ponencia de la Profesora Torres.

Argumentaré aquí la conveniencia de reformar de manera bastante drástica la actual regulación, es decir, la conveniencia de suprimir (salvo atribuciones asistenciales) o reducir sustancialmente las legítimas hoy garantizadas por el Código. Es lo que procede en una Ponencia que pone a debate la reforma del Derecho de sucesiones. Las razones para dejar las cosas como están es de suponer que resultan por sí solas del hecho de que las cosas, es decir, las leyes, son como son. No hacen falta razones para no hacer nada: es quien propugna el cambio quien ha de convencer mediante argumentos. Asumo aquí esta regla del juego de la argumentación, de acuerdo con el principio de inercia¹⁰⁹.

109 Perelman y Olbrecht-Tyteca señalan, en su *Tratado de la argumentación*, que el orador ha de contar «con la inercia psíquica y social que, en las conciencias y en las sociedades, forma pareja con la inercia en física». La inercia mantiene lo existente. «El cambio, por el contrario, debe justificarse; una decisión, una vez tomada, sólo puede modificarse por razones suficientes» (Ch. PERELMAN y L. OLBSRECHT-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad.

2. Haré primero un planteamiento de *tabula rasa*: como si no hubiera leyes al respecto en nuestra sociedad y estuviéramos deliberando sobre la regulación más atinada para el futuro.

Podríamos partir de dos premisas que creo recibirían general aceptación.

- a) En general, lo lógico es que los hijos hereden la fortuna de sus padres. «Heredar», aquí, no presupone cuándo ni cómo. «En general» quiere decir que son posibles excepciones: una parte de la fortuna puede pasar a otras personas; los hijos, a veces, no deben heredar.
- b) Con los bienes que dejan los fallecidos hay que atender, en primer lugar, a las necesidades de aquellos allegados que, en vida de aquél, dependían del mismo o, en términos más amplios, aquellos cuyo tenor de vida va a verse modificado a peor por su fallecimiento.

Obviamente, ambas premisas no coinciden.

A) La moral social (las creencias colectivas apenas discutidas sobre lo que es correcto, incluidos *mores maiorum* y creencias religiosas) apoya con fuerza la primera premisa: *si autem filii, et haeredes* (si somos hijos, también somos herederos: Paulus, *Ad romanos*, 8,18).

Que los hijos hereden es, incluso antes que una pretensión normativa o un criterio de corrección, una realidad empírica. Casi con independencia de lo que dispongan las normas del Derecho estatal, los hijos heredarán de ordinario a sus padres. Es natural. Los bienes de los que fallecen sólo pueden ser recibidos por los que todavía viven y pasarán así de generación en generación.

Casi con independencia de lo que dispongan las normas del Derecho estatal. Como demuestra el hecho de que la inmensa mayor parte de las herencias recaigan a favor de los hijos, si los hay, lo mismo en Navarra que en Castilla (con más o menos participación del cónyuge). Lo mismo en Francia que en Inglaterra o en Estados Unidos, podríamos decir igualmente, aunque quizás las convicciones sociales puedan llevar a algunas divergencias. Para

esp. Gredos, Madrid, 1989, p. 178). Una crítica de este criterio –si se entiende como normativo, no meramente descriptivo– en ATIENZA (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, Mexico, 2003, p. 73), quien considera que tiene «un sabor ideológico inequívocamente conservador».

que los hijos hereden regularmente a sus padres no es necesaria ninguna norma legal que imponga una *pars reservata* o una *portio debita*.

¿Hay buenas razones para imponer coactivamente lo que habitualmente se cumple de buen grado? ¿Qué pasa si, por el contrario, el legislador no hace nada?

Hay, sin duda, cierto número de casos individuales que se desvían de la práctica general y es de prever que siga siendo así. La coacción estatal serviría para impedirlo, es decir, para imponer la conducta correcta –más bien, el resultado correcto– contra la voluntad del causante.

La propuesta que afirmara la necesidad de imponer en esto la coacción estatal habría de superar dos filtros:

a) Argumentar convincentemente que la moral social no tolera que quien tiene descendientes deje voluntariamente sus bienes a extraños. Es decir, que en la sociedad se produce una fuerte repulsa y reproche a la conducta de quien se comporta de este modo, por entender que causa daño a la sociedad en grado tal que el poder coactivo del Estado ha de intervenir para repararlo.

Pues el reproche, de haberlo en el caso concreto, podría ser meramente moral o social. Como tantas otras conductas que se desvían de los estándares comúnmente admitidos sin que el Derecho haya por eso de intervenir.

Procedería la intervención del Derecho si estuviéramos ante la lesión de un bien especialmente valioso. Como podemos entender que ocurrió en siglos pasados, en que privar a un hijo de una participación suficiente en la fortuna familiar implicaba dejarlo desamparado, sin medios para ganarse la vida, indefenso ante la enfermedad o la desgracia, marginado de la sociedad; equivalía a negarle los medios para vivir conforme al estatus familiar, en una sociedad estamental en que ser desheredado era quedar también desclasado.

En la sociedad actual, en que perdemos a nuestros padres más cerca de nuestros cincuenta años (y la cifra sube) que de los treinta, cuando quien no tiene resuelta su vida (en lo que sin duda habrá influido la escasa fortuna familiar) raro será que pueda enderezarla con el apoyo de una cuantiosa y tardía herencia de sus padres, me parece difícil encontrar argumentos fuertes para introducir una intervención del Estado correctora de las disposiciones de los particulares. El interés público no está en juego.

Supongo que el argumento más solicitado para exigir la intervención del Estado frente a la lesión de las expectativas hereditarias de los descendientes es el que invoca la protección a la familia. Es argumento que, después de

todo, me parece poco convincente. Obviamente, no es la familia la que hereda. Las legítimas no constituyen una propiedad familiar ni protegen a un grupo familiar. Por el contrario, en su configuración igualitaria, satisfacen intereses meramente individuales¹¹⁰, en una situación en la que, típicamente, la familia (en su sentido actual, familiar nuclear, la pareja con sus hijos menores) ya se ha extinguido. El principio de protección de la familia no incluye ni, en realidad, tiene nada que ver con la protección del linaje.

Sí podemos, por el contrario, relacionar la protección a la familia con la exigencia de que los allegados del causante no dejen de recibir algo de la herencia cuando el fallecimiento les ha supuesto una merma en la satisfacción de sus necesidades. Pero esta es otra cuestión, como he anunciado y luego desarrollaré.

b) El segundo filtro para contestar afirmativamente a la pregunta de si es conveniente que el Estado imponga que al menos una parte del caudal del difunto sea para sus descendientes, supuesto que se haya pasado el anterior, consiste en comprobar que la intervención estatal puede producirse con eficacia; en particular, sin lesión mayor de los intereses que se pretende proteger.

Si el interés que se pretende proteger es concebido como el interés económico individual de determinado sujeto, no cabe duda de que el Estado puede protegerlo de manera bastante adecuada mediante la atribución de acciones ejercitables ante los tribunales. Pero este interés individualista no parece por sí merecedor de especial tutela, es decir, no merece por sí que el Estado legisle estableciendo un sistema legitimario de *ius cogens*.

Si el interés relevante es el de la familia, la verdad es que es difícil proteger a la familia contra sí misma. Si lo que está en juego es la cohesión del grupo familiar, perjudicada por un reparto no igualitario o por la preferencia a

110 Vincenzo FERRARI (1972, p. 21) observa que las ideas igualitarias contrarias a la libertad de testar que se impusieron en la Revolución francesa (defendidas, en particular, por Robespierre) y que inspiran, con mitigaciones, el *Code Napoléon*, «al afirmar rígidamente el predominio del principio de igualdad sobre cualquier otro, no busca en realidad subordinar el interés individual al interés familiar o social; al contrario, rechazando el testamento, trata de proteger a cada uno de los descendiente frente al capricho o la opresión del progenitor; en suma, trata de tutelar la dignidad personal del individuo, en una dimensión estrictamente individualista».

Significativamente, en la Exposición de Motivos del *Projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, de junio de 2005, se lee (a propósito del primer objetivo, el de «dar más libertad para organizar su sucesión»: «*La rigueur et la sévérité des règles qui encadrent la transmission des patrimoines, qui se justifiaient au lendemain de la Révolution française, ne paraissent plus adaptées aux évolutions de la société et à la configuration actuelle des patrimoines*».

extraños en la herencia, ¿cómo superará la familia el conflicto escenificado públicamente en el pleito? ¿Cómo evitar agrandar la ruptura en el grupo familiar cuando alguno de los miembros pleitea contra la voluntad del padre? El principio de protección a la familia más bien llevaría a proclamar la autonomía del grupo familiar también a la hora de decidir sobre el destino de los bienes a la muerte de cada uno de sus miembros.

B) De manera distinta ocurre con la segunda premisa. La conciencia social la apoya al menos con la misma fuerza que la primera y pasa fácilmente los dos filtros antes considerados. Que los allegados del fallecido sean favorecidos a cargo de sus bienes en la medida en que la satisfacción de sus necesidades vitales haya quedado perjudicada por su muerte sí que interesa a la sociedad. En primer lugar, porque lo que está en juego son precisamente intereses existenciales, no meramente económicos. Aquí los bienes son importantes, no por lo que valen en el mercado, sino porque sirven para satisfacer necesidades vitales. En segundo lugar, porque si las necesidades no son satisfechas con cargo a los bienes familiares, habrán de serlo en alguna medida a costa del erario público.

En consecuencia, como resultado de la deliberación sobre la conveniencia de introducir un sistema legitimario en un hipotético país sin historia (de condiciones sociales equiparables a las del nuestro), no encuentro argumentos racionales suficientes que inclinen a aconsejarlo. Por el contrario, sí me parecería prudente prever reglas según las cuales los allegados a quienes la muerte del causante ha privado de recursos para la vida hayan de recibir necesariamente alguna cantidad a costa de la herencia.

3. Pero las legítimas existen. Las recibió el Código civil del antiguo Derecho castellano y éste, a su vez, del visigótico. En conjunto, su aplicación a lo largo de los siglos no ha sido especialmente controvertida por los destinatarios de la norma ¿Hay, entonces, razones para suprimirlas o modificarlas? Ensayaré tres.

A) La sociedad ha cambiado. Las modificaciones son tales que las razones que pudieron existir para limitar de este modo la libertad de disponer han desaparecido. Son, por tanto, innecesarias; y una limitación innecesaria de la libertad debe suprimirse.

Reiteraré algunos de estos cambios. La vida de los hijos (sus proyectos vitales y la posibilidad de realizarlos) no dependen de los bienes que hereden de sus padres a la muerte de éstos. La conservación de los instrumentos de poder económico y social en manos de miembros del grupo familiar no rea-

liza por sí una función socialmente valiosa. El alargamiento de la duración de la vida hace que se herede a una edad en que recibir un incremento patrimonial es, ciertamente, una ventaja deseable para el individuo, pero no recibirlo no altera una forma de vida ya desarrollada sobre otras bases económicas, fundamentalmente el propio trabajo.

En definitiva, a quienes al nacer se encontraron en el seno de una familia con grandes medios de fortuna, no hay ninguna razón para que el Estado les garantice que podrán vivir sin trabajar, privilegiándolos así respecto del resto de los ciudadanos; ni, en realidad, hay ningún interés social en que los bienes familiares se queden en el grupo familiar. Y quienes llegan al final de su vida con los pequeños ahorros logrados con su trabajo, normalmente ya han cumplido en vida respecto de los hijos todos los deberes (crianza, educación, incluso colocación) que el Estado tiene interés y fundamento para exigir.

B) El sistema legitimario del Código impide o dificulta la realización de deseos y la satisfacción de intereses que la sociedad juzga como merecedores de la tutela del Derecho. Muy en particular, imposibilita a los cónyuges instituirse herederos recíprocamente o, en general, proveer al supérstite de medios económicos que le permitan mantener un tenor de vida no muy alejado del anterior a la viudez.

C) El sistema legitimario, con sus caracteres de generalidad y abstracción, dificulta que salten a la vista deberes concretos mucho más apremiantes, según la conciencia social, que la igualdad mecánica entre parientes más próximos en línea y grado. Deberes específicos respecto de personas con discapacidad o, simplemente, menores o débiles, sean o no hoy legitimarios; deberes también respecto de quienes —parientes o no— atienden a las personas mayores en los últimos años de su vida. También dificulta dar un tratamiento desigual a los hoy legitimarios, cuando sus necesidades y sus relaciones con el causante pueden justificarlo.

4. Ya se entiende que la propuesta más de mi gusto sería suprimir las legítimas tal como las conocemos y sustituirlas por unas limitaciones a favor del cónyuge, determinados parientes e incluso otros allegados en razón de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento. En definitiva, un sistema de atribuciones necesarias a cargo de la herencia con función asistencial o retributiva, que tuviera también en cuenta la función social de algunos bienes, señaladamente la vivienda.

Pero la inercia es muy grande y podría suceder que una opción como la indicada (suprimir las legítimas) generara rechazo, como si estuviéramos proponiendo que, en adelante, los padres priven a sus hijos de toda parte en sus bienes, los desigualen caprichosamente, regalen los bienes más necesarios a terceros preferidos afrentosamente o los dilapiden sin tino. La propuesta todo lo que dice es que la sociedad confía al discernimiento de los ciudadanos el cumplimiento de deberes morales o sociales, con sanciones de este mismo orden. Ya he dicho que, en mi opinión, en ausencia de normas legales imperativas, la inmensa mayor parte de los bienes de los padres pasarían igualmente a sus hijos: no es la coerción jurídica lo que hoy (y siempre) hace que las cosas discurren de este modo.

La regulación de las legítimas tiene también una fuerte carga simbólica. Propicia la identificación simbólica entre miembros de la familia pertenecientes a distintas generaciones. En general, muestra un espejo en que se reflejan los buenos padres, los hijos agradecidos, los cónyuges que se quieren bien. No es nada desdeñable esta función simbólica de las normas. Pero, ¿refleja realmente este espejo la realidad ejemplar de nuestros días? Pensemos en el caso arquetípico de concurrencia de hijos y cónyuge. Más aún, ¿es preciso que el espejo de virtudes ciudadanas sea la regulación de la legítima (*ius cogens*) y no, más en consonancia con una propuesta de regulación ejemplar de la que los ciudadanos pueden apartarse, las previsiones de la sucesión intestada (*ius dispositivum*)?

Por todo lo dicho, es sin duda más fácilmente asumible una reforma de las legítimas que no cuestione el sistema, pero evite las disfunciones más graves. Se trataría, entonces, de reducir cuantitativamente la legítima de los hijos (la de los ascendientes creo que debería desaparecer como tal en cualquier caso), además de configurarla como derecho a un valor, no a unos bienes, que puede satisfacerse por cualquier título.

Propuestas en esta dirección no son hoy nada raras. Aunque no puede decirse que haya una poderosa corriente supresora de las legítimas en los países que las conocen, sí hay algunos ejemplos de reducción y flexibilización, mientras que no conozco ningún caso en que un legislador las haya convertido en más rigurosas. Veamos algunos ejemplos.

En Aragón, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, ha reducido la legítima colectiva de los dos tercios del caudal a la mitad del mismo. Así era en el Proyecto del Gobierno, y ninguna de las numerosas enmiendas presentadas en las Cortes propugnaba el mantenimiento

de la anterior cuantía. Antes al contrario, el Partido Socialista (entonces en la oposición) pretendía pura y simplemente la supresión de la legítima de los descendientes (no hay otra en Aragón), respetando un derecho de alimentos.

El Borrador de Libro VI, Derecho de Sucesiones, del Código civil de Puerto Rico revisado, propone la reducción de la legítima de los descendientes (que es igual a la de nuestro Código) a la mitad del caudal, con supresión de la mejora. Respecto a la legítima de los ascendientes, según escribe S. Cámara, «cada vez menos sistemas la reconocen o lo limitan solo a los padres y las últimas reformas legislativas tienden a eliminarlo, en caso de que hubiese existido antes: así, por ejemplo, los Países Bajos han excluido a los padres de la legítima desde 1996 (por ley de 1 noviembre 1995) y también Luxemburgo»¹¹¹.

La Unión Europea recomendó (Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994) la revisión del principio de pago de la legítima *in natura* para facilitar la transmisión de las pequeñas y medianas empresas.

El proyecto francés de 2005 propone transformar las legítimas *en nature* en legítimas *en valeur*¹¹², entre otras importantes innovaciones.

El Notariado español se muestra proclive a la supresión o flexibilización de las legítimas¹¹³.

En el mismo sentido se han manifestado recientemente algunos de nuestros colegas, como la Profª. Valladares¹¹⁴.

111 S. CÁMARA, 2003, p. 1221.

112 (De la Exposición de motivos) «*En 1804, les rédacteurs du code civil avaient consacré un principe d'égalité en nature dans le partage. Ce principe se révèle être préjudiciable à la préservation des unités économiques et patrimoniales, dans la mesure où, lorsque le partage en nature est impossible et que les héritiers ne trouvent pas d'accord, la vente des biens indivis est souvent inévitable. Le projet de loi prévoit donc de remplacer cette égalité en nature par une égalité en valeur*».

113 Victorio MAGARIÑOS BLANCO, en «La libertad de testar», *RDP*., sep-oct. 2005, p. 20, reseña como una de las conclusiones del Congreso Notarial celebrado en Barcelona el 14 de mayo de 2005, sobre el patrimonio familiar, profesional y empresarial, la propuesta de «acometer reformas legislativas que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica, y que a tal fin se considera muy útil revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas y desarrollar fórmulas jurídicas encaminadas a ordenar la creación y transmisión de empresa familiar, como testamentos mancomunados, pactos sucesorios e instituciones fiduciarias que se ajusten al orden público económico».

114 VALLADARES RASCÓN, «Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil», en *Libro homenaje al Prof. Albaladejo* (en publicación)

En consecuencia, propongo las siguientes preguntas:

- [8] **Debe suprimirse la legítima de los ascendientes (salvo atribuciones asistenciales).**
- [9] **Debe suprimirse la legítima de los descendientes (salvo atribuciones asistenciales).**
- [10] **La legítima de los descendientes debe reducirse a la mitad de la herencia. La mitad restante sería de libre disposición.**
- [11] **La legítima de los descendientes debe reducirse a un tercio de la herencia. Los dos tercios restantes serían de libre disposición.**
- [12] **En concepto de legítima no deben reconocerse sino atribuciones asistenciales, a favor del cónyuge, los descendientes y los ascendientes que queden en situación de necesidad.**
- [13] **De mantenerse las legítimas, o en la medida en que se mantengan, conviene configurarlas como un crédito contra la herencia.**
- [14] **Es mejor dejar el sistema legitimario del Código básicamente como está.**

12. OBJETIVO III: ADMITIR INSTRUMENTOS DISTINTOS DEL TESTAMENTO UNIPERSONAL (TESTAMENTO MANCOMUNADO, PACTOS SUCESORIOS, DONACIONES *MORTIS CAUSA*)

1. Testamento mancomunado. Conocido, practicado y regulado de antiguo en el Derecho navarro y en el aragonés (hemos visto en 9.6 la frecuencia de su uso), en los últimos años el testamento mancomunado ha sido también recibido en el gallego y el vasco, a la vez que se reiteran las voces que piden su admisión en el Código civil. La comunicación del Prof. García Vicente expone con claridad las razones que suelen o pueden alegarse para fundar su no admisión en el Código (riesgo de captación de voluntad, problemas propios de la revocación) y muestra cómo pueden rebatirse y, por tanto, cómo podría regularse el testamento mancomunado en el Código civil, tanto en cuanto a su otorgamiento como por lo que se refiere a su revocación. Poco más debo decir aquí, sino formular la pertinente cuestión:

[15] Es conveniente admitir el testamento mancomunado, al menos entre cónyuges.

Añado algunas consideraciones sobre la interpretación y alcance de la regulación vigente en el Código. Testar mancomunadamente no es, en mi opinión, una acción prohibida, contraria a una norma regulativa de prohibición, sino una acción que no logra el pretendido resultado institucional (ordenar la sucesión) por no utilizar los cauces previstos para ello por el legislador¹¹⁵. Así creo que ha de interpretarse el «no podrán testar dos o más personas mancomunadamente...» del art. 669: carecen del poder o facultad jurídica para ello, pero la conducta que consiste en otorgar testamento conjuntamente dos personas no es contraria a la moral o a las leyes, simplemente la ley (el Código) no la reconoce como adecuada para ordenar la sucesión y por ello considera nulo el acto. Nada menos, pero tampoco nada más. Por ello no debería haber inconveniente de principio en aceptar la validez del contenido atípico del testamento, como por ejemplo reconocimientos de deuda y, en general, cualquier disposición que no consista en disponer «para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos» (art. 667 Cc.), siempre que cumplieran sus propios requisitos de fondo y forma; e incluso (mediante conversión, si se quiere argumentar así) la validez de las disposiciones del primer fallecido, en cuanto no estuvieran condicionadas a la validez o eficacia de las del cotestador, o las del único que dispone, aunque otro haya intervenido para aprobarlas o aceptarlas.

Creo que parte de la doctrina se ha sentido obligada a defender la «prohibición» del Código, puesto que la ve en él, y para ello ha exagerado argumentos de moralidad y orden público, cuando se trata de una mera cuestión, sin duda importante, de oportunidad o conveniencia. Por ello creo que, en ausencia de intervención del legislador, los autores y los jueces deberían limitar el alcance del «no podrán» del art. 669 en la medida en que lo permite la interpretación. Ésta es también una propuesta de política del Derecho, dirigida ahora no al legislador, sino a los jueces.

¹¹⁵ Sobre la fundamental distinción entre normas regulativas y normas que atribuyen poderes, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado», en ADC, 2005, I, pp. 9-74; también en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=79>

2. Donaciones *mortis causa*

No voy a hacer una propuesta de reintroducción en el Código civil del régimen histórico de las donaciones *mortis causa*, fundamentalmente porque no es un instrumento necesario ni especialmente útil para transmitir bienes para después de la muerte. Por el contrario, siguiendo la comunicación del Prof. Espejo, creo adecuado aclarar mediante reforma legal que el cauce de las donaciones *inter vivos* es idóneo para distribuir bienes en vida en contemplación de la muerte. La cuestión clave es la de los límites que el Código impone a las donaciones intervivos y la posibilidad de configurar dentro del sistema «algunas donaciones que permitan alcanzar las finalidades históricamente asignadas a [las donaciones *mortis causa*], y de dar entrada de modo voluntario a algunos de los aspectos del régimen histórico típico de la donación *mortis causa*». La premisa es que los contenidos y finalidades posibles de una donación intervivos no han de resultar invalidados porque históricamente tales contenidos y finalidades tuvieron su cauce a través del régimen típico de las donaciones *mortis causa*. Lo que significa, a mi modo de ver, que la donación *mortis causa* no está prohibida en el Código, sino que simplemente no está tipificada.

Las anteriores conclusiones podrían ser una interpretación del Derecho vigente, pero el hecho es que no parecen ser aceptadas por todos. Es habitual afirmar, por ejemplo, que las donaciones *inter vivos* deben ser irrevocables y deben transmitir la propiedad en vida del donante, aunque el estudio de los casos efectivamente resueltos por la jurisprudencia muestra que tales supuestos principios no son aplicados a los casos reales.

En consecuencia, someto a los miembros de la Asociación la siguiente cuestión, tal como la plantea el Prof. Espejo:

- [16] **El art. 620 Cc. debe tener el siguiente contenido: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donante pueden hacerse *inter vivos*, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes que queden a su muerte, no podrán otorgarse sino en testamento y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».**

Propone también el Prof. Espejo una pequeña modificación en el art. 639, para evitar la interpretación restrictiva que parte de la doctrina y la jurisprudencia hace del mismo. El art. 639 comienza así: «Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de *algunos de* los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos... La modificación consistiría en la supresión de las palabras «algunos de», con lo que resultaría claro que el donante puede reservarse la facultad de disponer de la totalidad de los bienes donados.

[17] **En el art. 639 Cc., que comienza «Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de *algunos de* los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos...», conveniría suprimir las palabras «algunos de».**

3. Pactos sucesorios

Creo que no hay ninguna razón de política legislativa basada en la moral, las buenas costumbres o el orden público para no admitir en el Código los pactos sucesorios. De hecho, fueron recogidos explícitamente hasta 1970 para determinar derechos sucesorios de los adoptados, otros preceptos del Código pueden entenderse como admisiones singulares (vgr. arts. 826 y 827, art. 1341.2) y los propició la Ley de reforma y desarrollo agrario.

Son admitidos en algunos Derechos civiles autonómicos, sin que se hayan detectado abusos o disfunciones¹¹⁶. El Notariado español entiende que serían útiles para la transmisión de patrimonios empresariales (vid. nota 113); asimismo, la Recomendación de la Comisión CE de 7 de diciembre de 1994 lo sugiere para facilitar la transmisión de la pequeña empresa. Podrían prestar servicios entre cónyuges, para instituirse recíprocamente o, simplemente, para aumentar o disminuir los derechos sucesorios que la ley les reconoce; también entre parejas estables; o entre los progenitores en beneficio de sus hijos comunes (por ejemplo, como parte de los arreglos al divorciarse).

El Prof. Sánchez Arísti aporta una propuesta detallada de regulación de los pactos sucesorios en el Código, que podrá merecer los sufragios de muchos.

¹¹⁶ Parece claro que hoy son utilizados en estos Derechos también en situaciones distintas de las tradicionales agrarias, si bien en menor proporción. En Aragón, basándonos en los datos expuestos supra, 9.6, puede decirse que se defieren por pacto más de 150 herencias al año, de ellas una docena en la ciudad de Zaragoza. Cifras modestas, pero no desdeñables.

Cabe también una propuesta de mínimos, para suprimir simplemente el párrafo segundo del art. 1271. Con ello desaparecería lo que la doctrina suele llamar «prohibición de pactos sucesorios» (y que yo entiendo preferible entender como exclusión del pacto en cuanto instrumento para disponer para después de la muerte de todos o parte alícuota de los bienes de una persona), con la consecuencia principal de que dejaría de pesar la sospecha de nulidad sobre donaciones y estipulaciones que, por haber de producir algunos de sus efectos tras la muerte del donante o del estipulante, puede entenderse que infringen la «prohibición». Creo que las peores consecuencias del art. 1271 no consisten en impedir en general que los ciudadanos ordenen su sucesión pactando con otras personas la institución de heredero, sino en la sombra ominosa que proyecta sobre donaciones y estipulaciones perfectamente razonables y lícitas que no entran en su letra¹¹⁷.

Suprimido este párrafo, los pactos sucesorios serían válidos y tendrían los efectos pretendidos por las partes (dentro de los límites de las normas imperativas) y que la doctrina iría tipificando sobre la base de la práctica, pero no se propiciarían especialmente al no proporcionar el legislador un régimen específico.

Con lo dicho, resultan dos preguntas:

[18] Conviene suprimir el párrafo 2º del art. 1271 Cc.

[19] Conviene introducir en el Código civil una regulación pormenorizada de los pactos sucesorios, que propicie su celebración.

Países próximos al nuestro con Código contrarios a los pactos sucesorios admiten ahora o proponer admitir algunos tipos de ellos.

En el Derecho holandés, mientras se sigue excluyendo la posibilidad de pacto de institución de la totalidad de la herencia y una cuota abstracta, se admiten los pactos con disposiciones a título particular.

El proyecto francés de reforma de las sucesiones y de las liberalidades (junio de 2005) tiene un apartado en su Exposición de motivos que señala como uno de los objetivos de la reforma «permitir los pactos sucesorios», pero

117 Cfr. con la opinión de ZOPPINI, 2002, p. 187, sobre la ineficiencia que comporta vetar los pactos sucesorios en razón de la indeterminación del área de aplicación sujeta a la prohibición. Constituye la conclusión final de su interesante exposición de Derecho comparado, pp. 155-187.

en realidad introduce una excepción —una más en el *Code*, como la propia E. de m. señala— con perfiles muy determinados, aunque de gran importancia, por referirse a la renuncia anticipada de la legítima¹¹⁸. Se admite, en efecto, la renuncia anticipada a la legítima por acuerdo con el futuro causante, siempre que sea a favor de persona determinada (un hijo discapacitado, el cónyuge supérstite..., ejemplifica la E. de m.)¹¹⁹.

Estas posiciones de Derechos europeos dan pie para formular las siguientes preguntas:

- [20] **Conviene que el Código admita explícitamente los pactos sucesorios con disposiciones a título particular.**
- [21] **Conviene introducir en el Código la posibilidad de renuncia anticipada de la legítima (es decir, derogar el art. 816).**

13. OBJETIVO IV: RECONOCER DERECHOS SUCESORIOS EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Las profesoras Gete-Alonso, Ysàs, Navas y Solé (Grup de Recerca NOVIT, AUB) han presentado una extensa y cuidada comunicación en que se analizan las leyes autonómicas españolas sobre uniones estables de pareja, desde el punto de vista de los derechos sucesorios, u otros derechos con ocasión de la muerte, que en ellas se reconocen al conviviente supérstite. También, desde el mismo punto de vista, se ocupan de las leyes catalanas de acogimiento privado de personas mayores y de situaciones de convivencia de ayuda mutua.

Derechos sucesorios *ex lege* a favor del conviviente supérstite acuerdan las leyes de Navarra, Baleares y País Vasco¹²⁰; también la de Catalu-

118 (De la Exposición de motivos) « *Ainsi, la réforme introduit dans le code civil les pactes successoraux qui permettront aux héritiers et à celui dont ils ont vocation à hériter de s'accorder sur les conditions de transmission des biens, et, si nécessaire, de déroger à certaines règles de la réserve héréditaire* ». El Proyecto, mucho más complejo en este punto de lo que aquí podemos precisar, se encuentra en http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/reforme_succession.htm

119 Se amplía también el ámbito de la donación-partición y del testamento-partición, lo que sin duda tiene también mucho que ver con nuestro art. 1271.

120 Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra; ley 18/2001 de 19 de diciembre, de parejas estables de Baleares y ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco.

ña¹²¹, pero sólo en las uniones homosexuales, no en las heterosexuales (como se sabe, la ley catalana regula unas y otras por separado). La ley aragonesa¹²² no reconoce ningún derecho sucesorio *ex lege* (ni viudedad); tampoco, obviamente, las demás leyes autonómicas, que carecen de competencia sobre Derecho civil.

Todas las leyes mencionadas atienden a la situación del supérstite mediante atribuciones, diversamente configuradas, que se concretan en derechos de predetracción (ropas, mobiliario, ajuar), en el de seguir habitando en la vivienda común durante cierto tiempo, y en prestaciones de alimentos o compensatorias.

A los efectos de esta Ponencia, la cuestión clave es si los convivientes supérstites deben ser llamados a la sucesión de su compañero en la misma forma que los cónyuges viudos.

La cuestión es debatida desde muchos puntos de vista y la opinión favorable presupone una respuesta positiva sobre la conveniencia de promulgar una ley estatal sobre parejas estables no casadas (o introducir la oportuna regulación en el Código civil).

La forma dispar en que la cuestión es abordada por las leyes autonómicas es buena muestra de la pluralidad de valoraciones. Entre nosotros, la Encuesta preliminar hizo aflorar también opiniones encontradas, pues frente a una aparente mayoría a favor de la equiparación con los viudos, una minoría expresaba claramente su oposición a todo reconocimiento de derechos sucesorios *ex lege*.

Entiendo que la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, obliga a replantear cuanto con anterioridad se había escrito. En mi opinión, una vez que pueden casarse entre sí personas del mismo sexo y no hay nadie excluido de la posibilidad de contraer matrimonio, quienes no lo contraen no pueden esperar que las leyes les atribuyan los derechos sucesorios que les corresponderían si se casaran. Es decir, quienes, sin contraer matrimonio, viven juntos, se encuentran en esta situación porque la han elegido (y si es porque se lo impiden, en el caso, ciertos impedimentos, como vínculo o parentesco, aun es más claro que el Derecho no ha de prever llamamientos sucesorios entre ellos). En definitiva, me

121 Ley 10/1998 de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña (vid. arts. 34 y 35).

122 Ley 6/1999 de 26 de Marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón.

inclino a pensar que no ha de haber entre convivientes otros derechos sucesorios que los que voluntariamente quieran otorgarse (otra cosa son las atribuciones de tipo asistencial a que antes me he referido, con fundamento en la mera convivencia). Las disposiciones voluntarias, en particular las testamentarias, deberían propiciarse y fomentarse de diversos modos, especialmente mediante una adecuada consideración en el impuesto de sucesiones y donaciones. Los pactos sucesorios podrían ser un vehículo especialmente adecuado.

Sin duda los miembros de la Asociación tienen ya formada opinión al respecto, por lo que procede sin más formular una pregunta para conocer su grado de aceptación o rechazo.

[22] Los convivientes como parejas estables deben ser llamados por ley a la sucesión del premuerto en los mismos términos que los casados.

No se prejuzga en qué ley debería contenerse, en su caso, el correspondiente precepto.

14. OBJETIVO V: DERECHOS SUCESORIOS EN OTRAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA

En la misma Comunicación citada del Grup NOVIT se procede al análisis de la leyes catalanas de acogimiento privado de personas mayores (ley 22/2000, de 29 de diciembre) y de situaciones de convivencia de ayuda mutua (ley 19/1998, de 28 de diciembre).

En la ley de acogimiento privado de personas mayores se prevén derechos sucesorios para el acogedor: la llamada «cuarta acollidora» y llamamiento abintestato antes de los parientes de tercer grado; pero ningún derecho hereditario para el acogido, lo que las autoras critican.

La ley de situaciones de convivencia de ayuda mutua no prevé llamamientos sucesorios, sin tan sólo derecho al uso de la vivienda común y derecho a una pensión periódica.

Es de notar que, según se dice en la Comunicación (nota 62) «hasta la fecha, no se ha celebrado ningún pacto de acogimiento sometido a la LAPM».

Formulamos las pertinentes preguntas:

- [23] **Deben introducirse derechos sucesorios *ex lege* para los supuestos reglados de convivencia entre personas que no son parientes.**
- [24] **Deben introducirse derechos *post mortem* de tipo asistencial para los supuestos reglados de convivencia entre personas que no son parientes.**

15. OBJETIVO VI: HACER MÁS FUNCIONAL LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS HEREDITARIAS

(Prof. Rams Albesa).

- [25] **Debe limitarse la responsabilidad del heredero por deudas del causante y por legados y cargas hereditarias a los bienes que reciba del caudal relicto, sin necesidad de hacer inventario.**
- [26] **Debe declararse la separación de las masas patrimoniales del heredero y de la herencia en todo caso.**

16. OTRAS CUESTIONES

A) Sobre derecho de representación (Prof. Vattier).

- [27] **Debe generalizarse el «derecho de representación» a la sucesión voluntaria.**
- [28] **Debe admitirse el «derecho de representación» para el caso de renuncia.**
- [29] **En los casos de premoriencia, indignidad y desheredación el derecho de representación no debe limitarse a la legítima.**

B) Preterición (Prof. Miquel).

- [30] **Debe darse nueva regulación a la preterición no intencional, acorde con su función, no tanto de defensa de la legítima, como de atender a la voluntad presumible del causante.**

C) Otras

- [31] Las disposiciones voluntarias de un cónyuge a favor del otro deben quedar sin efecto, salvo voluntad expresa, desde el momento en que se separaron judicialmente o de hecho.**

17. UNA PREGUNTA SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Puestos a formular propuestas de modificación del Código civil en determinadas materias, parece adecuado que nos planteemos también nuestra actitud hacia una reforma del Código civil.

Propongo, por tanto, que nos pronunciemos sobre la conveniencia de poner en marcha en España un proceso de reformulación del Código civil dirigido a sustituir el vigente por otro Código.

Me parece útil que los civilistas españoles manifestemos una opinión al respecto, en principio con la única finalidad de saber cada uno de nosotros por dónde van las opiniones de nuestros colegas. Ciertamente, no se ha manifestado ninguna voz que, con claridad y autoridad, llame a la tarea de confeccionar un nuevo Código civil. Pero de este silencio no cabría inferir un convencimiento colectivo sobre la imposibilidad, inutilidad o inconveniencia de redactar un Código civil del siglo XXI.

Por ello parece ésta una buena ocasión para preguntarnos sobre el grado de aceptación o rechazo de una propuesta del siguiente tenor:

- [32] Ha llegado el momento de poner en marcha un proceso legislativo conducente a la elaboración de un Código civil español que sustituya al de 1889.**

Como contraste, formulo también la siguiente, contradictoria con la anterior

- [33] No es conveniente sugerir la elaboración de un Código civil español que sustituya al de 1889.**

Apunto a continuación algunas posibles razones para el NO, así como otras posibles razones para el SÍ. Antes, una observación. De acuerdo con lo expuesto en la Primera Parte de la Ponencia sobre los procesos legislativos tal como se producen en la realidad, es de esperar que agentes sociales diversos

tomen iniciativas legislativas cuya consecuencia sea la modificación de algunos preceptos del Código, pero es menos esperable que la propuesta de confeccionar un nuevo Código surja fuera de instancias institucionales. Es muy posible que no haya ninguna iniciativa si antes no hay al menos un ambiente propicio entre los profesores de Derecho civil (pero también sería de temer una iniciativa oficial que no contara con el apoyo de los profesores de Derecho civil).

Razones para el NO:

1. El Código civil ya ha perdido su papel central en el Derecho civil y no puede recuperarlo (o no es conveniente que lo recupere). Es mejor legislar mediante leyes *ad hoc*, extracodiciales o de modificación de preceptos concretos del Código, es decir, como ha ocurrido en los últimos decenios. Este sería el punto de visto consecuente con cierta interpretación (normativa más que descriptiva) de «la edad de la descodificación».
2. La ciencia del Derecho civil en España no está en condiciones de abordar esta tarea en los próximos años (eco de la vieja postura de Savigny).
3. Es de temer que, de hacerse, el nuevo Código fuera peor que el actual.
4. Es de temer que, si se plantea la elaboración de un nuevo Código civil, se recrudezca la polémica sobre la «unificación» del Derecho civil y la competencia autonómica en esta materia (y se considera esta consecuencia poco deseable).
5. La jurisprudencia es un instrumento adecuado y suficiente para lograr mayor racionalidad en la aplicación del Derecho civil, por lo que un nuevo Código es innecesario y quizás inconveniente.
6. En cualquier caso, no merece la pena. No es un objetivo socialmente necesario, el resultado es incierto y es preferible que el legislador (y los civilistas) se dediquen a otras tareas.

Algunas razones para el SÍ

1. España debe aspirar a tener un Código civil a la altura de los tiempos. El vigente es hoy claramente insatisfactorio.
2. Hay razones de fondo para una reformulación del Derecho de la persona con sede en el Código civil.

3. Hay razones de fondo para una reformulación del Derecho de obligaciones. Habría que proceder a la unificación del Derecho de obligaciones y contratos civiles y mercantiles con sede en el Código civil. La transposición de Directivas europeas, que ha cambiado sustancialmente nuestro sistema contractual, debe tener reflejo en el Código. Es imprescindible una regulación legal de la responsabilidad extracontractual.
4. Hay razones de fondo, en realidad, para proceder a revisar todo el contenido del Código civil.
5. La jurisprudencia es insuficiente para introducir un grado aceptable de racionalidad, dada la antigüedad de los preceptos del Código y la proliferación de otras leyes civiles: un nuevo Código civil facilitaría la aplicación del Derecho.
6. Las grandes leyes del siglo XIX han sido sustituidas por otras recientes. En particular, se han promulgado recientemente un Código penal y una ley de enjuiciamiento civil, y está en marcha otra de enjuiciamiento criminal (además de leyes tales como la concursal o la anunciada de jurisdicción voluntaria). La siguiente podría ser el Código civil. La situación del de Comercio es muy diferente y no parece que se plantee en ningún caso la redacción de otro nuevo: pero si se planteara, habría de ser anterior la redacción de un Código civil.

18. OTRA PREGUNTA: ¿EMPEZAR POR EL DERECHO DE SUCESIONES?

Si se entiende adecuado propiciar una recodificación del Derecho civil español, podemos preguntarnos por dónde empezar. Cabe la respuesta obvia de «empezar por el principio». Pero, ya que esta Ponencia se ocupa del Derecho de sucesiones, es buena ocasión para preguntarnos sobre la conveniencia de empezar precisamente por el Derecho de sucesiones.

La reformulación de todo el Derecho de sucesiones cabe también plantearla con independencia de un horizonte de nuevo Código civil. Las razones para ello serían que, dada la especial trabazón entre todas las normas del Derecho de sucesiones, si se introducen reformas en partes sensibles, como las legítimas, debe revisarse con cuidado toda la materia de sucesiones, y aprovechar entonces para todas las modificaciones más o menos de detalle que la experiencia de más de un siglo y el estado actual de la sociedad aconsejan.

Empezar por el Derecho de sucesiones tiene ventajas y desventajas. Las desventajas que lo harían poco recomendable pueden ser:

- a) El Derecho de sucesiones ha de tener en cuenta la regulación de la propiedad (en su más amplio sentido: las relaciones patrimoniales) y de la familia, por lo que ha de abordarse después que éstas.
- b) La reforma del Derecho de sucesiones es menos urgente que la de otras partes del Código, y son las que requieren intervención más urgente las que han de abordarse antes.
- c) En cualquier caso, no debe abordarse la recodificación del Derecho de sucesiones sino en el marco de un proyecto de conjunto de nuevo Código civil español.

También pueden apreciarse algunas ventajas:

- a) Es una materia de contornos precisos, centrada en el fenómeno sucesorio, lo que la dota de gran unidad. Cabe, por tanto, abordarla con relativo aislamiento del resto del Derecho civil.
- b) Hoy el Derecho de sucesiones no es campo propicio para una legislación transformadora de la sociedad, sino que más bien lo que se requiere es trasladar al Derecho de sucesiones las consecuencias de cambios sociales y normativos ya acaecidos, señaladamente en el ámbito de la familia y de la propiedad. Puede decirse que las grandes decisiones ya están tomadas y que, por tanto, las reformas que conviene abordar (más allá de unas pocas cuestiones como las que se proponen en este Ponencia) tienen una dimensión predominantemente técnica.
- c) Tanto en Cataluña como en Aragón se abordó antes el Derecho de sucesiones que el resto del Derecho civil propio. Puede que haya razones específicas para ello, propias de estos Derechos autonómicos, pero parece también indicar que es más fácil emprender la reformulación legislativa del Derecho civil por la materia de sucesiones.
- d) El Derecho de sucesiones del Código ya ha sido objeto de importantes reformas parciales (y otras son tan previsibles como inevitables), que han disminuido su coherencia sistemática. Una reforma de la totalidad podría mejorar la deseable coherencia y facilitar la interpretación y aplicación de las normas, con beneficio para la seguridad jurídica.

Posiblemente, la decisión al respecto se basaría de manera relevante en consideraciones de oportunidad. En cualquier caso, parece interesante conocer la opinión de los miembros de la Asociación sobre este punto.

[34] Es oportuno abordar una reforma global de las sucesiones mortis causa en el Código civil (tanto si se emprende la redacción de un nuevo Código civil como en el caso contrario).

UNA PROPUESTA DE POLÍTICA DEL DERECHO EN MATERIA DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA ENCUESTA FINAL

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

El Plan de trabajo de esta Ponencia, anunciado en abril de 2005, tenía como uno de sus objetivos conocer la opinión de los Profesores de Derecho civil sobre la oportunidad de una reforma del Derecho de Sucesiones del Código civil y las materias o temas sobre los que parecería más necesario u oportuno introducir modificaciones legales, con el fin de formular propuestas de política legislativa. A estos efectos las Encuestas a los miembros de la Asociación resultaban ser un instrumento de primer orden. Tras una encuesta inicial muy abierta, se presentó el cuestionario de la que ahora analizamos en diciembre de 2005, mediante correo electrónico a todos los asociados y colocación en nuestro sitio <http://www.derechocivil.net>.

Hasta 30 de enero de 2006 se han recibido 49 respuestas, que son las que ahora presentamos y analizamos.

El cuestionario contenía 34 preguntas. Para cada una de ella, se pedía mostrar el grado de aceptación a una determinada propuesta de reforma legal mediante la colocación de una señal en una de cinco casillas, ordenadas del siguiente modo:

Totalmente de acuerdo | _ | _ | _ | _ | _ | Totalmente en desacuerdo

La casilla central muestra una actitud neutral, de indiferencia o indecisión (se han incluido en ella también los pocos casos de abstención o falta de respuesta a una pregunta); las otras cuatro, dos grados de aceptación o rechazo.

En los gráficos que siguen, uno para cada pregunta, se muestra en columnas el número de equis en cada una de las casillas. Además, se ha hecho un cálculo de acuerdo con el siguiente criterio:

Totalmente de acuerdo | +2 | +1 | 0 | -1 | -2 | Totalmente en desacuerdo

Es decir, se da un valor doble a las respuestas aprobatoria o reprobatorias de los extremos. Este valor, que, obviamente, puede ser positivo o negativo, se representa en los gráficos en la columna azul de la derecha. El número indica la intensidad de la aceptación o del rechazo a la propuesta.

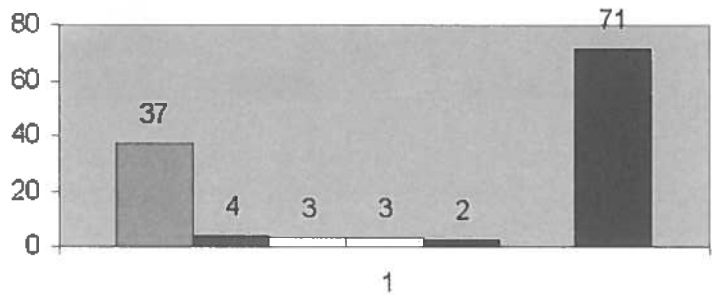
Un ejemplo aclaratorio. En la primera pregunta, el valor 71 que corresponde a la columna azul de la derecha resulta de la siguiente operación: $(37*2)+4-3-(2*2)$.

Los gráficos hablan por sí solos. Al final haré algunos análisis y consideraciones basadas en ellos tendentes a formular las conclusiones que se someterán a la aprobación de los miembros de la Asociación en las Jornadas de Santander.

Objetivo 1: Mejorar la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte

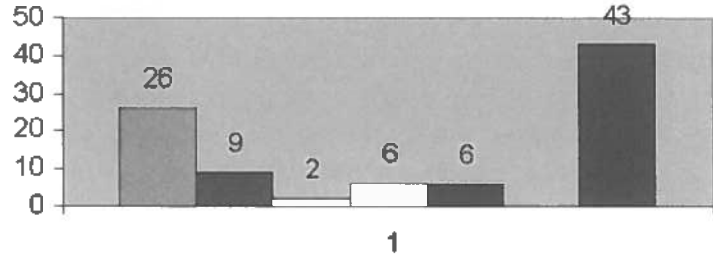
[1] En la sucesión intestada, el cónyuge debe ser llamado, al menos, después del padre y madre del causante, y antes que los demás ascendientes.

Pregunta núm. 1



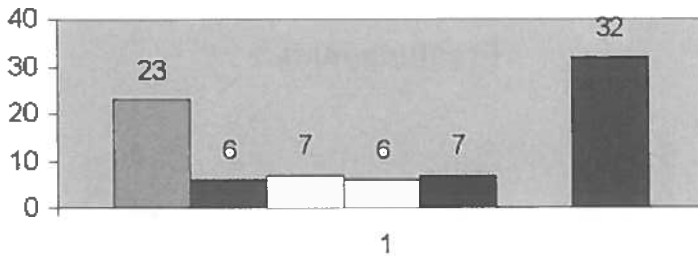
[2] En la sucesión intestada, debe anteponerse el cónyuge a todos los ascendientes del causante.

Pregunta núm. 2



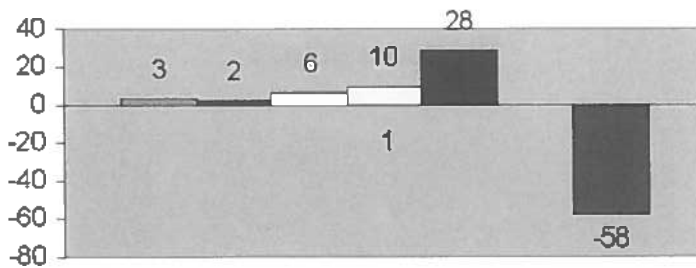
[3] En la sucesión intestada, el cónyuge debe concurrir con los descendientes del causante, en la porción de un tercio (y excluir a todos los ascendientes). (Esta es la propuesta de la Profª. Martínez).

Pregunta núm. 3



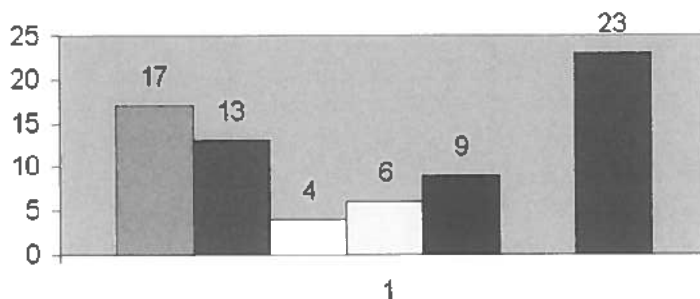
[4] Es mejor dejar como está el orden de los llamamientos de la sucesión intestada.

Pregunta núm. 4



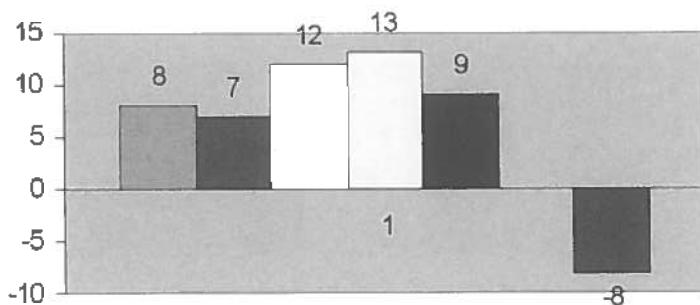
[5] Para el caso de que el cónyuge herede por ministerio de la ley con preferencia a los ascendientes, es oportuno introducir una reserva del tipo de la del art. 811 Cc.

Pregunta núm. 5



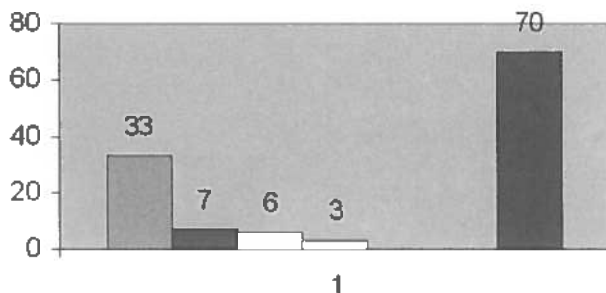
[6] Para el caso de que el cónyuge herede por ministerio de la ley con preferencia a los ascendientes, es oportuno introducir una norma por la que, a su muerte, los bienes que queden procedentes del premuerto sean heredados por los parientes de éste.

Pregunta núm. 6



[7] Deben introducirse en el Código civil las modificaciones necesarias para asegurar la validez del legado de usufructo universal en favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante.

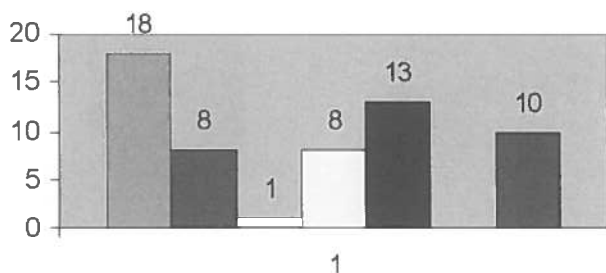
Pregunta núm. 7



Objetivo II: Ampliar la libertad de disposición del causante mediante la reducción de las legítimas

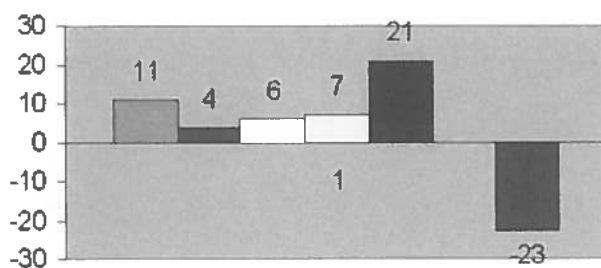
[8] Debe suprimirse la legítima de los ascendientes (salvo atribuciones asistenciales).

Pregunta núm. 8



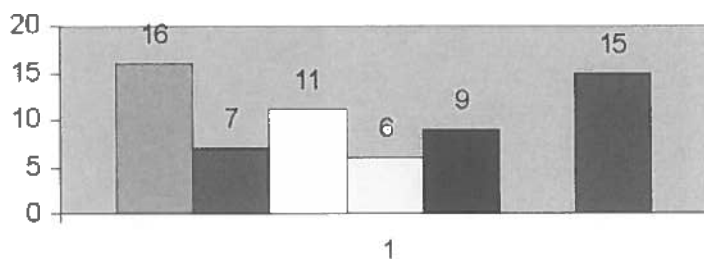
[9] Debe suprimirse la legítima de los descendientes (salvo atribuciones asistenciales).

Pregunta núm. 9



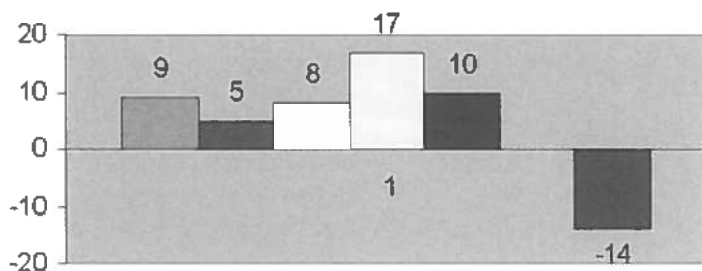
[10] La legítima de los descendientes debe reducirse a la mitad de la herencia. La mitad restante sería de libre disposición.

Pregunta núm. 10



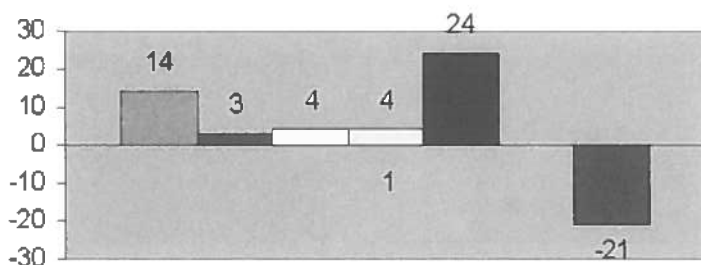
[11] La legítima de los descendientes debe reducirse a un tercio de la herencia. Los dos tercios restantes serían de libre disposición.

Pregunta núm. 11



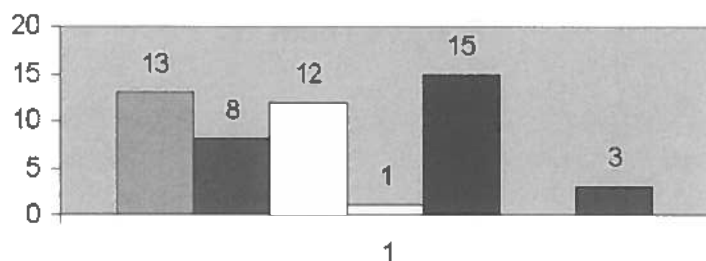
[12] En concepto de legítima no deben reconocerse sino atribuciones asistenciales, a favor del cónyuge, los descendientes y los ascendientes que queden en situación de necesidad.

Pregunta núm. 12



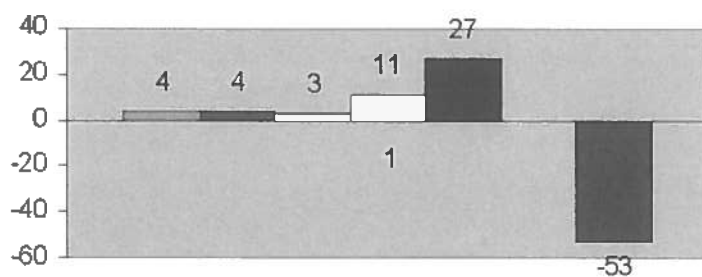
[13] De mantenerse las legítimas, o en la medida en que se mantengan, conviene configurarlas como un crédito contra la herencia.

Pregunta núm. 13



[14] Es mejor dejar el sistema legitimario del Código básicamente como está.

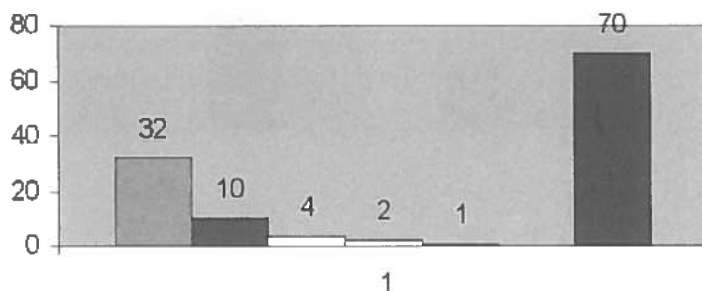
Pregunta núm. 14



Objetivo III: Admitir instrumentos distintos del testamento unipersonal

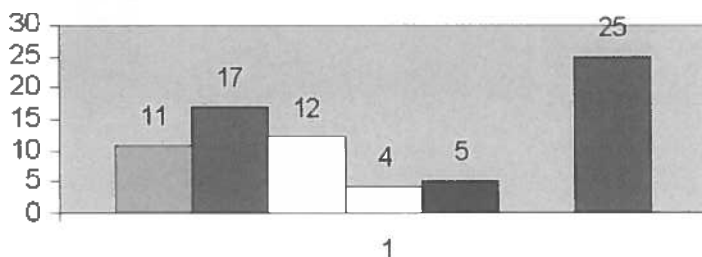
[15] Es conveniente admitir el testamento mancomunado, al menos entre cónyuges.

Pregunta núm. 15



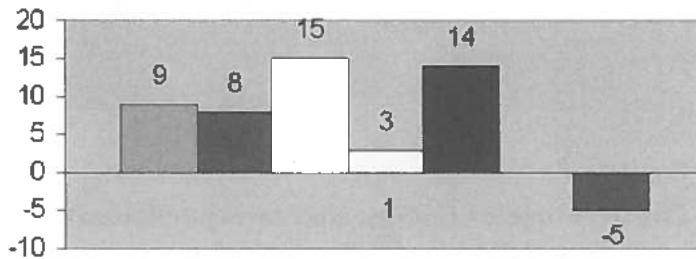
[16] El art. 620 Cc. debe tener el siguiente contenido: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donante pueden hacerse inter vivos, y se registrarán por las disposiciones de este título; pero si tuvieran por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes que queden a su muerte, no podrán otorgarse sino en testamento y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

Pregunta núm. 16



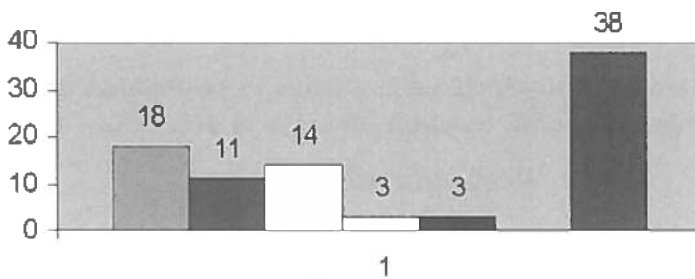
[17] En el art. 639 Cc., que comienza «Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de *algunos de* los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos...», convendría suprimir las palabras «algunos de».

Pregunta núm. 17



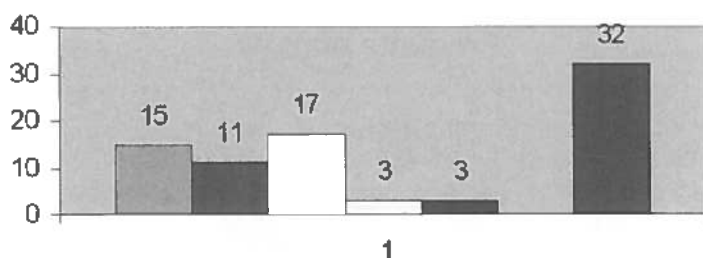
[18] Conviene suprimir el párrafo 2º del art. 1271 Cc.

Pregunta núm. 18



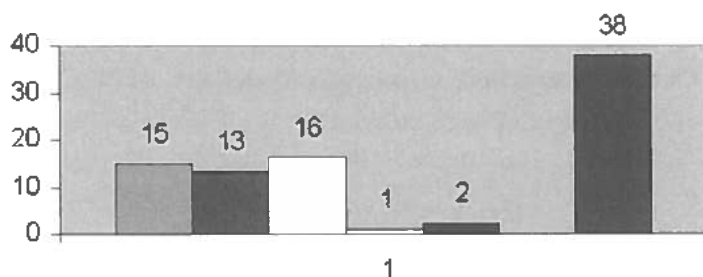
[19] Conviene introducir en el Código civil una regulación pormenorizada de los pactos sucesorios, que propicie su celebración.

Pregunta núm. 19



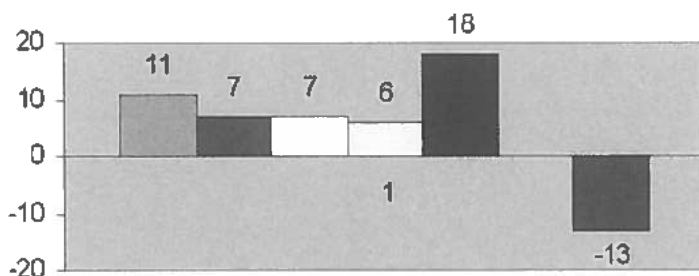
[20] Conviene que el Código admita explícitamente los pactos sucesorios con disposiciones a título particular.

Pregunta núm. 20



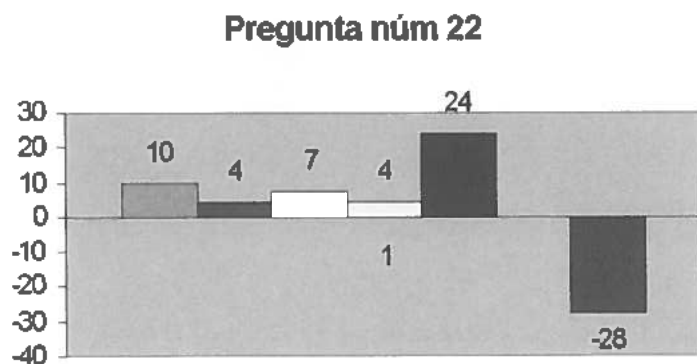
[21] Conviene introducir en el Código la posibilidad de renuncia anticipada de la legítima (es decir, derogar el art. 816).

Pregunta núm. 21



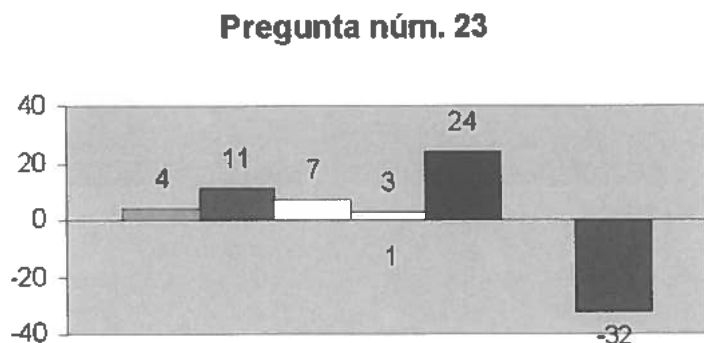
Objetivo IV: Reconocer derechos sucesorios en las uniones estables de pareja

[22] Los convivientes como parejas estables deben ser llamados por ley a la sucesión del premuerto en los mismos términos que los casados.



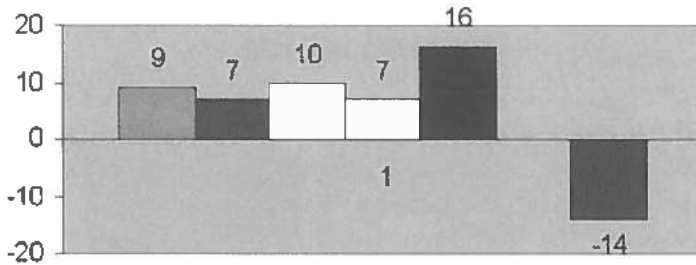
Objetivo V: Reconocer derechos sucesorios en otras situaciones de convivencia

[23] Deben introducirse derechos sucesorios *ex lege* para los supuestos reglados de convivencia entre personas que no son parientes.



[24] Deben introducirse derechos *post mortem* de tipo asistencial para los supuestos reglados de convivencia entre personas que no son parientes.

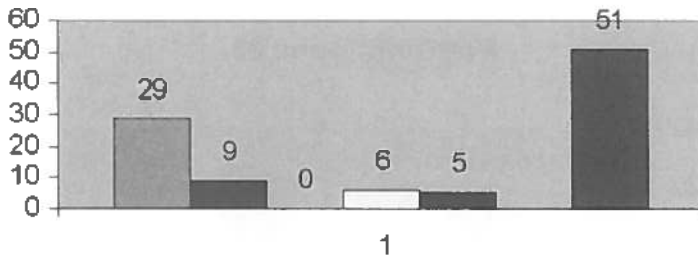
Pregunta núm. 24



Objetivo VI: Hacer más funcional la regulación de la responsabilidad por deudas hereditarias

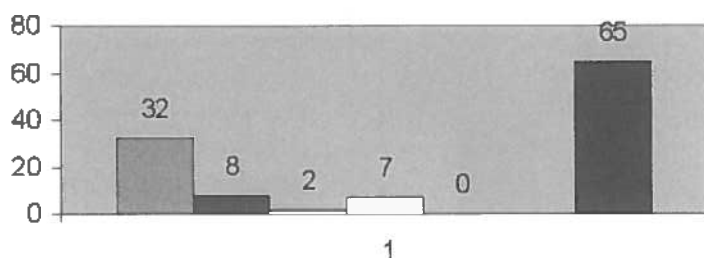
[25] Debe limitarse la responsabilidad del heredero por deudas del causante y por legados y cargas hereditarias a los bienes que reciba del caudal relicto, sin necesidad de hacer inventario.

Pregunta núm. 25



[26] Debe declararse la separación de las masas patrimoniales del heredero y de la herencia en todo caso.

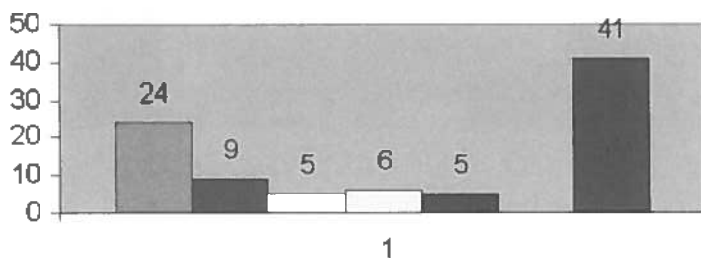
Pregunta núm. 26



Otras cuestiones a) Sobre derecho de representación

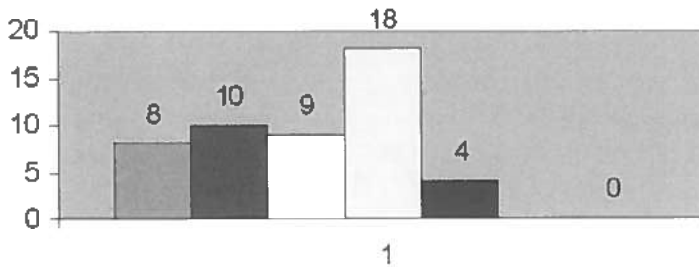
[27] Debe generalizarse el «derecho de representación» a la sucesión voluntaria.

Pregunta núm. 27



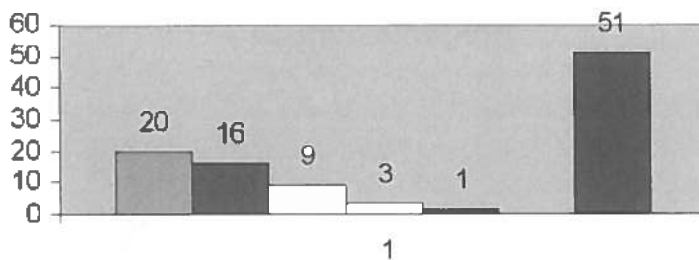
28] Debe admitirse el «derecho de representación» para el caso de renuncia.

Pregunta núm. 28



[29] En los casos de premoriencia, indignidad y desheredación el derecho de representación no debe limitarse a la legítima.

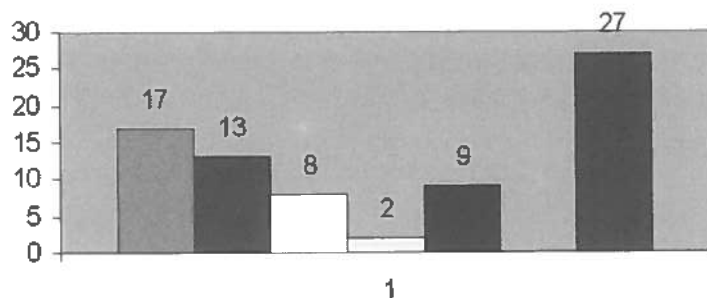
Pregunta núm. 29



b) Sobre preterición

[30] Debe darse nueva regulación a la preterición no intencional, acorde con su función, no tanto de defensa de la legítima, como de atender a la voluntad presumible del causante.

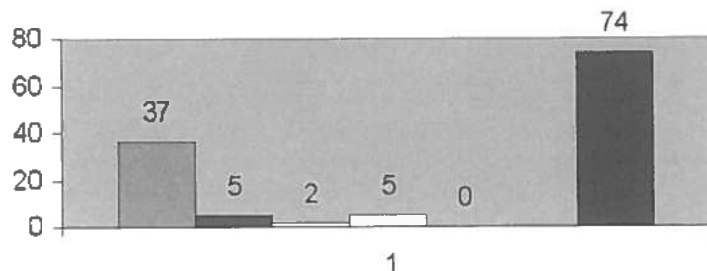
Pregunta núm. 30



c) Otras

[31] Las disposiciones voluntarias de un cónyuge a favor del otro deben quedar sin efecto, salvo voluntad expresa, desde el momento en que se separaron judicialmente o de hecho.

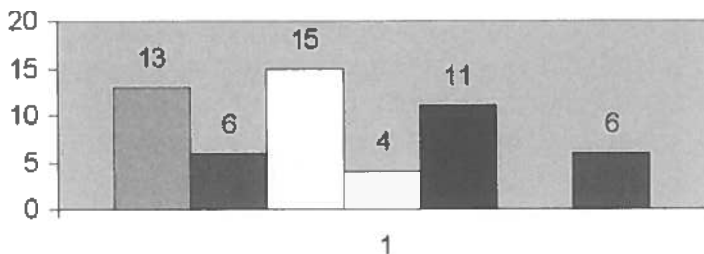
Pregunta núm. 31



Sobre reforma del Código civil

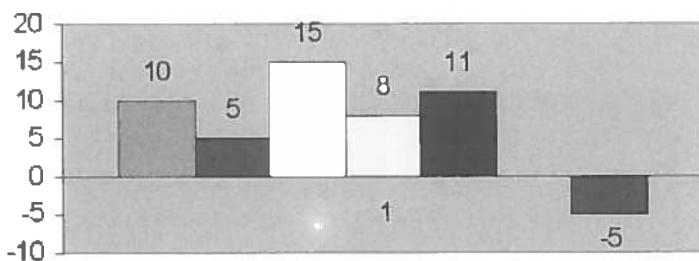
[32] Ha llegado el momento de poner en marcha un proceso legislativo conducente a la elaboración de un Código civil español que sustituya al de 1889.

Pregunta núm. 32



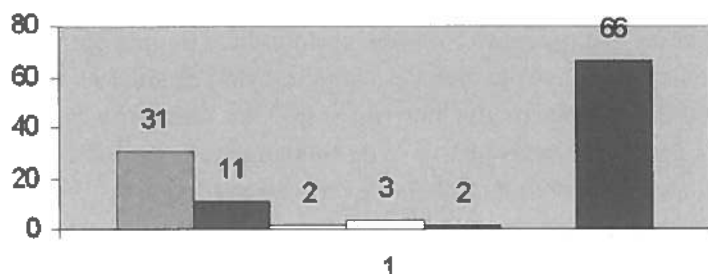
[33] No es conveniente sugerir la elaboración de un Código civil español que sustituya al de 1889.

Pregunta núm. 33



[34] Es oportuno abordar una reforma global de las sucesiones mortis causa en el Código civil (tanto si se emprende la redacción de un nuevo Código civil como en el caso contrario).

Pregunta núm. 34



ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA

En cada apartado, bajo la letra A) se analizan las respuestas, interpretando su sentido; bajo la letra B) se añaden consideraciones del ponente basadas en el anterior análisis.

I. Sucesión intestada

A) Es ampliamente mayoritaria la opinión que pide reformas sustanciales en el orden de los llamamientos de la sucesión intestada (pregunta 4). El consenso es amplísimo en la propuesta de llamar al cónyuge antes que a los ascendientes del causante (preguntas 1 y 2) e incluso en darle entrada en el primer llamamiento, junto con los descendientes del causante, en la porción de un tercio (pregunta 3).

En las preguntas 5 y 6 se considera la posibilidad de tener en cuenta a los parientes del difunto en el caso de que el viudo herede sus bienes por ministerio de la ley. Los encuestados prefieren una limitación en la facultad de disponer del viudo mediante una reserva, como, en efecto, se había sugerido hace tiempo en la doctrina (pregunta 5) a la especie de sustitución legal

de residuo que, inspirada en la Ley de Sucesiones aragonesa, se sugería en la pregunta 6, que es rechazada.

B) La respuesta favorable a llamar al viudo junto a los descendientes (pregunta 3) sugiere reconsiderar la legítima del viudo, en particular su configuración como usufructo. La cuestión debería abordarse en el marco de una reforma global de las legítimas y obligaría a una reflexión previa —que no ha sido objeto de la Ponencia— sobre la razón y finalidad de la legítima del viudo dada la actual regulación del matrimonio y del divorcio.

Ni en la Ponencia ni en la Encuesta se ha hecho cuestión de las reservas. La respuesta a la pregunta 5 puede ser un indicio de una opinión a favor de su mantenimiento, pero un debate explícito sobre el art. 811 y la reserva viudal podría llevar a resultados muy distintos. Por otra parte, la atención a los intereses de los parientes que sirve de fundamento a propuestas como las de las preguntas 5 y 6 podría también llevar a otro enfoque de la cuestión: el viudo heredaría por ministerio de la ley, en general, los bienes de su difunto cónyuge, pero no aquéllos que este recibió, a su vez, de parientes suyos. Un criterio de troncalidad que, ciertamente, también puede suscitar rechazo.

II. Validez del legado de usufructo universal

A) Suscita amplísimo consenso la propuesta de asegurar la validez del legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante. Se sugiere de este modo una especie de «cautela sociniana» legal.

B) Implícitamente, se apoya la práctica de dejar al viudo tanto como sea posible en concurso con descendientes y se da por buena la disociación por tiempo indefinido entre usufructo y nuda propiedad. Esta propuesta creo que ha de entenderse en el marco legal actual, como medida, por así decir, de emergencia, que habría que reconsiderar en el marco de una reforma global de las legítimas (por ejemplo, si las de los descendientes se redujeran a un tercio, quizás parecería suficiente poder dejar los otros dos tercios en propiedad al viudo).

III. Las legítimas

A) La primera constatación es que los encuestados no creen que lo mejor sea dejar el sistema legitimario como está: son amplísima mayoría los que

rechazan esta hipótesis (pregunta 14). Por tanto, ha de entenderse que se propugna una reforma en profundidad de este «núcleo duro» del Derecho de sucesiones constituido por el sistema legitimario.

La supresión de la legítima de los ascendientes (salvo atribuciones asistenciales) tiene apoyo mayoritario, pero también una oposición, aunque minoritaria, fuerte. No deja indiferente a casi nadie (pregunta 8).

La supresión de la legítima de los descendientes (salvo atribuciones asistenciales), por el contrario, es claramente rechazada (pregunta 9), así como una configuración general de las legítimas con finalidad asistencial (pregunta 12).

Los encuestados aceptan la reducción de la legítima de los descendientes a la mitad del caudal computable, lo que, sin duda, es una respuesta muy significativa, aunque también sea de notar el número de indiferentes o indecisos (pregunta 10). No así, por el contrario, la reducción a un tercio, que tiene aproximadamente el mismo grado de rechazo que la anterior propuesta tenía de aceptación.

En cuanto a la configuración de las legítimas como crédito contra la herencia, recibe apoyo por 21 votos frente a 16. Pero es de notar el alto número de indecisos y que las señales de rechazo están todas menos una en la casilla cinco («totalmente en desacuerdo»).

B) La respuesta a la pregunta 14 muestra una clara insatisfacción ante el actual sistema legitimario del Código civil, pero, comprensiblemente, no son tan claras las ideas sobre cómo modificarlo o sustituirlo por otro.

El cuestionario planteaba las que parecen ser las «líneas de fractura» más evidentes del sistema legitimario (es decir, las reformas de fondo, de cierta simplicidad, que, aparentemente, recibirían menor rechazo): reducción de la cuantía y consideración como crédito contra la herencia. La opinión mayoritaria apoya estas, pero no sin fuerte oposición.

IV. Testamento mancomunado

Los encuestados se pronuncian con toda claridad a favor de la admisión del testamento mancomunado en el Código civil (42 de 49; sólo 3 en contra) (pregunta 15).

V. Pactos sucesorios y donaciones mortis causa

A) Hay mayoría absoluta a favor de la supresión del párrafo 2º del art. 1271 Cc. (pregunta 18), así como a favor de introducir en el Código una re-

gulación pormenorizada de los pactos sucesorios (pregunta 19). No es de extrañar, consecuentemente, que aún sean más lo que propician la admisión explícita de pactos sucesorios con disposiciones a título particular (pregunta 20). En todos los casos, son muy pocos los que se oponen.

La renuncia anticipada a la legítima (derogación del art. 816 Cc.) es rechazada claramente (pregunta 21)

La pregunta 16, sobre donaciones inter vivos para después de la muerte del donante con una determinada propuesta de redacción del art. 620 Cc. encuentra acogida claramente favorable; no así la 17, con alto número de indiferentes, que versa sobre una cuestión más circunscrita de redacción del art. 639.

B) El encuestador suponía un rechazo generalizado a los pactos sucesorios, presuposición que se ha mostrado errónea. Por ello se introdujeron preguntas como la 20, sobre pactos sucesorios con disposiciones a título particular, y las 16 y 17, sobre donaciones mortis causa e inter vivos, con objeto de tantear soluciones intermedias o de compromiso. Si se regulan los pactos sucesorios, es claro que el art. 620 debería tener otro contenido.

El rechazo a la posibilidad de renuncia anticipada de la legítima parece que está relacionado con una concepción «fuerte» de ésta, más que con una reflexión sobre la sucesión contractual.

VII. Derechos sucesorios en las uniones estables de pareja y en otras situaciones de convivencia

A) Las respuestas a las preguntas 22, 23 y 24 son claramente negativas.

B) Hay que tener en cuenta que no existe una ley estatal reguladora de las uniones estables de pareja (ni de otras situaciones de convivencia). El rechazo a atribuir al conviviente de hecho los mismos derechos sucesorios abintestato que al cónyuge viudo puede estar también influido por la reforma del Código civil por Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre derecho a contraer matrimonio.

VIII. Responsabilidad por deudas

Tanto la limitación de responsabilidad del herederos como la separación de patrimonios (preguntas 25 y 26) reciben muy amplia aceptación.

IX. Derecho de representación

La generalización del derecho de representación a la sucesión voluntaria tiene amplio consenso (pregunta 27). Aún mayor lo tiene que el derecho de representación en ningún caso se limite a la legítima.

No así la propuesta de admitir el derecho de representación para caso de renuncia (pregunta 28). El empate teórico (índice 0) no debe ocultar que son 22 los votos negativos, frente a 18 afirmativos.

X. Preterición

Amplia aceptación tiene la propuesta de nueva regulación de la preterición no intencional (pregunta 30).

XI. Consecuencias de la separación judicial o de hecho

A) La propuesta planteada en la pregunta 31 es, de todas las de la encuesta, la que ha recibido el apoyo más alto.

B) Parece que la sociedad española no entiende que hereden cónyuges separados, ni siquiera lo que voluntariamente dispuso a su favor el premuerto, como si toda disposición voluntaria hecha por un cónyuge a favor del otro debiera entenderse bajo la condición de no separarse.

XII. Reforma del Código civil y de las sucesiones mortis causa

A) La oportunidad de abordar una reforma global de las sucesiones mortis causa en el Código civil es apoyada muy mayoritariamente: 42 frente a 5 (pregunta 34).

Es también favorable la respuesta a la propuesta de poner en marcha un proceso legislativo conducente a la elaboración de un Código civil español que sustituya al de 1889 (preguntas 32 y 33). Ahora bien, el margen no es muy grande, el número de indecisos alto (15) y, en definitiva, son 19 sobre 49 los que se manifiestan positivamente.

B) Creo que podemos constatar que se ha roto un tabú y los civilistas españoles empezamos a plantearnos el reto de revisar en su conjunto el Código civil español. Es un primer paso. Todavía es pronto para sugerir siquiera modalidades o tiempos.

La clara inclinación mostrada a modificar en su conjunto el Derecho de sucesiones, si se tradujera en iniciativas concretas de los poderes públicos, sería fácilmente el principio de una reforma global del Código.

PROPUESTA DE CONCLUSIONES 31 DE ENERO DE 2006

I. Sobre política legislativa, mejora de la calidad de las leyes civiles y presencia de los profesores de derecho civil en todo proceso legislativo sobre normas civiles

1. Sería deseable que los juristas dogmáticos ampliaran el ámbito de sus tareas intelectuales y desarrollaran los métodos oportunos para incidir en el proceso de producción de las leyes.

2. Sería deseable que, en el ámbito académico universitario, se propiciara el análisis y evaluación de las leyes, con la finalidad de contribuir a su mejora.

3. Sería deseable que en los procesos legislativos sobre normas civiles no faltara, en tiempo y forma oportunos, la opinión de los profesores de Derecho civil, individual o colectivamente. En general, podría abrirse un plazo de «información pública», con incitación expresa a participar dirigida a los miembros de todas las profesiones jurídicas.

4. Sería deseable que en todo proyecto gubernamental de ley de Derecho civil tuviera intervención, al menos como coprotagonista, el Ministerio de Justicia.

5. Sería deseable que todo proyecto de ley que modifique el Código civil fuera elaborado y presentado al Consejo de Ministros por el Ministerio de Justicia y, en su elaboración:

- a) Se partiera de una redacción inicial encomendada en el seno del Ministerio de Justicia a expertos en Derecho civil hábiles en la técnica legislativa.
- b) Se contara al menos con un informe de la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación (cuando no se le encargara la elaboración del anteproyecto).
- c) Se diera ocasión, desde los momentos iniciales de la elaboración ministerial del borrador, para que emitieran observaciones todos

los grupos expertos que quisieran decir algo (abogacía, magistratura, otras profesiones jurídicas). Por lo que a nosotros respecta, las Facultades de Derecho (departamentos o áreas de Derecho civil) deberían contar con suficiente información oficial en todas las fases anteriores a la aprobación del proyecto de ley por el Gobierno.

6. Sería deseable que toda proposición de ley sobre Derecho civil fuera evaluada por expertos en Derecho civil que hicieran llegar su opinión a la Cámara para conocimiento de todos los grupos parlamentarios.

7. Sería deseable que toda enmienda parlamentaria en proyectos de leyes civiles fuera evaluada por expertos en Derecho civil que hicieran llegar su opinión a la Cámara para conocimiento de todos los grupos parlamentarios. Del mismo modo cabría proceder respecto de los acuerdos a que pudieran llegar los grupos parlamentarios.

II. Necesidad de conocimientos empíricos para la formulación y evaluación de leyes civiles

8. Los poderes públicos (Poder Judicial, Ministerio de Justicia) ofrecen, de manera creciente, algunos datos relevantes sobre cumplimiento y efectos sociales de las leyes civiles y, en general, de la vida civil. Es necesario incrementar y mejorar esta tarea de recopilación, sistematización, homogeneización, tratamiento y publicación de datos que puedan formar una verdadera «Estadística civil». Otras instituciones públicas y privadas (entre ellas, las Universidades) podrían contribuir a esta tarea, absolutamente necesaria para aumentar la calidad de las leyes civiles y posibilitar la evaluación de su incidencia en la sociedad.

9. Para la reforma del Derecho de sucesiones del Código, sería de la mayor importancia la realización de una encuesta sobre conocimiento y opinión de los ciudadanos respecto de las alternativas de regulación. Una gran encuesta sobre la reforma del Derecho de sucesiones, que podría ser administrada por el CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas), habría de tener dos partes: una dirigida a la población en general y otra específica a los profesionales del Derecho.

III. Algunas instituciones y normas del Derecho de sucesiones que convendría modificar

10. Es recomendable hacer modificaciones sustanciales en el orden de los llamamientos abintestato, en particular para anteponer al cónyuge viudo respecto de los ascendientes e incluirlo ya en el primer llamamiento junto a los descendientes del causante, en la porción de un tercio.

11. Es recomendable introducir en el Código civil las modificaciones necesarias para asegurar la validez del legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante.

12. Es recomendable una reforma en profundidad del sistema legitimario del Código civil. Cabe sugerir la supresión de la legítima de los ascendientes, salvo atribuciones asistenciales, así como la reducción de la legítima de los descendientes y la generalización de su pago en dinero aun no hereditario. Con todo, debe notarse que una modificación sustancial del sistema legitimario, «núcleo duro» del Derecho de sucesiones, requiere particular estudio y amplio consenso, pues el valor simbólico de estas reglas es muy fuerte.

13. Es recomendable introducir en el Código el testamento mancomunado, al menos entre cónyuges.

14. Es recomendable introducir en el Código una regulación amplia de los pactos sucesorios, con derogación del párrafo 2º del art. 1271. Consecuentemente, habría que modificar algunos preceptos sobre donaciones, en particular el art. 620.

15. Es recomendable limitar la responsabilidad del heredero por deudas del causante y cargas hereditarias a los bienes que reciba del caudal relicto, así como asegurar legalmente la separación de patrimonios.

16. Es recomendable generalizar el derecho de representación a la sucesión voluntaria.

17. Es recomendable dar nueva regulación a la preterición, en particular a la no intencional.

18. Las disposiciones voluntarias de un cónyuge a favor del otro deben quedar sin efecto, salvo voluntad expresa, desde el momento en que se separen judicialmente o de hecho.

IV. Reforma del Derecho de sucesiones y del Código civil

20. Es oportuno abordar una reforma global de las sucesiones mortis causa en el Código civil, que, por tanto, no afectaría solamente a las instituciones y normas arriba indicadas.

21. Cabe plantear la posibilidad de una revisión o reformulación del Código civil en su conjunto, aunque todavía es pronto para sugerir modalidades o tiempos para llevar a cabo una empresa de tal envergadura.

LEGÍTIMA, LEGITIMARIOS Y LIBERTAD DE TESTAR (SÍNTESIS DE UN SISTEMA)

TEODORA FELIPA TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LEGÍTIMA. 1. La legítima como institución del Derecho de Sucesiones. 2. Legítima y Sucesión testamentaria. 3. Legítima y sucesión abintestato. 4. Vocación legitimaria III. LEGÍTIMA: SU NATURALEZA JURÍDICA. 1. El legitimario como heredero. 2. La legítima como *pars bonorum*. 3. Legítima como *pars valoris bonorum*. 4. La legítima como *pars valoris* o simple Derecho de crédito. 5. ¿Tiene la legítima naturaleza plural?. IV. LEGITIMARIOS. V. LIBERTAD DE TESTAR. VI. SINTESIS DE UN SISTEMA.

I. INTRODUCCIÓN

Pocas veces en tan corto espacio de tiempo el legislador por motivos diversos ha reformado nuestro Código Civil en una materia que tantos intereses suscita por sus implicaciones familiares, sociales y económicas, como es el derecho de sucesiones.

Reformas, que como en otras ocasiones han sido erráticas aunque si por algo se caracterizan ha sido por la ausencia de una visión de conjunto¹. Basta con recurrir a ellas para percatarnos de que si bien solucionan problemas que tradicionalmente se venían planteando, en otros lo hacen muy limitadamente. La ley 7/2003 de 1 abril de la Sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 marzo de Sociedades de Responsabilidad limitada su disposición final Primera modifica el párrafo 2º del Art. 1056 CC (de la partición de la herencia hecha por el testador) por el que se amplía el supuesto de indivisión ordenada por el testador no solo a una explotación económica sino también para el control de una sociedad de capital o grupo de estas. El testador en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia puede ordenar la indivisión y que la legítima de los demás legitimarios sea pagada con metálico «extrahereditario» siempre que en la herencia no haya dinero suficiente para su pago². El artículo segundo de la Ley 15/2005, de 8 julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y divorcio da nueva redacción, en el número uno de este a los artículos 834 y 835 CC bajo la rúbrica de Derechos del Cónyuge Viudo y en el número cuatro modifica el artículo 945 CC regulador de la sucesión del cónyuge que concurre a la herencia de su esposo en defecto de descendientes y ascendientes.

La anterior redacción del artículo 945 CC que procedía de la Ley 11/1981, de 13 mayo y que supuso una revitalización del llamamiento del cónyuge supérstite apartando con ello a los colaterales³ no tuvo en cuenta que en el artículo 834 CC el derecho legitimario del viudo debía su permanencia a que la separación lo hubiere sido por culpa del difunto aún cuando esta como causa de separación había sido erradicada con la reforma que la Ley 30/1981, de 7 julio había realizado en la regulación del matrimonio en el Código civil y de las causas de nulidad, separación y divorcio. Este desajuste legal entre el

1 V. Que por el contrario si que se ha operado en los Derechos Civiles Autonómicos. Claros ejemplos nos ofrece desde el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 31 de diciembre, o la Ley 1/1999, de 24 febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, de Aragón.

2 V. REVERTE NAVARRO, A. «Sucesión *Mortis Causa* en la Empresa y Sucesión Legitimaria (Notas al nuevo artículo 1056 II Código Civil)», Discurso leído el día 25 de junio 2004 en el acto de recepción como académico de número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2004, pág. 13 ss.

3 V. PEREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 34 y ss.

artículo 945 CC según el cual la separación por sentencia firme o de hecho, por mutuo acuerdo que conste fehacientemente impide el llamamiento intestado del cónyuge superviviente a la herencia del causante así como la permanencia de la cuota legitimaria a favor del viudo si la sentencia consideraba la culpabilidad del difunto en la separación como entendíamos que debía operar⁴ ha sido solucionado con la nueva redacción tanto del artículo 834 como del 945 CC: en ambos se dan los mismos presupuestos: «no hallarse separado del cónyuge causante judicialmente o de hecho»

No menor es el alcance de la incidencia que la Ley 41/2003, de 18 noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad tiene en el contenido de la rúbrica «de las legítimas» respecto de las cuales se excepcionan principios tradicionales de nuestro Derecho de sucesiones. Sin embargo desde el ámbito subjetivo de la ley, la justificación de tales excepciones se plantea de lo mas, el hijo o descendiente ha de estar incapacitado (Art.808 y 813) a lo menos, el hijo o descendiente ha de ser discapacitado, (Art. 2 nº 2 y 3 LPPD) en cuyo caso ha de estarse a la Disposición adicional cuarta del Código Civil incorporada por el Art.13 LPPD a tenor del cual «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041 se entenderá hecha al concepto definido en la ley de protección de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad»⁵.

En cambio no se alude a la situación de los hijos o descendientes según lo previsto en el supuesto del artículo 821 CC «legado de finca que no admita cómoda división» ni en el artículo 831 CC al regular la delegación de la facultad de mejorar al cónyuge superviviente o, aunque no tenga esta condición la persona delegada, si hay hijos comunes según la regla 6 si bien se introduce una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad: en el ejercicio de tal facultad, se prevé la posibilidad de que tanto las legítimas como las demás disposiciones del causante a favor de sus

4 V. EGUSKIZA BALSAMEDA, M^a.A. *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 23 y ss. V. RDGR 15 de marzo 2005 (RJA).

5 V. TORRES GARCÍA, T.F., «La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados», en *Protección jurídica y patrimonial de los Discapacitados*, AA.VV., Coordinado por BELLO JANEIRO, D. Ed. EGAP, Nº 32, Santiago de Compostela, 2005, pág.349.

hijos o descendientes sean satisfechas con bienes aunque no procedan del causante, esto es que no formen parte del caudal hereditario; el párr. tercero de la regla 3ª así lo establece: «aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades». Cuestión que no obstante ya la doctrina había considerado, en aquellos preceptos que en el Código Civil se refieren solamente al «metálico extrahereditario» para satisfacer determinados derechos legitimarios, artículos 841 y 1056 Párr. 2º CC pero no a bienes no pertenecientes al caudal hereditario, y lo había extendido también a estos⁶. Con carácter general hay que resaltar que como consecuencia de las modificaciones de Derecho de sucesiones iniciadas por esta Ley 41/2003 se recibe en algunos artículos del Código la expresión «legítima estricta», así artículo 782, Párr. 3º del artículo 808, artículo 831 regla 3ª Párr. 2 y 3 CC aunque sí se venía utilizando habitualmente para designar a ese tercio del haber hereditario del que no se puede disponer, sino a favor de los hijos o descendientes tanto por parte de la doctrina⁷ como de la jurisprudencia civil⁸.

Pero así como las modificaciones del Derecho de sucesiones que se han operado por la Ley 41/2003 cuando el hijo o descendiente es discapacitado, artículo 756 nº 7, 822 y 1041 párr. 2º CC han consistido o bien en añadir la especialidad o bien esta se concreta en un derecho de habitación de especiales características, cuando el hijo o descendiente está incapacitado judicialmente se consagra una excepción al principio comúnmente admitido de la intangibilidad cualitativa de la legítima de suerte que el testador-padre o ascendiente-puede gravar la legítima estricta de los demás coherederos forzosos con una sustitución fideicomisaria en beneficio del hijo o descendiente incapacitado, Art. 200 CC La técnica seguida por el legislador ha sido la de añadir un Párr. 3º al artículo 808 CC en el se fija el gravamen y se despoja a la legítima estricta de su

6 V. ROCA GUILLAMÓN, J. «La protección de los mayores en el Derecho Civil». Discurso de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, el 22 octubre 2004. Murcia, 2004, pág. 77. RUIZ RICO-RUIZ MORÓN, J. «La reforma del Derecho de Sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, 2004, nº 4, pág. 384.

7 V. BERMEJO PUMAR, M.M. *Instituciones de Derecho Privado*, Coord. J.G. de MIGUEL, Tomo V, *Sucesiones*, Volumen III, *Las atribuciones legales*. Coord. M. GARRIDO MELERO, Ed. Consejo General del Notariado - Thomson - Civitas, Madrid, 2005, pág. 126 ss. ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho Sucesorio*, Ed. Edelco, Sevilla 1951, pág. 77 y ss.

8 V. STS 26 abril 1997 (RJA 3542) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA; STS 9 julio 2002 (RJA nº 8237) Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, por citar alguna significativa pero es bastante frecuente su expresión.

intangibilidad; Igualmente en el artículo 813 en su Párr. 2 CC se añade una segunda excepción a la en el ya contemplada-solo en los casos expresamente determinados en la ley, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo⁹ y lo establecido en el artículo 808 CC se acude a la figura de la sustitución fideicomisaria para con ella gravar la legítima, desarrollándose según las previsiones del artículo 782 CC y ss. Pero así como la excepción del usufructo del viudo en cuanto gravamen es de origen legal, artículo 807.3 CC, artículos 834, 837 y 838 y 840 CC, jugando a favor de los herederos su conmutación igual que el del nº 3 del artículo 820 CC, en cambio la excepción que como sustitución fideicomisaria va a gravar la legítima estricta de los otros legitimarios, estos ante la decisión del testador-padre no tienen otra opción que la de adquirir sin más la condición de fideicomisarios¹⁰.

La actualidad del tema de «las legítimas y legitimarios» no se limita a nuestro entorno sino que trasciende de este espacio y ello en un doble sentido: Por una parte está la presentación ante la Comisión de las Comunidades Europeas con fecha 1 de marzo del 2005 del llamado «Libro Verde de Sucesiones y Testamentos»¹¹; por otra, la revitalización que esta materia está siendo objeto en aquellos países de nuestro acervo cultural que se han propuesto modernizar sus respectivos textos legales en la sucesión legítima o legal. La presentación ante la Comisión del libro verde de Sucesiones y Testamentos se hace con el propósito de encontrar una solución a los problemas concretos de ciudadanos que siendo protagonistas de una sucesión transnacional se enfrentan a una disparidad de normas sustantivas que regulan la materia en los Estados miembros. Pero al estar excluidas las sucesiones de las normas comunitarias de Derecho Internacional privado, la solución viene por aprobar normas armonizadas a nivel Europeo abordando prioritariamente la cuestión de la ley aplicable que potencialmente podrían abarcar legítima, y condición de heredero, pues otro tema será el decidir que criterio de vincu-

9 V. COSSIO Y CORRAL, A. DE, «Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente» *Revista de Derecho Privado*, 1957, pág. 131 y ss. REAL PÉREZ, A., *El usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Ed. Montecorvo, Madrid 1988, pág. 173 y ss.

10 V. DÍAZ ALABART, S. «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente: Art. 808 reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Revista de Derecho Privado*, 2004, pág. 261 y ss.

11 V. SEC (2005) 270) Bruselas 01.03.2005 (Com (2005)65). El programa de La Haya (4 y 5 de noviembre 2004) invitó a la Comisión a presentar un Libro Verde que aborde la problemática en su conjunto: ley aplicable, competencia y reconocimiento, medidas administrativas (certificado de últimas voluntades, registro de los testamentos).

lación es el que puede servir de guía para determinar la ley aplicable ya que bien como cuota legítima o como reserva los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros prevén la protección de los familiares de un difunto que hubiera deseado desheredarles¹².

De alcance diferente es la propuesta con la que los diversos ordenamientos están renovando su derecho de sucesiones. La ley francesa de 3 diciembre 2001 (derechos del cónyuge sobreviviente y de los hijos adulterinos) da nueva redacción al Art. 914.1 concediendo al cónyuge supérstite no divorciado un cuarto de la herencia en plena propiedad en defecto de descendientes y ascendientes —una reserva hereditaria— sin perjuicio de un derecho de disfrute sobre la vivienda habitual y su mobiliario si bien limitado temporalmente al año siguiente al de la apertura de la sucesión, artículo 763 Code¹³ aunque estos derechos como precisa el propio precepto son efectos directos del matrimonio y no derechos sucesorios. La concesión de los derechos sucesorios del Art. 914.1 (Code Civil) al cónyuge supérstite se hace intentando conciliar su posición —persona con la que el causante ha compartido su vida— y los fundamentos de la reserva en los vínculos de sangre propios del sistema germánico, por ello su carácter excluyente y no concurrente ni con descendientes ni ascendientes¹⁴.

Sin embargo como todas las reformas parciales la Ley 2001/1135, de 3 de diciembre, no afectó mas que a esos aspectos particulares del derecho de sucesiones, pero de ello surgió la necesidad de dotar de una regulación mas moderna a aspectos del derecho sucesorio que prácticamente no han cambiado desde 1804. Con este fin se presenta el 22 mayo 2002 en el Senado una proposición de Ley para modernizar no solo el derecho sucesiones sino

12 V. STS 13 octubre 2005 (1828/05), *La Ley*, Año XXVI, n° 6354, Martes 8 noviembre 2005, pág.1. Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN, Reserva y sucesión intestada en el Derecho Italiano. Es decir, al cónyuge demandante se le debe atribuir dos tercios de la herencia de su esposa como heredero *ab intestato*, a cuya porción debe imputársele el legado que se atribuyó en pago de su legítima. RUGGIERO, D.G. «Legato in favore dei legittimari e successione ab intestato» *Rivista Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2003, n° 3, pág.740 y ss.

13 V. «Le Statut Patrimonial du conjoint survivant». Actes de la 5^e tournée d'études juridiques JEAN RENAULD, sous la direction de J.L. RENCHON et F. TAINMONT, Ed. Etablissement E. Bruylant S.A., Bruxelles 2004, pág.5 y ss. El Art.12 del Project de Loi portant réforme des successions et de libéralités, de 2005, añade un n° 2 al art. 914 Code. PEREÑA VICENTE, M. «La reforma del Derecho Sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 diciembre de 2001». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2003, pág. 2855.

14 V. KONDYLL, I. *La protection de la famille par la reserve hereditaire en Droit français et grec compares*, Ed. L.G.D.J., n° 275, Paris 1997, pág. 221 y ss. PÉREZ ESCOLAR, M. «El cónyuge supérstite en la sucesión intestada», *op.cit.* págs. 170-197 y 22.

también las donaciones. La primera parte abarcaba el derecho sucesorio cuyo fin era facilitar la gestión del patrimonio hereditario así como simplificar y acelerar el procedimiento de partición evitando en lo posible el acudir a la partición judicial. En cambio en la segunda parte son las liberalidades objeto de su propuesta. Es de destacar la pretendida supresión de la revocación automática de la donación por la supervivencia de hijos así como la necesidad de admitir los pactos sucesorios. Sin duda podemos hacer nuestras, las orientaciones alrededor de las cuales giraba la proposición de Ley de 2002:

- 1ª. Facilitar y hacer mas segura la reglamentación de las sucesiones.
- 2ª. Aumentar la libertad de disponer poniendo cuantos medios conduzcan a ello¹⁵.

Recientemente y con base en el Proyecto anterior enunciado se ha presentado un nuevo Proyecto de Ley para reformar el Derecho de Sucesiones y Liberalidades. Ha sido debatido en la sesión 24.2.2006 del Senado y se basa:

- a) Que esta reforma era esperada por las familias y los profesionales del Derecho.
- b) Que el derecho de sucesiones casi no ha sido reformado desde 1804;
- c) Que la reforma se articula a través de tres principios:
 1. Simplificar y hacer más seguro la reglamentación de las disposiciones mortis causa.
 2. Aumentar la libertad de disposición a través de dos figuras, que son:
 - a) Sustituir la partición in natura de la actual reserva hereditaria por una reserva de valor.
 - b) Autorizar los pactos sucesorios; con ello se facilitaría la transmisión de empresas, pudiendo los coherederos elegir al sucesor, lo que incluso será útil si hay un heredero discapacitado.

Tal es la amplitud de la reforma de este proyecto de ley de 2005 que no se limita solo a los preceptos del Código Civil sino que se extiende al Code Rural: las disposiciones que preceden son aplicables a la

15 V. YSÁS Y SOLANES, M.- SALVADOR CODERCH, P.- GARRICA GORINA, M. «La legítima en el Dret Comparat: Franca, Italia, Gran Bretaña i Alemanya», en Materials V Jornades de Dret Catalá a Tossa, Cent anys de Codi Civil desde Catalunya, Tossa de Mar, Ed. PPU, Barcelona 1990, págs. 259 a 309. En estos ordenamientos de diferente configuración de la legítima, se estudia ésta desde el ámbito subjetivo y de su naturaleza, así como las diversas formas de pago, con anterioridad a estas propuestas legislativas.

explotación agrícola, Arts. 412-414 y 14 Code Rural. Con ello se amplía el ámbito de las atribuciones preferenciales y el testamento-partición se facilita con la nueva regulación así establecida.

No hay duda que la importancia de la reforma está además impuesta por esos doscientos años transcurridos desde 1804 sin apenas sufrir modificación, esta parte tan importante del Derecho Civil.

II. LEGÍTIMA

Iniciar un estudio de Derecho de Sucesiones con esta evocación supone el concitar las mas variadas posiciones doctrinales sobre cualquier aspecto que de ellas queramos resaltar ya que nos encontramos ante una institución que presenta diversas variantes¹⁶ que no se ha despojado de su configuración histórica¹⁷ y que con todas las reformas legales que ha sufrido y ello tanto desde un aspecto subjetivo, Art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 mayo¹⁸ como en su contenido el Art. 1º de la Ley 41/2003, de 18 noviembre al afectar a principios comúnmente admitidos en materia de legítima¹⁹ estas, aun cuando se pensó suprimirlas o sustituirlas, se mantienen previa adaptación a la nueva realidad social²⁰.

16 V.CÁMARA, M. de la, *Compendio de Derecho Sucesorio*, 2 edic., actualizada por A. ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Ed. La Ley, Madrid 1999, pág. 175, advierte de la complejidad que ofrece un estudio de la legítima en profundidad

17 V. VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1955, pág. 8 y ss., ha estudiado en profundidad todos los aspectos relacionados con las legítimas.

18 V. LACRUZ BERDEJO, J.I.- SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, en *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V., Ed. Bosch, Barcelona 1988, pág. 468, se critica la opción seguida por el legislador en cuanto a la unificación del régimen de legítima que en el Código civil se hacía para los hijos legítimos, a todos los hijos: tanto matrimoniales como extramatrimoniales, art. 108 CC. Cuando se podía haber elaborado una solución nueva a través de institutos pensados exclusivamente para la nueva situación.

19 V. REAL PÉREZ, A. *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 8. AA.VV. «Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados», Xornadas e Seminarios, Ed. Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005, pág. 143 y ss. Lo único que corresponde, dice GÓMEZ GALLIDO, es reclamar un debate más amplio sobre la naturaleza de la legítima en el Código civil.

20 V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Derecho Civil (V). Derecho de sucesiones*, Coord. por A.M. LÓPEZ - V. MONTÉS - E. ROCA, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 1999, pág. 304 y ss., por la fecha no se puede referir ni a la nueva redacción de los artículos 1056, párrafo 2, 808, 813, 782, 834 y ss., ni al art. 945 CC.

A tenor de lo precedente estamos ante una reedición de la rica y compleja problemática sostenida durante el periodo codificador que aunque no desaparecida del todo, a pesar de los años transcurridos en la actualidad ha vuelto a plantearse²¹. Se puede señalar como entonces ésta se centró en la opción o por un sistema de amplia libertad del causante para disponer de sus bienes o por el contrario, el que todos los bienes que deje al morir el causante están destinados por la ley a los mas próximos parientes, en especial a los descendientes si los tiene ya que durante ese periodo codificador estaba vigente la llamada Ley de Mostrencos de 9-16 de mayo de 1835 sobre la regulación de los bienes vacantes mostrencos y abintestatos y que aunque en el proyecto de Código Civil de 1851 se intentó, a través del Art. 773 como fórmula de conciliar con las legislaciones forales²² regular los derechos del viudo a la herencia de su cónyuge, fue la Base 17 de la Ley de Bases de 11 mayo 1888 donde por primera vez se reconoce a favor del viudo o viuda el usufructo que alguna de las regiones especiales le conceden a este pero limitándolo «a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos que ha de cesar el usufructo».

Si bien la tesis favorable a la libertad de testar contó en ese periodo con importantes valedores lo que propicio un vivo debate²³, al final dominó la opinión de que el sistema de legítimas que era el tradicional o del derecho de Castilla sería el que debía permanecer en la obra codificadora y aunque así se hizo, no hay que olvidar que, la cuantía de la legítima experimentó una notable reducción así como que se incorporaron ciertas innovaciones en relación con el derecho anterior. A las materias de las reformas se refiere la Base 16 de la Ley de 11 mayo 1888... « El haber hereditario se distribuirá en partes iguales: una que constituirá la legítima de los hijos, otra que podrá asignar

21 V. ALONSO PÉREZ, M. «Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos», Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca 1998, pág. 58 y ss.

22 V. GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil Español*, Tomo II, Ed. Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid 1852, pág. 188 y ss. Revocada la base de la Comisión General que atribuía al viudo o viuda el concepto y derechos de herederos forzosos... revocada no sólo por ser irregular, monstruoso y chocante con todos los principios que rigen la material. GIL BERGA, J. *Los Mostrencos en el Tribunal Supremo*, Pamplona 2003, reimpr. De la Ed. La Académica, Zaragoza 1920, pág. 42 y ss.

23 V. VALLET DE GOYTISOLO, J.B. «Significado jurídico y social de las legítimas y de la libertad de testar», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pág. 3 y ss. Ib. SÁNCHEZ ROMÁN, L.F.: *Estudios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Vol. VI. 2ª ed. Ed. Sucesores de Rivademeyra, Madrid 1910 págs. 727 ss.

el padre a su arbitrio como mejora entre los mismos y otra que podrá disponer libremente...». Con ello se excluye el que la ley contribuyera a favor de un sistema de acumulación hereditario forzoso impensable en este momento aunque había favorecido la conservación de los mayorazgos pues su finalidad era la de mantener esos patrimonios unidos a través de titulares únicos y sucesivamente vinculados²⁴. En el sistema consagrado en la Base 16 se intenta conciliar el significado de ambas opciones: sistema de legítima larga si se incluye el tercio de mejora que es legítima para los extraños pero no para los descendientes si el causante dispone de ello a favor de alguno o de todos, y el tercio de libre disposición que, como su denominación indica, el testador puede libremente disponer a favor de quien quiera ya que respecto de ella no está limitado por ninguna razón de parentesco ni de matrimonio²⁵.

1. La legítima como institución del Derecho de Sucesiones

Desde que el Código Civil opta por el sistema de legítimas como forma de regular la sucesión de las personas varias de las cuestiones que se plantean es preciso decir que no han gozado de la unanimidad en su resolución. Podemos señalar que a ello sin duda ha contribuido el que las diversas posturas hayan sido mantenidas por autores que gozan de un gran prestigio científico²⁶ que han influido como era de esperar en la toma de posiciones por

24 V. CLAVERO, B. *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Ed. Siglo XXI de España Editores S.A., Sevilla 1962, pág. 211 y ss. *Ib.*, «Formación doctrinal contemporánea del Derecho Catalán de Sucesiones: La primogenitura de la libertad». La reforma de la Compilación: El sistema successorio». Tossa del Mar, Setembre 1984, Materials. III Jornades de Dret Català a Tossa, UB 1984, pág. 9 y ss. Debate constituyente: Libertad contra legítima.

25 V. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español y Foral*, Tomo VI, Vol. II, *Sucesión testamentaria. Sucesión forzosa*, 7ª ed. Revisada y puesta al día por J. BATISTA MONTERO-RÍOS, J.Mª CASTÁN VÁZQUEZ y J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Ed. Reus, Madrid 1975, pag. 492, sobre los sistemas legitimarios seguidos en el Derecho comparado: sistema de legítima parcial con una parte de distribución igualitaria y otra con posibilidad de distribución libre o mejora entre los legitimarios e incluso entre todos los descendientes. Es el sistema de nuestro Código Civil. LÓPEZ BURNIOL, J.J. «Las limitaciones a la facultad de disposición». «La reforma de la Compilación: El sistema successorio», Tossa de Mar, Setembre 1984, Materials. III Jornades de Dret Català a Tossa. UB 1984, pág. 65 y ss.

26 Hay que destacar especialmente la controversia mantenida en las páginas del Anuario de Derecho Civil entre PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 850 y ss.; y VALLET DE GOYTISOLO, J.B. «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima y «aclaraciones» acerca de la naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pág. 2 y 833. ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho Sucesorio Mortis*

la doctrina civilista²⁷ así como que también se vieron consagrados en los ordenamientos jurídicos²⁸ los cuales partiendo de posturas antagónicas, difícilmente lo por ellos mantenido, sería susceptible de lograr puntos de encuentro y ello aunque sus posiciones queden englobadas bajo denominaciones tan etéreas como puede ser la de naturaleza jurídica de la legítima en cuanto que con ello se están decantando sobre cuestiones como son a qué sistema sucesorio se alinea el Código civil; cuál es el título por el que recibe los bienes el legitimario; si la legítima opera en la sucesión testamentaria o también en la abintestato o con independencia de ambas añadiendo la especial naturaleza que tiene en nuestro derecho la llamada legítima del cónyuge viudo, tanto en su llamamiento como en su extensión.

La primera toma de contacto con la legítima se obtiene a través del Art. 806 CC el cual previo concepto o definición de ésta regula su estudio a través de los diversos sujetos destinatarios del patrimonio hereditario: Hijos o descendientes, a falta de ellos, los ascendientes y el cónyuge viudo o viuda. (Art. 807 CC).

Sin embargo la parquedad de su regulación hace que tengamos que preguntarnos si la legítima como contenido institucional solo se da en la sucesión testamentaria o se extiende también a la intestada o incluso tiene entidad suficiente para constituir una vocación sucesoria especial y como tal tercera forma de llamamiento. La cuestión se plantea porque en los textos normativos bien como modo de adquirir bien como modo de deferir la herencia solo se alude a la sucesión testada e intestada Art. 609 párr. 2º CC ubicado en los diferentes modos de adquirir y transmitir los derechos reales y el Art. 658, según el cual, la sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestado en testa-

Causa, Ed. Edelco, Sevilla 1951, pág. 177 y ss. COSSÍO Y CORRAL, A. DE, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1975, pag. 926. LACRUZ BERDEJO, J.L.-SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, II, Ed. Bosch, Barcelona 1973, pág. 228. ROCA SASTRE, R. M^a., «Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la *debita pars valoris bonorum*», *Revista de Derecho Privado*. 1944, pág. 184 y ss.

27 V. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Ed. Tecnos, Madrid 1989, pág. 26 y ss. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a., «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2003, pág. 5339. REAL PÉREZ, A., *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid 1988, pág. 371 y ss., PÉREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, Ed. Dykinson, Madrid 2003, pág. 287 y ss.

28 Es de destacar la incidencia que tuvo la posición de ROCA SASTRE, R. M^a., «Naturaleza jurídica de la legítima», *op. cit.*, pág. 184 y ss., sobre la doctrina catalana y diversos textos legales.

mento y a falta de este por disposición de la ley aunque también podrá deferirse en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley, cuyo colorario está en lo dispuesto en los Arts. 764 y 912²⁹.

2. Legítima y Sucesión testamentaria

Podemos comenzar señalando como esta ha sido la tesis clásica mantenida por la doctrina antes y después del Código civil Autores representativos de la etapa precodificadora tanto GARCIA GOYENA³⁰ como B. GUTIERREZ³¹ quienes justifican la inclusión de la legítima en la sucesión testamentaria ya que es la voluntad del testador la que origina la puesta en marcha de esta institución de carácter imperativo. Abundando en esta incardinación de que la legítima es propia de la sucesión testamentaria esta resultara configurada como una restricción a la libertad de disposición *mortis causa* por ser la voluntad privada ,manifestada en el testamento quien pone el rumbo sucesorio a los bienes³² o como señala VALLET³³ la legítima es un freno a la libertad dispositiva del causante, lo que aunque sea sin querer, al no acotar a cuál de ellos atribuye esa limitación, la extiende solo a los actos dispositivos *mortis causa* vía testamento, —Art. 667 y 620 CC— aunque la legítima también limita los actos a título gratuito *inter vivos*. Frente a estas

29 V. GARCÍA RUBIO, M^a.P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Ed. Civitas, Madrid 1989, pág. 61, 94. SOUSA, E.C., *Legítima do Cônjuge sobrevivivo. Estudo Comparado hispano-português*, Ed. Coleccao Teses Almeida, Coimbra 2004, pág. 102 y ss., donde realiza un riguroso estudio sobre la materia.

30 V. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Tomo II, *op. cit.*, pág.88: la materia de últimas voluntades y más particularmente la de la porción legítima es la que presenta mayor variedad en los Códigos; entre los romanos fue embrolladísima... Conviene leer la memoria por mí presentada a la Comisión y que va por apéndice número 7 del final del título siguiente, pág. 325 y ss.

31 V. *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo 3, Ed. Librería de Sánchez, Madrid 1871, pág. 294 y ss. «...hemos creído poder llamar legítima española».

32 V. ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho Sucesorio Mortis causa, op.cit.*, pág. 177, enuncia el capítulo XVII como «Restricciones a la libertad de disposición Mortis causa», siendo las legítimas una de las limitaciones del *ius disponendi mortis causa*.

33 La propia denominación de la monografía se identifica con la postura mantenida por el autor: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas.*, II, Ed. INEJ, Madrid 1974, pág. 763: «la calificación de nuestro sistema como negativo, freno o limitación no pretende ser una calificación absoluta».

consideraciones debe reseñarse la postura de DIEZ PICAZO Y GULLON³⁴ al estudiar la legítima independientemente de la sucesión testamentaria y de la legal, evitando así encuadrarla ni en una ni en la otra.

3. Legítima y sucesión abintestato

Así como la doctrina, aunque con variantes, ha admitido que la legítima es institución que opera en la sucesión testamentaria, cuando intenta trasladar esta institución a la sucesión intestada son más los que opinan negativamente que aquellos que la acogen con fervor. Las razones de su rechazo se centran fundamentalmente en su contenido, al ubicar la legítima del cónyuge viudo dentro de la sucesión intestada y en la posibilidad de accionar en la defensa de su derecho que tiene el legitimario. Las razones, cualquiera de ellas con entidad suficiente para justificar su exclusión.

La primera cuestión si bien quedaba reducida en supuestos concretos como sucedía cuando se intentaba introducir el usufructo universal del cónyuge viudo en la intestada³⁵ frente a su admisibilidad vía Art. 820 n° 3 o vía doctrinal de la llamada opción compensatoria de la legítima o cláusula *socini*³⁶ en la testada, no lo ha sido para aquél sector doctrinal que ha mantenido que con independencia de que por existir colaterales o incluso el Estado Art. 913 CC y no proceder al deferir la sucesión abintestato a favor del viudo por no reunir los requisitos del Art. 945 CC, persisten los derechos legitimarios en usufructo del cónyuge viudo. Postura que en la actualidad después de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio dando nueva redacción a los

34 V. *Sistema de Derecho Civil*, IV. *Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, Ed. Tecnos, 8ª ed., Madrid 2001, pág. 417, ubica las legítimas después de la sucesión testamentaria y antes de la sucesión no testamentaria. En realidad el sistema legitimario del Código civil no tiene sustantividad propia para construir una especie de sucesión legal entre la testada e intestada.

35 V. REAL PÉREZ, A. «Sentencia 3 diciembre 2001», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n° 58, 2002, pág. 393, donde distingue claramente entre el usufructo viudal testamentario del art. 820.3º CC –donde hay vocación hereditaria– y cuando el testador ordena una cláusula *socini* –estableciendo entonces dos vocaciones hereditarias alternativas.

36 V. MARGARIÑOS BLANCO, V. «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, 2005, pág.4; poco a poco se han ido abriendo vías de libertad aunque exiguas, unas de origen doctrinal, como las cláusulas de opción compensatoria cuyo líder fue VALLET DE GOYTISOLO, J.B. «Cautelas de opción compensatoria de la legítima», *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. III, Ed. Montecorvo, Madrid 1981, pág. 243. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela Gualdense o Socini y el art. 820.3 del Código civil*, Ed. Dykinson, Madrid 2004, pág. 163 y ss.

Art. 834 y 945 no puede seguir manteniéndose³⁷. Igual solución debe darse a la segunda No hay duda de que quedan excluidos determinados medios protectores del legitimario, así ni el Art. 815 CC ni el Art. 819 n° 1 CC pero si proceden aquellos que tienen como fin la determinación del caudal hereditario (Art. 818 CC) en cuanto que el modo de realizar el cálculo de la legítima no depende del tipo de sucesión ya que el cálculo legitimario es una operación unitaria referida al total del patrimonio neto hereditario con adición de las donaciones ínter vivos realizadas por el causante³⁸. No obstante debe mantenerse que también en la sucesión abintestato opera la legítima. Aunque en cuanto al viudo o viuda se pasa de una legítima concurrente con la de hijos descendientes o ascendientes a un llamamiento abintestato excluyente en concurrencia de unos o de otros. (Art. 807, 943, 944 y 945 CC.)

4. Vocación Legitimaria

Ha sido doctrina mayoritaria la que ha venido rechazando, con base en los mencionados textos normativos, que no es posible encuadrar en nuestro sistema sucesorio un tercer tipo de vocación y que incluso en aquellos casos en los que los derechos legitimarios hubieran sido cuantitativamente no cubiertos, la operatividad de la legítima no implica una sucesión autónoma forzosa, sino la apertura parcial de la sucesión intestada a favor del legitimario que hubiera sido lesionado. Así el apoyo de esta tesis parece avalado en los casos de preterición intencional y desheredación injusta, Art. 814 párr. 1° y Art. 852 CC ya que el legitimario preterido o desheredado entra en la sucesión recibiendo su porción *ab intestato*³⁹. De la STS de 13 mayo 1985⁴⁰ así

37 V. PÉREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op.cit.*, pág. 322; cuestión distinta será en estos casos determinar por virtud de qué título se recibe el derecho de la legítima. La diferencia entre la legítima del viudo y la sucesión intestada en RDGRN 25 junio 1997 (RJA n° 4571). RDGRN 16 marzo 2005 (RJA n° 3479).

38 V. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. *La legítima en la sucesión intestada*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 159 y ss. Aunque no creemos que deba colacionar vía art. 1035 CC.

39 V. CÁMARA, M. DE LA, *Compendio de Derecho sucesorio*, *op.cit.*, pág. 183 y ss., no puede hablarse de un tercer tipo de delación hereditaria. VALLET DE GOYTISOLO, J.B. «Aclaraciones acerca de la naturaleza...» *op. cit.*, pág. 833.

40 RJA n° 4052. Ponente Excmo. Sr. D. ANTONIO FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, aunque el supuesto de hecho es anterior a la Ley 11/1981 «... está fuera de duda que el testador no quiso proveer al preterido de todo su patrimonio y por tanto que únicamente ha de respetarle la legítima...».

parece deducirse y esta es la postura que mantiene el Prof. MIQUEL GONZALEZ⁴¹ encuadrando su posición ante la preterición de un heredero forzoso prevista en el Art. 814.1 CC según la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. «Preterición a secas referida a todos los herederos forzosos».

La cuestión planteada es si el heredero forzoso recibirá su legítima directamente de la ley o por el contrario se reabrirá la sucesión abintestato a favor de todos los herederos forzosos o solo del preterido o injustamente desheredado. Ambas posturas, como sucede en otras cuestiones del derecho de sucesiones necesariamente irreconciliables. Rechaza la idea de que la legítima sea recibida *ex lege* aunque se reconoce que esta postura tiene a su favor que si el preterido, en este caso, solo le corresponde la legítima no es coherente abrir la sucesión intestada, si en ella no ha de obtener la cuota intestada⁴². Frente a ello también se ha sostenido que el legitimario puede rechazar lo recibido del testador y reclamar su legítima o incluso puede repudiar la herencia deferida testamentaria o abintestato a favor de su legítima. Pero para quien admite la posibilidad de una vocación legitimaría distinta de la deferida por voluntad del causante y de la legal, existen dos posiciones doctrinales que se diferencian cuantitativamente, ya que o bien lo es sin límite alguno o por el contrario reservado para el legitimario que se encuentra en supuestos especiales.

GORDILLO CAÑAS⁴³ adelanta la posición de ESPEJO LERDO de TEJADA⁴⁴ al decir que «la legítima constituye como vocación sucesoria una especial y como tal tercera forma de llamamiento, que permite al legitimario impugnar los actos lesivos de su derecho forzoso y que como forma de suceder, le otorga una peculiar y positiva posición en la sucesión». Para justificar

41 V. «La preterición», *op.cit.*, pág. 5344, cuando se anuncian tendencias en contra de las legítimas parece importante deshacer la equívoca vinculación de la preterición con la legítima, ya que la preterición como institución autónoma se justifica en cuanto plantea un problema sobre la voluntad del testador respecto de personas íntimamente vinculadas con él y que son herederos abintestato especialmente cualificados por ser también herederos forzosos.

42 V. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. «La naturaleza de la legítima» *op. cit.*, pág. 871, «...hoy está más claro que la preterición (salvo la no intencional de descendientes) no produce la apertura de la sucesión intestada sino que lo que ocurre es que se manifiesta el peculiar llamamiento del legitimario y en su estricta medida...».

43 V. «Prólogo» a *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, de M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Ed. Marcial Pons, Madrid 1996.

44 V. *La legítima en la sucesión intestada, op.cit.*, pág. 271: parece necesario postular la existencia de un título sucesorio a favor del legitimario del que es necesario exponer sus caracteres.

su postura parte de que la legítima constituye fundamentalmente un derecho y que este derecho tiene incluso fuerza para producir la transmisión de los bienes necesarios para cubrirla en el caso de que el legitimario no haya sido cumplido por el causante⁴⁵. Por ello el legitimario adquiere los bienes en virtud de su derecho a la legítima y en la cuantía exigida para garantizarlo, de suerte que la legítima así considerada funciona como un tercer modo de suceder cuya calificación como normal o excepcional será paralela a la que se da a la legítima dentro del sistema sucesorio.

La postura que limita a supuestos especiales la vocación legitimaria cuenta con la autorizada opinión del Prof. LACRUZ⁴⁶ que ve como en determinados casos el legitimario se encuentra insatisfecho con su legítima bien porque cuantitativamente no le ha sido satisfecho bien, por que ha sido preterido o injustamente desheredado. ¿Por virtud de que título puede entrar en la sucesión este legitimario, se pregunta? En esta misma línea REVERTE NAVARRO⁴⁷ en contra de la postura clásica considera que si el llamamiento en estos casos es abintestato no se explica por qué si se abre especialmente la sucesión intestada no entran todos los posibles llamados sino solo el perjudicado. Pero además hay situaciones de legitimarios⁴⁸ como es el supuesto del cónyuge viudo que al concederse su legítima, n° 3 Art.807 CC, en usufructo y poder concurrir a ella con otros legitimarios, Art. 834 CC, en cambio puede no tener derechos abintestatos si viven parientes en línea recta del causante, Art. 930 CC; sin embargo en este caso el cónyuge tiene en virtud de un especial llamamiento de la ley derecho a su legítima. Aquí es la ley en la que se basa el llamamiento a la legítima⁴⁹.

45 V. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. *La legítima en la sucesión intestada, op.cit.*, pág. 277

46 V. *Derecho de sucesiones, Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 460 y ss., bajo la rúbrica de «Singularidad de la base de cálculo de la legítima. ¿Es ésta una tercera clase de vocación *mortis causa*?». Señala cómo no existe una sucesión necesaria como regla general, ni tampoco con caracteres unitarios.

47 V. «Sucesión *mortis causa* en la Empresa y sucesión legitimaria», *op.cit.*, pág. 38 y ss., «... una cosa son las declaraciones genéricas de la ley y otra el sentido y finalidad de las propias instituciones diseñadas por ella y de acuerdo con ella deben interpretarse las dos formas de suceder previstas en el art. 658 CC».

48 V. ORTEGA PARDO, G. «Hereditario testamentario y heredero forzoso», *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 323 y ss. En la adquisición del legitimario estamos ante un tercer tipo de sucesión o *tertium genus* entre la sucesión testamentaria y la abintestato.

49 V. CÁMARA, M. DE LA, *Compendio de Derecho Sucesorio, op.cit.*, pág. 183... «no puede hablarse tampoco de la existencia de un tercer tipo de delación hereditaria referida concre-

Esta vocación legitimaria se diferencia de las otras dos, porque aquí el llamamiento procede de la ley y en la testamentaria de la voluntad del causante y, de la legal porque en ésta solo son llamados los parientes en línea recta, Art. 930 y 935; además el patrimonio que sirve de base para computar las cuotas es diferente; en la vocación legitimaria, el *relictum* mas el *donatum*⁵⁰ así como por el carácter imperativo de las normas que regulan la legítima frente al carácter dispositivo del llamamiento abintestato, Art. 912 CC.

Son casos especiales de vocación legitimaria mortis causa (aun cuando sean de caracteres no unitarios): A) Cuando el legitimario para adquirir cuantitativamente lo que le corresponde ejercita la acción de complemento para que su adquisición y con ello su legítima alcance el montante preceptuado por la Ley⁵¹. B) En caso de desheredación injusta, se llama por la ley al des-

tamente a una parte de la herencia (como acontece en el Derecho italiano) y ha sucedido también para el nuestro todo lo cual es congruente con el art. 658 CC que no admite más que dos tipos de delación, la testamentaria y la abintestato». Totalmente correcta su posición en contra de la viabilidad de la vocación legitimaria pero lo más sorprendente es que a continuación admite que la legítima del cónyuge viudo es un supuesto de llamamiento *ex lege* a la legítima. Para aclarar esta afirmación no duda, no obstante, de añadir que estamos ante una legítima profundamente diferente en muchos aspectos a la de los descendientes y ascendientes.

50 V. STS 21 abril 1990 (RJA nº 272) Ponente Excmo. Sr. D. Jose Luis ALBARCA LÓPEZ, «La doctrina científica predominante al interpretar el precepto del art. 818 CC viene entendiendo que para el cálculo de la legítima... deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación... y que así se desprende de la interpretación conjunta de los arts. 808 y 818 CC, preceptos de los cuales el primero determina las cuotas que constituyen la legítima, señalando la proporción y el segundo el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales». STS 17 marzo 1989 (RJA nº 2161) Ponente Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, en igual sentido.

51 V. STS 8 MARZO 1989 (RJA nº 2023), Ponente Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES. Acción de complemento de legítima. «Para pedir ésta es necesario antes conocer el montante del *quantum* o valor pecuniario que por legítima estricta corresponde a cada uno de los legitimarios». STS 15 febrero 2001 (RJA nº 1484), Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN: «... las acciones de reclamación y suplemento no comportan ni la anulación del testamento ni la de la institución de heredero y que son los artículos 813 y 817 los títulos para ejercitar el complemento». El Tribunal Supremo cita la STS 20 febrero 1980 (RJA nº 534), Ponente Excmo. Sr. D. José A. SEIJAS MARTÍNEZ, en la cual, aunque en un supuesto de donaciones imputables a la legítima, se dice que «... el heredero forzoso a quien en vida haya hecho alguna donación el causante no puede considerarse preterido ni desheredado, sólo puede reclamar que se le complete su legítima al amparo del art. 815 CC.». STS 6 abril 1998 (RJA nº 1913), Ponente Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES. Acción de reclamación de legítima. La causante, madre, declara que no deja nada en el testamento a dos de sus hijos -Pilar y Juan José- por haberles donado en vida su legítima. No probada la existencia de dichas donaciones, la Audiencia declara nula la institución de heredero de sus otros cinco hijos. Pero el TS declara que aunque la Audiencia no haya logrado captarlo, estamos ante una preterición intencional o, en su caso, una desheredación injusta

heredado, en concurrencia con el llamamiento voluntario de los demás sucesores, Art. 851 CC. Hay un llamamiento realizado por la ley solo al desheredado; C) preterición intencional de un legitimario, Art. 814.1 CC. No hay anulación de la institución de heredero, solo se reduce esta, entrando a suceder el preterido por obra de ley, (cuota legitimaria)⁵². Todos los casos mencionados están unidos «Por que el llamamiento legal opera solo a favor del perjudicado y solo en la medida del perjuicio en su legítima».

Pero además de estos supuestos especiales de vocación legitimaria se podría añadir el llamamiento legitimario del cónyuge viudo que tiene su consideración como heredero forzoso en el nº 3 del Art. 807 CC estando en el Art. 834 CC recogidos sus derechos legitimarios. Pues bien, que en este caso hay un llamamiento *ex lege* es defendido incluso por quien niega que exista un llamamiento específico a la legítima⁵³ aunque esta afirmación le haya hecho cambiar de opinión acerca de lo que mantenía con anterioridad: negativa a admitir la existencia de una vocación legitimaria distinta de la testamentaria y de la abintestato, lo que nos permite establecer una jerarquía de normas en sede sucesoria: legítima, sucesión voluntaria y abintestato. Art. 609 párr. 2, 658,764 párr. 2, 806 y 912 CC.

que supone la anulación de la institución de heredero, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o injustamente desheredado. Un dato curioso: son los pronunciamientos sobre los mismos hechos: Institución de herederos a unos hijos excluyendo ad so por haber recibido en vida donaciones. Uno, anulación de la institución de heredero por haber habido preterición intencional o desheredación injusta, pero no en su totalidad, sino parcialmente; el otro, hay colación porque así lo ha querido el donante-causante, o porque la naturaleza del acto así lo requería: que para colacionar es necesario que lo quiera el donante-testador, vía arts. 1042, 1044 CC.

52 V. STS 9 julio 2002 (RJA n 8237). Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional. Aunque la primera cuestión no plantea problema – la acción de reclamación de la filiación es imprescriptible, arts. 132 y 133 CC. Los efectos de la acción de petición de herencia se concretan en considerar al preterido como legitimario, art. 807.1 CC, reduciéndose la institución de heredero, niega que los preteridos, legitimarios, reciban la legítima a través de la sucesión intestada y la cuantía de aquella será la legítima estricta, si bien lo será en ejecución de sentencia donde se fijen los bienes concretos; luego está admitiendo que el preterido tiene una vocación legitimaria que puede activar como tal legitimario. V. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a., «Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional. STS 9 julio 2002», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 10, 2003, pág. 436. Se pronuncia en contra del contenido de la sentencia en orden a sus efectos. En la misma línea doctrinal debe encuadrarse el STS 24 febrero 2005 (RJA nº 2912), Ponente Excmo. Sr. D. Rafael RUIZ DE LA CUESTA. V. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E., «Institución de heredero a favor del cónyuge y de la descendencia: preterición de hijo extramatrimonial e incidencia de la separación conyugal», *Revista de Derecho patrimonial*, nº 15, 2005, pág. 490 y ss.

53 V. CÁMARA, M. DE LA, *Compendio de Derecho sucesorio, op.cit.*, pág. 184 y ss.

La existencia de esta vocación legitimaria también ha sido apreciada en varias resoluciones judiciales en las cuales el supuesto de hecho se centraba en la pretensión de herederos preteridos siendo su derecho cuantificado en dos tercios por no concurrir el heredero forzoso con otros legitimarios; así la Sentencia 7 octubre 2004⁵⁴ o en un tercio, como legítima estricta por concurrir con otros legitimarios⁵⁵.

¿Se ha incorporado un nuevo supuesto de vocación legitimaria?

Habría que pensar si este se ubica en el párr. 2º del Art. 1056 CC después de la reforma de la Ley 7/2003, de 1 de abril ...el testador podía usar de la facultad concedida en este artículo... «Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia».

III. LEGÍTIMA: SU NATURALEZA JURÍDICA

Si nos atenemos a lo que el Art. 806 CC contiene al conceptuar a la legítima como «porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos», poco o nada se puede añadir, a no ser las críticas que recibe por parte de la doctrina⁵⁶ y que en el se concita parte de las dos concepciones, romana y germánica sobre las que se construye nuestro derecho sucesorio⁵⁷; en poco más se está de acuerdo.

Estas diferencias quedan concretadas en lo que ha venido conociéndose como naturaleza jurídica de la legítima. De ella depende según la posición que adoptemos el que se dé una solución u otra a la propia categoría del legitimario. En concreto si este es un heredero o simplemente el titular de un derecho de crédito frente a los bienes de la herencia, o si es por la forma de

54 RJA nº 6230. Ponente Excmo. Sr. D. Clemente AUGER LIAÑO.

55 V. STS 6 julio 2004 (RJA nº 5100). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael RUIZ DE LA CUESTA. Impugnación de la partición por hijo extramatrimonial del causante. No procede.

56 V. LACRUZ BERDEJO, J.L.- SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho Civil*, V, *op.cit.*, pág. 4477, «...poco afortunado, ni útil, ni se corresponde con la posterior regulación de la legítima...». ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, *op. cit.*, pág. 184 y ss.: Copia casi literal del art. 1784 CC portugués de 1866 y que a su vez proviene del art. 647 del proyecto de 1851.

57 V. NUÑEZ LAGOS, R. «El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil», *RGLJ*, 1951, pág. 13 y ss., VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Apuntes de Derecho sucesorio*, *op.cit.*, pág. 8 y ss.

pago, si este derecho ha de ser satisfecho en bienes de la herencia o por el contrario se cumple con esta obligación abonando a cada legitimario el valor de su parte proporcional que puede serlo por los demás legitimarios o herederos en bienes o también en metálico hereditario o extrahereditario; Art. 841 y 1056.II CC. Incluso después de la reforma que en el Derecho de sucesiones se lleva a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo⁵⁸ de la dicción de la rúbrica a los Arts. 841 a 847 Código civil «Pago de la porción hereditaria en casos especiales» podría deducirse que la regla general es el pago de la legítima en bienes de los Arts. 806 ss CC y la de los Arts. 841 a 847, especial⁵⁹. ¿Será suficiente el pago de las legítimas en casos especiales, Arts. 841 ss para cambiar la naturaleza de la legítima?

Aparte de las formulaciones doctrinales que sobre ella se han manifestado, cabría adicionar que la confusión que gira en torno a la legítima no tiene su origen en la situación anterior al Código civil sino que en su regulación subyace el carácter transaccional de muchos de los preceptos de derecho sucesorio, transacción que opera entre la configuración de la llamada legítima del Derecho de Castilla en la que el legitimario es heredero y la llamada «legítima foral» que es con este tenor cómo se regula en la Ley 267 FN de Navarra⁶⁰ o ahora en el Art. 171 y ss de Ley de Sucesiones por causa de Muerte de Aragón⁶¹, pero también se tuvo que ver afectada por el «Título» por el que la legítima puede ser recibida.

58 V. art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (BOE 18 de mayo), de Modificación del Código civil en materia de filiación patria potestad y régimen económico del matrimonio.

59 V. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. «La naturaleza de la legítima», *op. cit.*, pág. 863. LACRUZ BERDEJO, J.L.- SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho de sucesiones, op.cit.*, pág. 446. Frente al Derecho de Castilla en los Derechos forales se tiende a la libertad de testar: así en Navarra se introduce tal libertad por obra de la Costumbre confirmada luego por ley, conservando un derecho de legítima formal. En Aragón se permite disponer libremente entre los hijos o descendientes- únicos legitimarios.

60 V. Ley 267: «La legítima Navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos *febles* o *carlines* por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la calidad de heredero y el instituido en ella no responderá». V. HUALDE MANSO, T. *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, Ley 267*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2002, pág. 791 y ss.

61 Artículos 171 a 176 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón (BOA nº 26 de 4 de marzo 1999) que derogó el art. 89 a 142 Libro II de la Compilación de Derecho civil de Aragón. V. MOREU BALLONGA, J.L., «Aportación a la doctrina sobre la legítima Aragonesa en contemplación de su futura reforma legal», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pág. 97 y ss. SERRRANO GARCÍA, J.A., «La reforma de la legítima aragonesa», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof.Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, *Derecho de*

Poco nos dice el Art. 640 del Proyecto Código Civil de 1851⁶² «Llama-se herederos forzosos aquellos a quien la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarle sin causa justa y probada de desheredación». Pero teniendo en cuenta que a tenor de la Base 1 de la Ley 11 mayo 1888 de Bases del Código Civil: «El Código tomará por base el Proyecto de 1851 en cuanto se halle contenido en este el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio». Esta cuestión se sigue señalando de tan alto interés social que es la que mas divide la legislación foral de la Castellana. Actualmente como dato positivo a tener en cuenta, es que hoy, los ordenamientos jurídicos civiles forales a diferencia de lo que señaló el Prof. LACRUZ⁶³, están ya íntegramente conservados.

Son diversas las posturas que bien como naturaleza jurídica o bien como sistemas jurídicos pueden concebirse en orden a considerar la legítima.

1. El Legitimario como heredero

Sin duda esta postura parece estar justificada en la propia definición que da el Art. 806 CC. El legitimario que no aparece con esta denominación en el mencionado precepto sino como heredero forzoso necesariamente será el sucesor universal del causante. Sus razones están en el Derecho histórico medieval en el cual el contenido patrimonial del testamento quedaba reducido a las mandas, un quinto a favor de extraños conocido como cuota del alma ya que los otros cuatro quintos constituían la legítima y de ella no se podía libremente disponer.

Sucesiones, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2003, pág. 5537, legítima basada según los arts. 171 y ss: a) en la libertad de elección de heredero; b) en que el legitimario puede recibir la legítima colectiva por cualquier título gratuito, c) y, además, que sólo tienen esta condición los descendientes. V. CERCEDA MARTÍNEZ, J. «Título VI. De la legítima», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1999, pág. 111, donde se señala las importantes modificaciones que se introducen en relación con la Compilación de 1967.

62 V. GARCÍA GOYENA, F, *Concordancias...*, op. cit., pág. 92, en los comentarios al precepto podemos destacar dos ideas: que los herederos destinatarios de la legítima son llamados en línea directa y que la legítima es derecho natural, *debitum naturale*, según expresión recogida en Las Partidas (VI, Leyes 17, tít.I y 7 Tit. II). REPARAZ PADROS, M. «La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pág. 1190, alternativa propuesta a la legítima de descendientes tal y como figuraba en el Derecho catalán, más amplia que la de Aragón o Navarra.

63 V. *Derecho de Sucesiones...* op. cit., pág. 452 y ss.

La legítima es por tanto una parte de la herencia-bien hereditario- que se reserva a determinadas personas llamadas por ello herederos forzosos. Desde esta configuración que tiene su máximo exponente en el Código francés, a través de la reserva hereditaria el legitimario es heredero siendo el Art. 731 Code donde se establecen los llamamientos: parientes y cónyuge.

El máximo valedor de esta concepción que implica que el legitimario reciba los bienes a título de herencia ha sido PEÑA BERNALDO DE QUIROS⁶⁴ para quien los legitimarios son herederos y por tanto sucesores a título universal Art. 660 CC y lo son con carácter forzoso, cualquiera que fuera la determinación del testador .Si bien aunque dicha postura haya sido mantenida monográficamente no quiere decir que otros autores no la hayan sostenido tanto desde posiciones mas tradicionales ,así el Prof. ROYO MARTINEZ⁶⁵ y COSSIO⁶⁶ como abordando el estudio de otras instituciones sucesorias⁶⁷.

Esta posición, aunque minoritaria en nuestra doctrina, cuenta no obstante con importantes argumentos defensivos en especial que el legitimario en cuanto tal es titular —únicamente por el hecho de serlo— de un sistema de acciones protectoras de su legítima frente a disposiciones del causante que le perjudiquen⁶⁸ ubicadas en el Código Civil a continuación de la determinación de los legitimarios: Art. 813 intangibilidad cualitativa de la legítima con la excepción del párrafo segundo a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado (Ley 41/2003), Art. 814 párr. 1º, Art. 815, Art. 817, Art. 819 y 820 CC.

La cuestión que podría plantearnos es el título por el que el legitimario entra en esa sucesión al ejercitar la acción protectora de su derecho. Porque ni el título ni la condición de los legitimarios ante las acciones protectoras es idéntica.

Efectivamente no todo legitimario se encuentra en la misma posición. Nadie duda del carácter especial de la legítima del viudo —vocación, con-

64 V. «La naturaleza de la legítima», *op.cit.*, pág. 876 y ss.

65 V. *Derecho Sucesorio...op. cit.*, pág. 185 y ss.: nuestro Código civil estima a la legítima como *pars hereditatis* y tiene por heredero al legitimario.

66 V. *Instituciones de Derecho Civil II, op. cit.*, pág. 927 y ss.

67 V. MIQUEL GONZÁLEZ, J.Mª., «La preterición» *op.cit.* pág. 5361.

68 V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Derecho de sucesiones...op. cit.*, pág. 373; en la doctrina se suele distinguir entre acción de suplemento cuando se trata de reducir la institución de heredero, o acción de reducción cuando afecte a legados y donaciones. STS 17 marzo 1989 (RJA nº 2161), Ponente Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.

mutación y garantías- además la no aplicación a esta legítima de ciertas medidas protectoras en cuanto que, el Art. 819.1º CC imputación de donaciones, se reserva a los hijos o descendientes; también se origina su exclusión en tema de colación y ello aún cuando estamos ante una institución que, además de operar tanto en la sucesión testada como en la abintestato y subjetivamente estar limitada a los herederos forzosos (art. 1035 CC) y aunque a tenor del Art. 807 nº 3 CC el viudo o viuda, tenga esta categoría, no está obligado a colacionar⁶⁹. En cuanto a reducción de legados al carecer de la condición de heredero es un sucesor a título singular y a este habrá que estar para su calificación.

Las posiciones adoptadas a la hora de justificar el título o concepto por el que el legitimario adquiere el complemento de su legítima o el importe correspondiente a la reducción de legados o donaciones se hace floreciendo de nuevo la distinta conceptualización de la legítima; hay quien piensa que la adquisición se verifica a título de sucesión intestada; otros que el complemento se recibe por el mismo título por el que se ha recibido la parte de legítima ya satisfecha: a título de herencia o a título de legado de acuerdo con la vía por la que la legítima se ha dejado o bien que estamos en presencia de una vocación legitimaria es decir de un llamamiento directo a la legítima que opera excepcionalmente por disposición legal; basta con recordar los supuestos que mencionamos dentro de esta vocación o bien que estemos ante una vocación atípica que no da lugar a una adquisición *mortis causa* típica⁷⁰ que en consecuencia no es posible que esta entrada forzosa del legitimario se produzca según los cánones de heredero y legatario⁷¹ en cuanto que goza de un título especial que le confiere derechos específicos Sin embargo no hay que olvidar el doble freno que esta postura doctrinal encuentra en su formulación: uno es el contenido del Art. 815 CC: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título

69 V. STS 25 octubre 2000 (RJA nº 8549). Ponente Excmo. Sr. D. Román GARCÍA VARELA. PÉREZ JIMÉNEZ, M.T., «Los sujetos de la colación», *Libro homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Vol. II, Ed. Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, pág. 3791. REAL PÉREZ, A. *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 128 y ss.

70 V. CÁMARA, M. DE LA, *Compendio...op. cit.*, pág. 217 y ss. Esta vocación atípica guardaría cierta semejanza con los llamados legados legales.

71 V. REVERTE NAVARRO, A. «Sucesión mortis causa..op. cit.», pág. 41 y ss. y del mismo autor, «Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil», en *Libro Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Vol.II, Ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2005, pág. 4145.

menos de la legítima que le corresponde...de acuerdo con ello, el legitimario puede recibir la legítima por vía de herencia, legado donación o lo que es lo mismo puede ser heredero, legatario o donatario, complemento si bien limitados como legitimarios a los ascendientes y descendientes pero no atribuible al cónyuge viudo⁷² que queda así excluido. El segundo esta íntimamente unido con su expansión: aún cuando la Jurisprudencia casi monolíticamente mantiene que la legítima es *pars hereditatis*, la STS 22 noviembre 1991⁷³ llega a decir que «la legítima del derecho moderno es el resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de portio *legítima* del derecho romano, con la de la reserva propia de los Derechos germánicos y consuetudinario francés representando un principio de conciliación del principio de libertad del propietario de disponer de sus cosas con la legítimas expectativas de los miembros de la familia o la STS 8 mayo 1989 que establece que «en nuestro ordenamiento jurídico por tener dicha institución⁷⁴ la consideración de *pars hereditatis* y no *pars valoris* es cuenta herencial, ha de ser abonada con bienes de la herencia» o la de 26 abril 1997⁷⁵. «No se puede excluir a los herederos forzosos de los bienes hereditarios salvo excepciones». Sin embargo la legítima con estas características ni en el Código Civil está expresamente admitida ni ha sido recibida con esta configuración en ninguno de los ordenamientos jurídicos civiles que han renovado últimamente su Derecho sucesorio.

2. La legítima como *pars bonorum*

Podemos comenzar que de acuerdo con esta posición «el legitimario no es por ello y sin mas un heredero». Si bien tiene el derecho-obligación del causante, a recibir una cuota del activo líquido, deducidas las deudas hereditarias permitiendo al testador elegir la forma en que puede cumplir esa obligación: como heredero, como legatario o como donatario si el causante le ha

72 Su origen está en el art. 645 del Proyecto de 1851. GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias...op.cit.*, pág. 96. Para que tuviere lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado. V. RDGRN, 29 de marzo 2004 (RJA nº 2397) la existencia de legitimarios no impide el testador distribuir todos sus bienes en legados.

73 V. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, 1992, pág. 35. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.

74 V. *Actualidad Civil*, nº 36, 8 octubre 1989, pág. 2853. Ponente Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA. La legítima es *pars hereditatis* no *pars valoris*. No puede el heredero sin consentimiento de los legitimarios realizar actos dispositivos.

anticipado el importe de la legítima mediante donaciones. Como tercer corolario de esta postura hay que señalar que el legitimario como tal no ha de responder de las deudas del causante sino que conforme al Art. 818 CC solo tiene derecho a recibir una parte del activo líquido, como dice el Prof. DOMINGUEZ LUELMO⁷⁶ en bienes en todo caso, de ahí su denominación de «*pars bonorum*».

Dicha argumentación encuentra su apoyo en la recta interpretación tanto del Art. 806 CC en cuanto que la legítima consiste en el deber que se impone al testador de dejar una parte del patrimonio líquido; el Art. 815 CC que permite al testador-causante elegir título para cumplir dicha obligación y los Art. 818 y 819 CC al recordar que las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejora, se les imputa en su legítima.

Ahora bien estas consideraciones resultan totalmente ciertas cuando se trata de la legítima de descendientes y ascendientes pero limitadas cuando se alude a la legítima del viudo por las especiales características que esta aporta al sistema legitimario⁷⁷.

Mantener esta postura supone sin duda el que nuestro legislador se adhiera a la concepción romana del sistema sucesorio basado en la jefatura familiar y en la propiedad privada que autoriza la libre disposición de los bienes siendo la legítima una restricción de aquella libertad a favor de descendientes o ascendientes y a ella responde el Art. 645 del Proyecto de 1851⁷⁸. Sin embargo admitida la *pars bonorum* en cuanto al título «El heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título menos...» de la legítima, pero, ¿también lo es cuándo la legítima es susceptible de pago en dinero extrahereditario caso de los Arts. 841 y 1056.II, así como los Art. 821 (redactado por Ley 41/2003 y 829 CC) ¿o entonces cambia su naturaleza?⁷⁹.

75 RJA nº 3542. Ponente: Excmo.Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Naturaleza jurídica. «*Pars hereditatis no pars valoris*». No implica que el testador no pueda disponer de alguno de sus bienes a favor de un legitimario o de otra persona.

76 V. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, op. cit., pág. 25.

77 V. CÁMARA, M. DE LA, *Compendio...op. cit.*, pág. 184.

78 V. SAMPER POLO, F. «*Pars debita* en el Derecho Romano Vulgar», en *Studia et Documenta historiae et iuris*, Roma 1971, pág. 74 y ss. GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias...op. cit.*, pág. 96: en el Derecho romano y patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo era preciso que lo dejado fuera por título de heredero; faltando este requisito el testamento era nulo.

79 V. VALLET DE GOYTISOLO, J.B: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XI, 2ª ed., Dir. M. Albaladejo García.- S. Díaz Alabart, Ed. Edersa, Madrid 1982,

Esta teoría aun cuando es la que mas se ha visto afectada por las reformas legislativas del sistema legitimario llevadas a cabo en el seno del Código Civil es la comúnmente aceptada por la doctrina de suerte que sus planteamientos han sido adoptados más allá del propio Código Civil⁸⁰.

3. Legítima como *pars valoris bonorum*

El nombre de ROCA SASTRE está íntimamente unido con esta posición⁸¹ completamente original ya que hasta los años cuarenta se vino afirmando, pues nadie lo puso en duda, que la legítima era *pars hereditatis*⁸², el legitimario heredero y la legítima debía pagarse con bienes de la herencia, Art. 806 CC. Pero al mismo tiempo su postura estaba bastante influida por la configuración que entonces tenía esta misma institución en el Derecho catalán. De suerte que se vió recogida en el Art. 122 y 140 de la Compilación de derecho foral de Cataluña de 21 julio 1960⁸³ garantizada además registralmente a través del Art. 15 Ley hipotecaria de 1944-46. Así perduró hasta la Ley 8/1990, de 13 abril de modificación de regulación de la legítima en el derecho de Cataluña, que suprimió el anterior concepto de afección real del precepto citado así como la no aplicación de la mención legitimaria de la Ley hipotecaria

La doctrina consiste en atribuir a los legitimarios «una parte del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido» y faculta al legitimario para perseguir los bienes relictos, incluso con posibles repercusiones sobre donaciones inoficiosas hasta obtener su plena satisfacción. Es la legítima, ni titularidad hereditaria ni *credital*, ni *pars bonorum* sino *pars valoris bonorum*.

pág. 19 y ss. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El pago en metálico...op.cit.*, pág. 27 y ss. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del par.2º del art. 1056 CC», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 39, 2003, pág. 127 y ss.

80 V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Derecho sucesorio. Derecho Civil, op. cit.*, pág. 311; esta teoría es la que tiene en la actualidad mayor número de defensores. PÉREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge...op. cit.*, pág. 298. art. 101. II. CC.

81 V. «Naturaleza jurídica de la legítima», *op. cit.*, pág. 190 y ss.

82 V. MANRESA, J.Mª., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VI, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1898, pág. 189 y ss.

83 V. ROCA DE LAQUÉ, E. «Configuración jurídica de la legítima en el Derecho Catalán», *Estudios sobre la legítima catalana «Cátedra Durán i Bas»*, Ed. Cátedra Durán i Bas-Universidad de Barcelona, 1984, pág. 38 y ss. V. VALLET DE GOYTISOLO, «Contenido cualitativo de las legítimas en Cataluña antes y después de la Compilación», pág. 83.

Pero la importancia de esta teoría no quedó limitada a su recepción por la Compilación Catalana sino que fue recibida en la configuración de otras normas. Tal fue el caso del supuesto especial de sucesión de las tierras de Colonización del IRYDA adquiridas en propiedad por el adjudicatario. Pues bien el pago por este en metálico de la legítima de los demás legitimarios no adjudicatarios a que se refería el anterior Art. 35.4 de 12 enero 1973, Decreto 112/1973 de Reforma y Desarrollo Agrario⁸⁴ entrañaba el derecho sobre un valor pecuniario y la existencia de una afección de los bienes de la herencia en garantía de su pago⁸⁵.

En la redacción que se da por la Ley 8/1990, de 28 de junio o Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, la legítima como *pars valoris bonorum* es el sistema legitimario de Ibiza y Formentera según los Art. 81.1 y 2 y 82.1 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares y este es el sistema legitimario por el que opta el legislador de la Ley 25 mayo 1995 de Derecho Civil de Galicia siempre y cuando se complete el Art. 146.1 con la afección real del Art. 151 LDCG y con la amplitud con que se prevé el pago en metálico de la legítima. Todo lo cual como señala la Prof. GARCIA RUBIO⁸⁶ dado el entramado de preceptos existentes en la ley de Derecho Civil de Galicia en esta materia, no está exenta de alguna contradicción de suerte que hay preceptos que parecen apoyar la cotitularidad de los legitimarios de bienes hereditarios pero hay otros que apoyan la tesis de la legítima como cuota de valor en cambio del patrimonio hereditario.

84 V. TORRES GARCÍA, T.F. «La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario», *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pág. 335 y ss.

85 V. La Ley de Modernización de las explotaciones agrarias de 4 julio 1995 (BOE nº 159, de 5 de julio), en su Disposición Final 2ª, Modificación de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, art. 35. Por muerte del propietario, la explotación no podrá ser objeto de división, y la transmisión *mortis causa* de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código civil... No había razón de mantener su especialidad después de la entrada en vigor de los arts. 841 y ss. Código civil. PÉREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge...op. cit.*, pág. 296 y ss.

86 V. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXII, Vol.2, Dir. M. Albaladejo García.- S. Díaz Alabart, Ed. Edersa, Madrid 1997, pág. 1143 y ss. En cambio mantiene que es *pars bonorum*, CARBALLO FIDALGO, M. «La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *Actualidad Civil*, 2001, pág. 1554. En la actualidad se acaba de aprobar una nueva Ley de Derecho Civil de Galicia. V. Boletín Parlamento Galicia 6 junio 2006.

4. La legítima como *pars valoris* o simple Derecho de crédito

Según esta posición el legitimario por el hecho de serlo —con independencia de que pueda ser nombrado heredero o legatario— sólo ostenta un crédito contra la herencia por el valor que representa su legítima. El legitimario es titular de un Derecho de crédito, como acreedor de una suma de dinero de cuantía proporcional al valor a que tenga derecho según la ley, siendo el heredero el obligado a pagarlo ya que se trata de un crédito mas a satisfacer del patrimonio hereditario. En este sistema es claro que el legitimario como tal no es heredero. DE LA CAMARA⁸⁷ intentó incardinar en esta posición doctrinal aquella legítima que por darse un presupuesto objetivo, tal como lo delimita la Ley, Arts. 821, 829 y 1056.2 CC, podrán pagarse las legítimas de los herederos forzosos con dinero extrahereditario, pues según esta postura la posición de los legitimarios es la de un acreedor personal frente al heredero o herederos, ya que quien no resulta adjudicatario ni tiene una participación efectiva en los bienes de la herencia ni es heredero. Posición que vio revalidada por la reforma que la Ley 11/1981, de 13 mayo lleva a efecto en los Arts. 841 y ss del Código Civil ubicados bajo la rúbrica «del pago de la porción hereditaria en casos especiales».

Para el sistema del Código Civil mayoritariamente se afirma que ni incluso para los casos de pago en metálico extrahereditario de la legítima esta puede reconducirse a la calificación de *pars valoris*. A ello podemos añadir la posición de la Jurisprudencia en la que claramente se mantiene que «que no es *pars valoris* aunque sea para contraponerla a la *pars hereditatis*. Así la STS 8 mayo 1989⁸⁸: «en nuestro ordenamiento jurídico por tener la legítima la consideración de *pars hereditatis* y no *pars valoris*; cuestión que se repite en la STS 26 abril 1997⁸⁹ «en relación con la naturaleza jurídica, la (legítima) institución por tener la consideración de *pars hereditatis* y no *pars valoris* es cuenta herencial y a de ser abonada con bienes de la herencia, los Arts. 829, 838 y 840 párr. 1º son considerados como hipótesis excepcionales» en ella además se cita a otras sentencias anteriores (ST 31 mayo 1970 y la de 8 mayo 1989) con igual alcance.

87 V. *Compendio...op. cit.*, pág. 257 y ss.

88 *Actualidad Civil*, nº 36, 8.10.1990, pág. 2853. Ponente: Excmo. Sr., D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.

89 RJA nº 3542. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA. No se puede excluir a los herederos de los bienes hereditarios, salvo excepciones.

Sin embargo esto no quiere decir que no haya sido recogida por las legislaciones esta posición de los legitimarios ante la herencia del causante. Así lo es, tanto en el B.G.B. alemán parágrafo 2303, como por el Código de Sucesiones por causa de Muerte de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 diciembre, en cuyos artículos 350 a 378 se regula el régimen de la legítima⁹⁰. En ellos se recoge íntegramente el texto de la Compilación pero en la redacción que le dio la Ley 8/1990, de 9 de abril⁹¹. Corroboran este carácter de *pars valoris* tanto su definición en el Art. 350: «La legítima confiere por ministerio de la Ley a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del Causante un valor patrimonial que este podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera» y el Art. 378: «la acción para exigir la legítima y su complemento prescribe en cualquier caso a los quince años...», lo que supone que el legitimario *per se* no tiene la consideración de heredero pero sí la de acreedor de carácter personal.

Lo que supone notables diferencias frente al régimen del Código Civil; estas afectan no solo a su consideración de *pars valoris* sino también a la cuantía de la legítima Art. 356 CSC y número de legitimarios Art. 352 y 353 CSC quedando en todo caso excluido el cónyuge como legitimario⁹².

5. ¿Tiene la legítima naturaleza plural?

Partiendo de lo que la legítima no es, ya que el testador no está obligado a instituir heredero al legitimario y porque puede dejarle la legítima por cualquier título Art. 815 CC *pars hereditatis*. Tampoco es *pars valoris* porque aunque el heredero puede pagar la legítima en dinero y el legitimario ser su acreedor dispone de garantías sólidas para defender su posición y aunque la más convincente de las teorías sea la de *pars bonorum* esta no lo es cuando estamos ante alguno de los supuestos de pago en metálico, toda-

90 V. «La reforma de la Compilación. El sistema successori. Materiales.» *III Jornades de Dret Catalá. Duran i Bas*, Universitat de Barcelona, Setembre 1984, pág. 39 y ss., ESPIAU ESPIAU, S. «El usufructo viudal y la legítima de los descendientes», *Revista jurídica de Cataluña*, 1996, pág. 9 y ss.

91 V. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho de sucesiones*, Vol.II, Ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona 1997, pág. 512 y ss. PARA MARTÍN, A. «Legítima y sucesión intestada», *Jornades de Dret Catalá* (7.1992, Tossa). *El nino dret successori de Catalunya*, Ed. PPU, Girona 1994, pág. 401 y ss.

92 V. arts. 47 y 48 CDCIB. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre. MASOT MIQUEL, M. «Algunas consideraciones sobre la pervivencia de la legítima en Mallorca». *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 18 U.I.L.L.B., Palma 1993, pág. 11 y ss. Se combina la *pars bonorum* y el pago en metálico para Mallorca y Menorca.

vía con alguna particularidad como es el que el efectivo se encuentre en la herencia o sea extrahereditario lo que cambia totalmente.

Tal posición es mantenida por la Prof. REAL PEREZ⁹³ la cual no la impide el que tenga que recurrir a las posturas tradicionales y atribuyendo uno u otro calificativo según la posición del legitimario, por ello llega a confirmar que la naturaleza jurídica de la legítima de los descendiente es en nuestro ordenamiento jurídico dual y excluyente. Dual porque el Código las configura unas veces de una forma y otras de otra y excluyente porque la legítima unas veces tiene una naturaleza y otras, otra pero no puede responder a las dos al mismo tiempo, pues sería absurdo. Estas dos son según lo anterior la *pars valoris* y la *pars bonorum*⁹⁴.

No comparto obviamente este posicionamiento mientras nuestro Código Civil no lo acoja en sus preceptos. Tampoco creo que se deba tachar de excepcionales como se hace en alguna resolución judicial citada y ello al día de hoy pues los preceptos que se tildan con este calificativo han sido recientemente modificados, así Ley 15/2005, de 8 julio, Art. 834, 837 y 840 y por Ley 7/2003, de 1 de abril el párr. 2º del Art. 1056 CC y con ello no se plantea el carácter dual de la legítima. Tampoco creo que apoyarse en el Prof. LACRUZ⁹⁵, sin duda suficiente para justificar una postura doctrinal, quiera ir muy lejos cuando manifiesta lo que de la legítima es común señalar; que su naturaleza no es unívoca ya que el legitimario puede ser heredero si el testador así le instituye, y que si ha sido pagado *inter vivos*, no tiene el legitimario ningún derecho sobre el caudal relicto o que el legitimario puede recibir por cualquier título su legítima.

Si bien se puede seguir afirmando que en el régimen del Código Civil la legítima se configura como *pars bonorum*, desde el punto de vista del pago se transforma en una *pars valoris bonorum* y ello no sólo en los casos en los que por existir determinados presupuestos objetivos éste se contempla —dinero extrahereditario—, sino en los que es suficiente que por una simple manifestación de voluntad formal del testador los legitimarios no adjudicatarios de los bienes deban conformarse con el metálico extrahereditario. Si bien hasta

93 V. *Usufructo universal del cónyuge viudo...op. cit.*, pág. 405.

94 V. REAL PÉREZ, A. *Intangibilidad cualitativa de la legítima, op. cit.*, pág. 81 y ss. En contra, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *El pago en metálico...op. cit.*, pág. 245. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. «Casuística legitimaria en el Código Civil» en *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, Vol. I, Edit. Colegio Notarial. Madrid 1988, págs. 598 ss.

95 V. *Derecho de sucesiones, op. cit.*, pág. 447 y ss. CÁMARA, M. DELA, *Compendio...op. cit.*, pág. 175: la legítima presenta diversas variantes y un alto grado de complejidad; cuestión ardua y complicada la de su naturaleza jurídica.

que este no sea efectivo se puede actualizar la reserva de *pars bonorum* que permanece latente hasta que el legitimario reciba su valor.

No hay duda de que a ello responde tanto el Art. 1056.II CC «si no se hubiera establecido la forma de pago (¿será por el testador?), cualquier legitimario podrá exigir la legítima en bienes de la herencia⁹⁶. Como para la conmutación de la legítima del viudo el párr. 2º del Art. 839 CC: «Mientras esto no se realice estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge»⁹⁷.

IV. LEGITIMARIOS

En un sentido muy general legitimario es el que tiene derecho a legítima. Sin embargo tal apreciación a parte de su amplitud no es del todo exacta y no lo es porque depende tanto del sistema legitimario seguido por la normativa legal como por la posible concurrencia de unos con otros legitimarios.

Una de las cuestiones que llama la atención cuando nos acercamos a los preceptos que en el Código se ubican bajo la denominación «de las legítimas» es que en ninguno aparece la mención de legitimario para designar a los que tienen derecho a la legítima, sino que siempre que se refiere a ellos lo hace denominándoles herederos forzosos: arts. 807, 814, 815, 816, y 817 CC; y con igual denominación es recibido en la Ley hipotecaria, Art. 14 párr. 3º, Art. 28 y Art. 42 nº 6 LH, aunque si se le menciona en el art. 46 párr. segundo LH: «si la anotación se hubiera pedido por los herederos, legitimarios o persona que tenga derecho a promover.» y en los Arts. 83, 84 y 85 párr. tercero del RH. Igualmente lo hace el Art. 979 LEC de 1881⁹⁸ en el no se

96 Es la reforma operada por la Ley 7/2003, la que introduce esta mención que no figuraba en la anterior redacción. V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Derecho de sucesiones*, op. cit., pág. 311: el legitimario que esté en esa situación tiene derecho a pedir que le sea abonada en bienes de la herencia en una partición normal.

97 V. PÉREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge supérstite...* op. cit., pág. 312 y ss., acerca de la aproximación a una *pars valoris bonorum* en el caso del art. 839 CC. RUEDA ESTEBAN, L. «La modificación del párr. 2º...» op. cit., pág. 111 y ss.: esta solución por sí sola sería alabable, si no fuera porque el mismo legislador da un paso más, pero en este caso excesivo, hacia el cambio de naturaleza de la legítima. Es evidente que se deja tentar por el espíritu de algunas disposiciones forales para acercarse aún más a la absoluta libertad de testar.

98 La Disposición Derogatoria única 1.1ª de la LEC 1/2000, de 7 de enero (BOE 8 de enero) declara en vigor hasta tanto no sea aprobada la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria los títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III de la LEC de 1881. El contenido actual del precepto fue redactado conforme a la Ley 10/1992, de 30 abril que modifica la LEC.

les menciona como legitimarios a aquellos que lo son con arreglo a la legislación civil: «La declaración de que determinadas personas que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil...» siendo el Acta de Notoriedad del Art. 209 bis del Reglamento Notarial donde se regula la tramitación a seguir para las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato⁹⁹.

Tampoco pensamos que es exacta la identificación que se les hace a los que tienen derecho a legítima con los herederos forzosos. Ello porque el Art.815 CC establece que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado «por cualquier título, herencia, legado o donación»; e incluso en relación con el legitimario del nº 3 del Art. 807 CC, cónyuge viudo, ni se le considera heredero sino que su legítima al concretarse en un derecho de usufructo de una parte del patrimonio hereditario pero no en propiedad, califica su posición de sucesor particular e incluso se alude a su función de legatario legal. Por ello no es de extrañar que cuando en el Reglamento Notarial, al determinar las personas que fallecido el testador tienen derecho a copia del testamento, el párrafo último del Art. 226 RN limita esta petición únicamente a los comprendidos en los dos primeros números del Art. 807 CC. Sin embargo pensamos que frente al real funcionamiento del sistema del Código civil no existe ningún precepto del que pueda deducirse que el legitimario sea necesariamente heredero y que el acompañamiento del calificativo «forzoso» sólo se justifica por un arrastre de textos históricos. Es en defecto de llamamiento voluntario cuando la ley siempre llamará al legítimario con el título de heredero, Arts. 912, 915 y 930 y ss CC.

El Art. 807 CC determina quiénes son los legitimarios:

1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

99 V. VENTOSO ESCRIBANO, A. «Acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato», *Homenaje a D. José M^o: Chico y Ortiz*, Coord. José Luis Gimeno y Gómez Lafuente, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Ed. Marcial Pons, Madrid 1995, pág. 425 y ss. RDGRN 11 marzo 2003 (RJA nº 3949): Principio de unidad de sucesión. Escritura de manifestación de herencia cuyo título sucesorio es el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato. V. ALVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho Internacional privado español de sucesiones. Los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío», en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al prof. Francisco Javier Serrano*, Ed. Universidad de Valladolid 2004, pág. 131 y ss.

2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece el Código Civil.

La redacción del precepto procede de la reforma realizada por la Ley 11/1981, de 13 mayo. Su Art. 4 con el fin de borrar de acuerdo con los Art. 14 y 39 CE toda mención que significara discriminación por razón de filiación o nacimiento, discriminación que aunque no textualmente había quedado derogada desde el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978¹⁰⁰ lo que supuso una simplificación en la categoría de los descendientes con derecho a ella, aunque la no discriminación entre los hijos está también amparada desde el propio Código Civil Art. 108 Párr. 2º CC¹⁰¹, lo cual trajo como consecuencia que «todos los legitimarios descendientes sean llamados a la sucesión intestada en el mismo orden que en la legítima» Art. 931 CC.

Pero, en relación con los legitimarios, nuestro Código Civil amplía su ámbito en relación con el derecho anterior. No solo los hijos y descendientes respecto de los cuales existe unanimidad en su reconocimiento por parte de las legislaciones sino que se mantiene a los ascendientes con derecho a legítima si bien en distinta posición¹⁰². A falta de los anteriores, dice el nº 2, Art.

100 V. STS 10 FEBRERO 1986 (RJA Nº 513) Ponente: Excmo. Sr. D. Matías MALPICA-GONZÁLEZ ELIPE, «... por imperativo del principio de igualdad quedarán sin efecto la discriminación por razón de nacimiento según se ha proclamado en el artículo 14 CE». STS 25 enero 1990 (RJA nº 65) Ponente: Excmo Sr. D. Manuel GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO; y STS 26 diciembre 1990 (RJA nº 10370) Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO: Legislación apliable a sucesiones abiertas antes y después de la entrada en vigor de la Constitución. Inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos discriminatorios del Código civil en materia de sucesiones. V. FUENAMAYOR CHAMPIN, A. «Alcance del principio Constitucional de Igualdad», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pág. 1327. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Principio de igualdad y Derecho privado», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pág. 408 y ss.

101 V. LACRUZ, J.L.- SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones...op. cit.*, pág. 468, critica la reforma de 1981, ya que mantiene que teóricamente podía haberse hecho elaborando una solución nueva que tuviera en cuenta lo que tenía de familiar y de matrimonial el régimen de la legítima de los hijos legítimos en el Código Civil de 1889, estableciendo una regulación que igualase a los hijos a través de institutos pensados exclusivamente para la nueva situación.

102 La Ley VI de Toro introduce la legítima de los ascendientes: «Los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha, sucedan ex testamento a sus descendientes y sean legítimos herederos, como lo son los descendientes a ellos, en todos sus bienes, de cualquier calidad que sean...». V. POSADILLA, M. *Comentarios a las Leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas*, 3ª Impresión, Antonio Martínez, 1926, pág. 77 y ss.

807 CC. No obstante esta se amplía a nietos respecto abuelos y bisabuelos. Expresión que se corresponde con la que el Art. 935 CC utiliza para el llamamiento a la sucesión intestada de los mismos ascendientes. Ante tal mención la cuestión a determinar es el ámbito de extensión de la expresión de «A falta de los anteriores, respecto de los descendientes del difunto le heredaran...», por virtud de la cual son llamados como legitimarios las personas mencionadas en el n° 2, Art. 807 CC. ¿Hay que entender la muerte como causa de llamamiento de los ascendientes o debe entenderse cualquier supuesto por el que el descendiente no pueda heredar? No hay razón para no admitir el criterio amplio de que cualquiera que sea la causa en que se configura «a falta de los anteriores» para que proceda el llamamiento de estos como legitimarios. Así se perfila también en la sucesión intestada, recogiendo el Art. 935 CC el mismo sentir¹⁰³.

En cambio resulta innovadora la inclusión como legitimario del cónyuge supérstite —viudo o viuda— aunque lo sea en la forma y medida que establece este Código. Aparte de esas precisiones que nos hace este n° 3 del Art. 807 en comparación con los legitimarios anteriores, la novedad de la misma es la concurrencia en la sucesión con cualquiera de los legitimarios anteriores y su mención «al viudo o viuda» que no se distingue en ninguno de los otros legitimarios ello no deja de ser novedoso aun cuando la Base 17 de la Ley de Bases de 11 mayo 1888 ya señalaba que «se establecerá a favor del viudo o viuda...» y así se ha mantenido en las sucesivas reformas del precepto hasta la redacción actual que procede de la ley 11/1981, de 13 mayo¹⁰⁴ lo cual hace que aun cuando nuestra Constitución en su Art. 14 CE prohíba

103 La razón se encuentra en el principio de reciprocidad, fundamento, como señala ya GARCÍA GOYENA, de la legítima de los ascendientes. V. *Concordancias, Motivos y Comentarios...op. cit.*, pág. 90 y ss.

104 La Ley 24 abril 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil, en la justificación de la reforma llevada a cabo por el artículo 1, por el que modifica los arts. 807, 834 a 839, dice textualmente: «La reforma afecta a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en su carácter de legitimario. Se ha querido mantener la atribución del haber legitimario del cónyuge supérstite en usufructo, pero ampliado con carácter general en su cuantía... Se trata también de conseguir, si no la completa identidad, sí una siempre deseable aproximación entre el régimen del Código Civil y el de los Derechos forales más comprensivos y justos en este punto». La situación se mantiene en la redacción que el Art. 4 de la Ley 11/1981 efectúa y así permanece en la actualidad. No hay que olvidar que además históricamente hasta el Proyecto de Código Civil de 1851, art. 773, no se había pensado que el viudo o viuda fueran herederos forzosos, ni en concurso de hijos y descendientes. Hasta entonces a la viuda se le había reconocido en usufructo una parte igual a la de cada uno de los hijos (*Liber iudiciorum*, o como se regulaba en Las Partidas la llamada

toda discriminación en las leyes incluso la denominada positiva, «por razón de nacimiento, sexo» se siga manteniendo tal manifestación y con ello las distintas categorías que en el seno de nuestro Código Civil se establece entre los llamados legitimarios de «elite» formada por los tradicionales legitimarios, hijos, descendientes y ascendientes frente a los *parvenu de la legítima*, que en la actualidad solo es el cónyuge viudo¹⁰⁵ situación que permanece aun cuando los preceptos que regulan los derechos del cónyuge viudo, Art. 834, 835 y 840 CC han sido objeto de reciente reforma legislativa por Ley 15/2005, de 8 julio (Separación y divorcio)¹⁰⁶.

Sin embargo ni todos los legitimarios son del mismo grado ni iguales son en su contenido: Preferencia de los legitimarios del nº 1 del Art. 807 CC; hijos y descendientes concurrencia de la del nº 3 Art. 807 CC, con cualquier grupo de legitimarios. Cuantitativamente fija la de los primeros; variable la del viudo o viuda, todo dependerá frente a quien o quienes han de hacerla valer. Coincidencia de los legitimarios del nº 1 del Art. 807 CC con los herederos abintestato, Arts. 913 y 930 CC por el contrario, si es el viudo o la viuda nunca, si hay otros legitimarios, se dará esta situación ya que para ser llamado abintestato es necesario que falten las personas de la sección primera «línea recta descendente» y de la segunda «ascendientes» según el Art. 943 y 944 CC. Pero, eso sí, en ésta, Art. 944 CC, su llamamiento cuando proceda lo es en propiedad.

Esta distinta consideración de los legitimarios responde sin duda a opciones de política legislativa que se plantean en un momento determinado para llevar a cabo la elección.

Cuarta marital), si era viuda pobre. La reforma del art. 4 de la Ley 11/1981 consistió en suprimir toda referencia a las clases de hijos y reducir éstos sólo a hijos y descendientes en el nº 1 del art. 807, así como el nº 3 del mencionado precepto se incluye sólo al viudo o viuda como legitimarios, al desaparecer la categoría de hijos naturales de la anterior redacción.

105 V. ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho Sucesorio Mortis causa...op. cit.*, pág. 186: Nuestro Código civil, aunque prodigue la nominación de herederos forzosos para todos, no llega en cambio a homogeneizar la situación de todos a los que se aplica. De ahí que sean perfectamente distinguibles las dos clases. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Vol. 2º, *op. cit.*, pág. 483, distingue entre herederos forzosos genuinos y los que según el nº 3 del Art. 807 CC lo son sólo «en la forma y medida que establecen».

106 V. Art. 2 de la Ley 15/2005, de 8 de julio. Modificación y regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil: Arts. 834 y 835. Se suprime el párr. 2º del art. 837 y los Arts. 840 y 945 CC se les da una nueva regulación. Se unifican las causas de pérdida de la condición de legitimario del cónyuge viudo, Art. 834, con las de exclusión del llamamiento en la sucesión abintestato del art. 945 CC: ahora separación judicial o de hecho.

Se ha venido manteniendo que los legitimarios preferentes tienen a su favor una parte de la cuantía herencial de distribución igualitaria y otra, con posibilidad de distribución libre, llamada por ello mejora, entre los hijos legitimarios o entre los descendientes, con independencia del número de hijos o de estos, lo que supone la no elección del sistema de la legítima cuota variable que es recogido en el Art. 582 del Codice italiano¹⁰⁷ y Art. 42 y 79 CDCB¹⁰⁸.

En cambio el sistema del viudo o viuda como legitimario resulta de adoptar un criterio de mínimos: cuota de participación en la herencia pero en usufructo, Art. 834 CC, con lo que se excluye el reconocimiento de un usufructo universal así como el que la cuota fuera en propiedad, si bien la representación de esa cuota a tenor del criterio de la Base 17 de la ley de Bases de 11 mayo 1888 «será igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos».

Si establecemos una comparación entre este criterio de la Base 17 con la valoración de la legítima viudal del Art. 834 CC lo que observamos es que el legislador al desarrollar dicha base parece que solo en parte así lo hizo: «Será igual a lo que por su legítima hubiera de percibir...» y el Art. 834 CC toma como referencia el tercio destinado a «mejora» eso sí en usufructo. Si el codificador no añade nada más, por legítima deberíamos entender la larga es decir la formada por las dos terceras partes del haber hereditario, Art. 808 párr. 1º CC, lo cual no parece coincidir ni con lo que dice el Art. 834 CC «del tercio destinado a mejora» ni totalmente con lo que se entiende por legítima como hemos visto, sin más calificativos. Los legitimarios hijos y descendientes tienen legítima colectiva transformándose en individual cuando cada uno de ellos participa en aquella. Si bien está en concordancia con la base 16 párr. 2. «Otra parte que podrá asignar el padre a su arbitrio como mejora

107 La redacción del Art. 582 Codice Civile procede de la Ley 19 mayo 1975, n.151/1975 (Reforma del Diritto di famiglia), art. 1. Se recoge el criterio de atribución cuantitativa de acuerdo con el número de hijos del causante, conocido como sistema Justiniano, en cuanto que se instaura en esta fase del Derecho Romano, y se recoge en el C.3.28.6. La cuota es de 1/3, salvo que los hijos fueran cinco o más, en cuyo caso es de 1/2. Dice el precepto que si concurre con un solo hijo tiene derecho a la mitad de la herencia, y a un tercio en los demás casos (dos o más hijos).

108 Arts. 42 y 79 Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobada por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de su Compilación. V. CERDÁ GIMENO, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2, Dir. M. Albaladejo, Ed. Edersa, Madrid 1981, pág. 414 y ss. MASOT MIQUEL, M. «Algunas consideraciones sobre la pervivencia de las legítimas en Mallorca», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 18. Palma 1993, UIB, pág. 7 y ss., Se acoge el sistema justiniano. FERRER PONS, J. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI. vol. 1º, 2º ed. Dir. Albaladejo García, M. Díaz Alabart, S. Ed. Edersa, Madrid 2000 pags. 756 ss.

entre los mismos...»; aquí sí que aparece este tercio individualizado como tercio que conformando « el haber hereditario» «el padre puede disponer a su arbitrio» bien el padre o bien por ley cuando opera supletoriamente y puede descargar de la legítima larga ese tercio del haber hereditario bien para con ello disponer a favor de todos o de alguno de sus descendientes (hijos o nietos) o bien por disposición legal para conformar la cuota legitimaria del cónyuge viudo y con ello no excepcionar la intangibilidad de la legítima estricta según el tenor del Art. 813 párr. 2 CC y poder así establecer según el Art. 824 CC un gravamen sobre este tercio que al ser a favor de un legitimario en nuestro caso del nº 3 Art. 807 CC está previsto en la propia ley¹⁰⁹. Atribución que está auspiciada por la concurrencia del viudo o viuda con hijos o descendientes como legitimarios en el mismo haber hereditario si bien el alcance de la cuantía variaría si la concurrencia opera con legitimarios, pero ascendientes del nº 2 Art. 807 CC. Aquí ya no juegan los tercios de legítima ni el de libre disposición sino según el criterio de distribución cuantitativa de la legítima de estos: «se dividirá por mitad entre los dos» por partes iguales Art. 810 CC y así se reconoce en el Art. 837 CC: «No existiendo descendientes pero si ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia».

Lo que nos lleva a coincidir con aquella parte de la doctrina¹¹⁰ que ve que la mejora está conformando lo que se conoce como legítima larga hasta que bien el testador atribuyendo o bien delegando la facultad de mejorar o la propia ley teniéndolo en cuenta, Arts 813 párr. 2º, 824, 834 CC, resulta desgajada del concepto unitario de los dos tercios del haber hereditario, Art. 808.1º CC o legítima larga.

109 V. CÁMARA, M. DE LA, *Compendio...op-cit.*, pág. 190. Considera, aunque señala que no es habitual hablar de legítima intermedia, como aquella que surge entre la legítima colectiva y la individual. Que la mejora es considerada legítima si no hay disposición. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español ...op. cit.*, pág. 590 y ss., sobre las diversas fórmulas que se podían haber seguido en la fijación de la legítima del viudo o viuda y critica la elección del legislador. V. STS 27 diciembre 1935 (*Jurisprudencia Civil*, tomo 221, nº 134, *Colección Legislativa del Ministerio de Justicia*, 1935, pág. 684). Aparte de su fundamentación en honor a la mejora como de libre facultad dispositiva del testador, establece la preferencia del Art. 808 CC frente a la base 16 de la Ley de Bases, si hubiera colisión entre ambos.

110 V. LACRUZ BERDEJO, J.L.- SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 487: la doctrina habla de una legítima larga para designar a los dos tercios del caudal computable y de una legítima corta, que abarca la tercera parte del caudal computable mínimo que debe llegar por partes iguales a los legitimarios inmediatos o bien este tercio y aquella parte de la mejora que no ha sido empleado.

De acuerdo con el sistema legitimario instaurado en el Art.807 CC gozan de preferencia la legítima de los hijos y descendientes; en cambio la del viudo o viuda por lo que se caracteriza es por esa concurrencia con cualquiera que sea el legitimario. Pues bien esta distinta configuración está también reflejada en las diferentes reglas que se siguen en la determinación de unos y otros legitimarios.

A falta de unos criterios propios en sede de legítimas se aplican en la fijación del grupo de legitimarios preferentes, los que rigen en materia de llamamientos abintestato¹¹¹. En concreto la regla de proximidad de grado y la que ordena el derecho de representación. Por virtud de la primera, Art. 921 párt. 1º CC, en la herencia, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto de suerte que son los hijos los que solamente son llamados como legitimarios¹¹². Pero esta condición pasa a los descendientes de ulterior grado si el hijo legitimario fallece antes que el causante o si el hijo es indigno o es justamente desheredado, Art. 761 y 857 CC. En estos últimos casos el descendiente no representa aquí a su padre en la legítima, sino que adquieren la condición de legitimarios aunque en cuanto a su cuantía esta es ostentada por la estirpe del descendiente. Pero también opera en los legitimarios preferentes la concurrencia de legitimario por cabeza, hijos por derecho propio Art. 932 CC y otros, por derecho de representación, lo cual sucede cuando la estirpe del hijo premuerto al causante ocupa la posición que este tuviera de haber podido heredar, Art. 933 CC¹¹³.

Pero la preferencia con que son considerados los legitimarios del nº 1 del Art. 807 CC frente al cónyuge viudo o viuda no termina en lo enunciado, en cuanto que ésta se extiende a aquellas normas que, bien por la especial naturaleza del llamamiento legitimario, bien por la de esta legítima, las hacen

111 V. COSSIO Y CORRAL, A. DE, *Instituciones de Derecho Civil, op.cit.*, pág. 934: tiene aplicación al sistema de legítimas la norma del Art. 921 CC, Art. 938 y Art. 934 CC.

112 V. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. *La legítima en la sucesión intestada, op. cit.*, pág. 74: se trata así de atender a la deficiente regulación del aspecto personal de la legítima, operación que debe ser calificada como un caso de aplicación analógica y como ésta no puede ser automática existen ocasiones en que la diferente ratio de la norma no permite la analogía: así, el art. 923 no se aplica a la legítima por responder a una justificación que sólo se da en la sucesión intestada. V. ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho Sucesorio...op. cit.*, pág. 196 y ss.

113 V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Derecho de Sucesiones...op. cit.*, pág. 325: algún autor opina que en los casos de premoriencia, indignidad o desheredación del hijo o descendiente no existe en rigor derecho de representación... sino que cada uno de los descendientes adquiere la condición de legitimarios.

inaplicables. Así para la fijación de la legítima el Art. 818 CC determina que se hará teniendo en cuenta el *relictum* y el *donatum*¹¹⁴ y el Art. 819.1 CC «que las donaciones hechas a los hijos se imputaran en su legítima», siempre que no tengan el concepto de mejora. ¿Cabe entender que además de las donaciones hechas a los hijos expresamente aludidas se deben de imputar a su legítima las hechas por un cónyuge al otro? Después de la reforma del Código Civil por la ley 11/1981, de 13 mayo, la tradicional prohibición de que los cónyuges pudieran donarse bienes desaparece siendo sustituida por el principio opuesto; el Art. 1323 CC «Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre si toda clase de contratos». Tampoco debe aplicársele la condición de extraño del párr. 2º del Art. 819 CC pues al igual que procede en otras instituciones, Art. 1035 CC no creemos que esté incluido el Cónyuge en el supuesto del Art. 819.1 CC. Estas son las razones por las que consideramos no susceptible de aplicación el mencionado precepto al viudo o viuda en cuanto legitimario: por la finalidad a que responde el precepto y por referirlos a una legítima que no consiste en una cuota de la herencia o del patrimonio relicto sino que ésta se determinará de acuerdo con la actuación que haya tenido el testador. Por ello, aunque se refiera a donaciones hechas a los hijos y aunque entendemos que deben ampliarse también a las hechas a ascendientes, pero no al cónyuge superviviente¹¹⁵ cuya condición de legitimario procede de la propia ley con sus especialidades de ser en usufructo y no en propiedad, lo que no impide que después pueda ser conmutada (Art. 839 CC) y que si ésta procede a su iniciativa por concurrir con hijos solo del causante, en ella se le puedan asignar bienes hereditarios, Art. 840 CC ¹¹⁶.

114 STS 27 marzo 1998 (RJA nº 2161) Ponente Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE. Determinación de las legítimas; STS 21 abril 1990 (RJA nº 2762) Ponente: Excmo. Sr. D. José ALBARCA LÓPEZ. Legítima. Mejora y tercio de libre disposición. Fijación. Determinación del *relictum* y del *donatum*. STS 21 abril 1998 (RJA nº 3248), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Legítima: fijación. Determinación previa del valor líquido de la herencia. STS 6 abril 1998 (RJA 1913), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES. Colación de bienes: improcedencia.

115 V. VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Comentario del Código Civil*, T.I, AA.VV. Ed. Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid 1993, pág. 2025, al comentar el art. 819.1, sostiene que dicho precepto debe aplicarse a los demás legitimarios por igualdad de razón, aunque creemos que sólo se refiere con esta expresión a descendientes y ascendientes, pero no al cónyuge superviviente.

116 V. COSSÍO Y CORRAL, A. de, *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., PÁG. 941, califica a la legítima del cónyuge de extraña figura, y en cuanto a la conmutación hace un estudio profundo no sólo sobre su naturaleza sino también sobre si los bienes o capital ha de ser hereditario o no. Precepto redactado por la ley 15/2005, 8 julio.

Por último hay que destacar aunque también pueda ser conmutada la diferencia que se presenta entre la legítima del cónyuge superviviente, de carácter especial por ser concurrente con la de otros legitimarios, con el pago en metálico que para casos especiales se prevé en los Art. 841 y ss CC tras la reforma que en los mismos se opera por la Ley 11/1981, de 13 mayo. El testador o contador-partidor testamentario expresamente autorizado por aquél o el contador partidor dativo del Art. 1057 CC podrán adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos alguno de sus hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. Sin entrar a valorar la especialidad de esta forma de legítima, sí que procede destacar la presencia de legitimarios del nº 1 Art. 807 y ello tanto como adjudicatarios como perceptores de metálico y del acto de conmutación según lo ordenado por el testador. En el ámbito subjetivo entre los legitimarios no podrá encontrarse el viudo o viuda ya que expresamente afecta a hijos o descendientes y aunque el párr. 1º del Art. 841 CC señala que «se pague en metálico la porción a los demás legitimarios» no se refiere sin duda a los ascendientes ni al cónyuge superviviente pues aunque tienen tal categoría la delimitación del supuesto de hecho no admite dudas: hijo o descendiente adjudicatario y demás legitimarios son los hijos que al no tener la condición de adjudicatario recibirán su porción hereditaria en metálico¹¹⁷. Esto no quiere decir que no se haya planteado la extensión de esta solución normativa cuando los legitimarios sean los ascendientes (padres o abuelos). De una lectura del precepto se ha coincidido en afirmar que no se encuentra otra razón en su aplicación que no sean a los hijos o descendientes y ello sin duda porque cuando se redactaron los Art. 841 y ss no se pensó en la legítima de los ascendientes sino que su regulación estuvo presidida por los problemas sucesorios que podrían presentarse al desaparecer del sistema legitimario toda distinción de legítima en base a la calificación de los hijos. Sin embargo ello no impide que se haya apostado por una interpretación extensiva a la legítima de los ascendientes siempre y cuando se den los requisitos subjetivos previstos para su aplicación pero no a la legítima viudal¹¹⁸. Cues-

117 Igual extensión debe hacerse de la aplicación de esta solución del art. 1056, párr.2 del CC al viudo legitimario. V. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *El pago en metálico...op. cit.*, pág. 228, aunque sí a la de ascendientes, después de la reforma de la Ley 7/2003, de 1 de abril.

118 V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La conmutación de la legítima*, Ed. Tecnos, Madrid 1989, pág. 32 y ss., aunque sea insegura la técnica a seguir –interpretación extensiva, aplicación analógica, intangibilidad de la legítima- aunque la legítima de los ascendientes no deja de ser imprecisa, dado su carácter subsidiario.

ción distinta será la de determinar sobre el tercio de mejora la orden del testador si el causante no dispuso nada y llega el momento de concretar sobre que bienes se debe constituir ese derecho de usufructo, Art. 834 CC. Aquí efectivamente no juega la opción de ir a una partición normal o conmutar la cuota de los demás legitimarios sino en fijar sobre quien deberá soportar la carga de la legítima viudal, carga que se extingue a través de la conmutación vía Art.839 y 840 CC pero que hasta ese momento el cónyuge como legitimario tiene derecho a que se respete la intangibilidad cualitativa de su legítima¹¹⁹.

Así como en el supuesto anterior, el Art. 841 CC no se aplicaba a la legítima del viudo, por la misma razón la especialidad que esta plantea en su conmutación, Arts. 839 y 840 CC, hace que tal facultad no se extienda a supuestos distintos de los aquí contemplados y ello tanto si la conmutación procede de los herederos (forzosos o voluntarios Art. 839 CC), para cuya validez es necesario la intervención del propio cónyuge legitimario, como la que se produzca a petición del cónyuge¹²⁰ cuando coincida en la herencia con hijos solo del causante —Art. 840 CC— en cuyo caso la conmutación consistirá a elección de los herederos en la atribución o bien de un capital en dinero o en la de un lote de bienes hereditarios. No se descarta en consecuencia una vez conmutada su pago en dinero, vía Arts. 839 y 840 CC lo que ha llevado a mantener que con el texto legal en la mano parece como si solo los legitimarios ascendientes debieran recibir bienes de la herencia en pago de su legítima.

Esta diferencia de régimen jurídico aplicable a los legitimarios —hijos o descendientes y cónyuge viudo o viuda— que se traduce en una preferencia de aquellos —legitimarios de elite o genuinos son llamados-frente al legitimario viudo o viuda a quien se le niega el calificativo de heredero— en cambio en las últimas reformas operadas en el Código Civil se reafirma una evolución favorable hacia la posición del cónyuge como legitimario.

La Ley 41/2003, de 18 noviembre, de Protección patrimonial de los discapacitados da nueva redacción al Art. 831 CC. En cuyo contenido se contempla la posibilidad de lo que tradicionalmente se conoce como delega-

119 V. FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. *El pago de la legítima al cónyuge viudo: La conmutación del usufructo viudal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pág. 99 y ss.

120 STS 4 octubre 2001 (RJA 7542) Ponente: Excmo. Sr. D. Luis MARTÍNEZ CALCERRADA: el mutuo acuerdo del art. 839 CC abarca un consenso no sólo de los herederos sino también la participación del propio cónyuge. RDGRN 3 febrero 1997 (RJA 853): la no intervención del cónyuge del causante determina la falta de validez y eficacia de todos los negocios contenidos en el documento calificado.

ción de la facultad de mejorar y se amplía vía testamento al cónyuge para que fallecido el testador pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos. Le corresponde además ser administrador nato de los bienes hereditarios sobre los que penden las facultades atribuidas. Que los bienes con que mejorar pueden pertenecer a la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada; igualmente pueden las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes ser satisfechos con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades¹²¹.

V. LIBERTAD DE TESTAR

Uno de los enfoques posibles a la libertad de testar y por ello uno de los más importantes, es su comparación con las legítimas. Posiciones sin duda antitéticas en cualquier sistema sucesorio en cuanto que responde en su función y naturaleza a criterios diametralmente opuestos.

SANCHEZ ROMAN¹²² aun cuando tuviere sus preferencias ya recogió que el problema entre la libertad de testar y la legítima es exclusivamente jurídico y solo con motivos de esta naturaleza debe ser resuelto. Sin duda ello es consecuencia de que muchos de los argumentos que en la etapa codificadora se expusieron a favor de las legítimas, opción que es la que al final se recoge en el Código Civil, Art. 806 y ss «De la legítima», adolecen de ese rigor jurídico que debe acompañar a toda institución de esta naturaleza.

Ello no quiere decir que no se planteara la cuestión, lo fue y puede resumirse según nos lo relata GARCIA GOYENA¹²³, ¿Conviene hacerla, o más bien dejar a los padres y ascendientes en absoluta libertad para disponer y testar de sus bienes, aun a favor de extraños? Este tema es el que más divide a la legislación foral de la castellana. Para mejor resolver esta impor-

121 V. BERMEJO PUMAR, M. *Instituciones de Derecho privado*, Tomo V., *Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 123. ROCA GUILLAMÓN, J. «La protección de los mayores en el Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 34, donde expone el alcance del art. 831 CC.

122 V. *Estudios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Vol. VI, Tomo 2º, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid 1910., pág. 812 y ss.

123 V. *Concordancias...op.cit.*, Apéndice nº 7, corresponde a la Secc. 1º, cap. 6, Título 1º De las herencias, pág. 525 y ss. Esta cuestión tan social, bajo cualquier aspecto que se le mire, es la más dividida.

tante cuestión conviene hacer una reseña histórico-legal de todo lo concerniente a ella. En consecuencia, libertad de testar en los reinos o provincias forales y las legítimas, restricción a la libre facultad de disponer en el Derecho de Castilla¹²⁴. Aquellas identificadas con Navarra, Álava, Vizcaya y Aragón, esta en cambio por el Código Civil. En este panorama Cataluña adopta una posición de termino medio, con un régimen de legítima estricta que por un lado le acerca a la libertad de Navarra, Álava y Vizcaya, así como la aleja del sistema restrictivo encarnado por el Derecho de Castilla¹²⁵. Ante estos planteamientos no es de extrañar que cuando se lleva a cabo la renovación de los respectivos textos legales en Derecho sucesiones ni desde el Fuero Nuevo de Navarra, Ley 1 de marzo 1973 ni con la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, Ley 24 febrero 1999¹²⁶ se plantee la posible opción entre la libertad de disponer y legítimas, binomio por otra parte totalmente en ellas superado sino que se reduce a retocar aspectos concretos de los derechos legitimarios, cuantía de la porción legitimaria, naturaleza de los derechos de los legitimarios, acción para hacerles efectivos siendo sin duda una excepción la regulación que de la legítima se introduce en la reforma de la Compilación de las Islas Baleares aprobada por la Ley 8/1990, de 28 junio con su texto refundido de 6 septiembre 1990¹²⁷.

En cambio un movimiento doctrinal¹²⁸ acecha al sistema legitimario del Código Civil. Este no se refiere ni a la consideración o no del legitimario como

124 V. RAMS ALBESA, J. «Libertad Civil, Libertad de testar (Notas para su formulación)», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. D. Jose Luis LACRUZ BERDEJO*, Vol.I, Ed. J.M. Bosch S.A., Barcelona 1992, pág. 695 y ss. La libertad de testar es una consecuencia de la libertad civil que responde a la necesidad misma de conservar el patrimonio como base económica de preservación de la familia.

125 V. CLAVERO, B. «Formación doctrinal contemporánea del Derecho Catalán de Sucesiones. La primogenitura de la libertad», *La reforma de la compilación: El sistema successor, op.cit.*, pág. 14 y ss.

126 V. AA.VV. «Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil», *Revista de Derecho Aragonés*, 1999, nº1, pág. 195, contiene todos los materiales del debate de aprobación de la mencionada ley. El punto VIII del Preámbulo dice que el Título VII está dedicado a la legítima. Se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer.

127 V. MASOT MIQUEL, M. «Algunas consideraciones sobre la pervivencia...*op.cit.*», pág. 11 y ss.

128 Podemos citar: CALATAYUD SIERRA, A. *Consideraciones acerca de la libertad de testar* Academia Sevilla del Notariado, Tomo IX, Ed.Edersa, Madrid 1996, pág. 244 y ss. FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F.J. «Régimen económico matrimonial de participación», Discurso leído en el acto de recepción en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Valladolid 1999, pág. 47,

heredero con la consecuencia de la responsabilidad de las deudas hereditarias; ni si el título de legitimario ha de ser universal o cabe que lo sea a título particular o como donatario; en cuyo caso solo es heredero si se le instituye como tal; ni si su legítima debe ser satisfecha en bienes de la herencia, o, en una cuota líquida del patrimonio hereditario o en un valor sobre los bienes de la herencia o en un crédito o si la posición del cónyuge viudo o viuda como legitimaria concurrente con otros preferentes pueden ver ampliada cuantitativamente su posición aunque limitada a la sucesión testamentaria como usufructuario universal, Art. 820 n° 3 Código Civil¹²⁹ o a la disposición testamentaria a favor del viudo o viuda, sometida su efectividad a la llamada opción compensatoria o *clausula socini*¹³⁰ al estar previsto en el Art. 813 párr. 2° Código Civil como una excepción al llamado principio de intangibilidad de la legítima. Ahora bien la existencia del mismo se confirma ante expresiones como acoso y derribo de la legítima hereditaria¹³¹, consideraciones acerca de la libertad de testar¹³² o perspectiva para una posible revisión de la legítima

entiende que este pacto —adquisiciones con pacto de sobrevivencia— es perfectamente admisible en el derecho común, en tanto en cuanto no afecte al nefasto sistema legitimario que en tanto no sea derogado, por tratarse de derecho imperativo debe ser escrupulosamente cumplido. LEÑA FERNÁNDEZ, R. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Ed. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pág. 156 y ss.: «...En uno y otro caso los notarios nos encontramos con un obstáculo: el sistema de legítimas establecido en nuestro Código Civil. Tengo que advertir que, en materia de legítimas, me encuentro dentro del número reducido, pero de ampliación constante, de juristas que reclaman una modificación legislativa en el sentido de suprimir esa traba de nuestro Derecho, admitiendo en consecuencia la libertad de testar». VALLADARES RASCÓN, E., «Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil», *Libro Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Vol. II, Ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2005, pág. 4899, añade una propuesta de reforma del Derecho sucesorio en el Código civil.

129 V. REAL PÉREZ, A. *Usufructo universal...op.cit.*, pág. 269 y ss. MASIDE MIRANDA, E. *Legítima del cónyuge superviviente*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1989, pág. 369 y ss.

130 V. RAGEL SÁNCHEZ, L. *La cautela Gualdense o socini...op.cit.*, pág. 161 y ss. Interesante es FLAMINI, A. «In tema de cautela Sociniana», *Rassegna di Diritto Civile*, 2003, pág. 101. V. STS 10 julio 2003 (RJA 4628) Ponente: Excmo. Sr. D. José M°. MARTÍNEZ PEREDA RODRIGUEZ. «Validez opción concedida por el testador al legitimario entre dos alternativas...».

131 CARRASCO PERERA, A. «Acoso y derribo de la legítima hereditaria», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 580, Junio 2003: «La legítima sucesoria «castellana» de hijos y descendientes sobre los bienes de sus padres no goza en el siglo XXI de buena reputación y el legislador no deja pasar la ocasión para recortarla».

132 CALATAYUD SIERRA, A. «Consideraciones acerca de la libertad de testar», *op.cit.*, pág. 246: lo cierto es que las consideraciones que hace más de un siglo pregonaban los defensores de la libertad de testar, resultan a mi juicio, extraordinariamente válidas.

tima¹³³ o como referencia el Prof. MIQUEL¹³⁴ al señalar que cuando se anuncian tendencias en contra de las legítimas parece importante deshacer la equívoca vinculación de la preterición con la legítima, ya que aquella como institución tiene mucho interés desde la libertad de testar y la sucesión intestada.

A esta situación se refiere también varias de las conclusiones del IX Congreso Notarial Español aportadas por MAGARIÑOS¹³⁵ celebrado en Barcelona 13-14 mayo 2005 sobre Patrimonio familiar, profesional y empresarial¹³⁶. Se propone acometer reformas legislativas que, «partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación...considerando muy útil revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas...».

Un estudio de las últimas reformas que en el sistema sucesorio del Código Civil se han operado por las leyes 7/2003, de 1 abril, Ley 41/2003, de 18 noviembre y 15 /2005, 8 julio ahonda en esta distinción. En la primera es el principio de libertad de disposición un claro ejemplo. El testador que quiere conservar la empresa (cualquiera ya que no enumera) o en interés de la familia quiere preservar indivisa una explotación...podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico, hereditario o no o que se aplace el pago de su legítima a los demás interesados (hijos, ascendientes e incluso cónyuge viudo¹³⁷. Por la segunda, cuyo fin es la protección patrimonial de las personas con discapacidad —al referirse exclusivamente a quien lo sea con arreglo a esta ley Art. 2 LPPD— el legislador opta por la libertad de disponer cuando el testador excepcionando principios comúnmente aceptados en materia de legítima Art. 808 párr. 3 y 813 párr. 2 CC ante un hijo judicialmente incapacitado, Art. 200 CC grava la legítima

133 V. ESPERANZA RODRIGUEZ, P. «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», *Libro Homenaje a D. Idelfonso Sánchez Mera*, Tomo I, Ed. Colegios Notariales de España – Colegio Notaria de A Coruña, Madrid 2002, pág. 1097 y ss.: «... quizá debemos preguntarnos ¿Qué vemos los notarios en nuestros despachos? ¿Qué reclama la realidad social?»

134 V. *La preterición...op.cit.*, pág. 5344.

135 V. «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, 2005, pág. 20 y ss.

136 V. *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Coord. Generales M. GARRIDO MELERO.- M: FUGARDO ESTIVILL, VII Tomos, con un coordinador sectorial para cada uno de los tomos. Ed. Consejo General Notariado-Editorial Bosch SA, Barcelona 2005.

137 V. RUEDA ESTEBAN, L. «La modificación del párrafo 2º del artículo 1056...op.cit.», pág. 136 y ss. LLOPIS GINER, J.M. «La libertad del testador, su facultad de partir. Comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código civil», en *La Empresa familiar. Encrucijada de intereses personales y empresariales*, Ed. Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Monografía nº 11, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2004, pág. 51 y ss.

estricta de los demás legitimarios —hijos o descendientes— con una sustitución fideicomisaria, Art. 782 CC o la excepción de computar vía Art. 818 CC la donación o legado, a favor del discapacitado legitimario, del derecho de habitación de la vivienda habitual, Art. 822 CC, discapacidad que podrá ser constatada administrativamente, Art. 2.2 LPPD¹³⁸. Por último la ley que modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, Ley 15/2005, de 8 julio da nueva redacción a los Arts. 834, 835 y 840 CC ubicados en la sección de Derechos del Cónyuge viudo así como al Art.945 CC llamamiento a favor del cónyuge supérstite, en defecto de descendientes y ascendientes pero con preferencia a colaterales. Tanto el derecho legitimario del cónyuge viudo, nº 3 Arts. 807 y 834 CC, como el llamamiento intestado o legal vía Art.913,943 y 944 CC se origina siempre que el cónyuge no estuviere separado judicialmente o de hecho¹³⁹. Con ello se unifican los criterios necesarios para que operen los llamamientos, cuestión necesitada de reforma teniendo en cuenta la divergencia que se había producido desde la reforma del Art. 945 CC por Ley 11/1981, de 13 de mayo, reforma que para nada afectó al Art. 834 CC cuando la Ley 30/1981, de 7 de julio si que incidió en su contenido pero que dejó al precepto con la dicción que le dio la Ley de 24 abril 1958¹⁴⁰. Pero si quiero resaltar que aún cuando la reforma de 2005 no deja de ser importante sin embargo permanece la gran falla en la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo: legítima concurrente con la de descendientes, ascendientes o hijos solo del muerto, Arts. 834, 837 y 840 CC; en cambio llamamiento legal a la sucesión sólo en defecto de descendientes o a falta de estos, de ascendientes, Art. 943 CC: «A falta de las personas comprendidas en las dos secciones que preceden, heredaran el cónyuge...».

138 V. AA.VV. *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, nº 32, EGAP, *op. cit.*, pág. 58 y ss.

139 V. PÉREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge supérstite...op.cit.*, pág. 34 y ss. EGUSKIZA BALMASEDA, M^a.A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge...op. cit.*, pág. 23 y ss. Llegan a soluciones opuestas en la ordenación de los derechos del cónyuge viudo antes de la reforma de 2005.

140 Creo que la única reforma del Código Civil en materia de Derechos Sucesorios del cónyuge viudo que no se acude, o bien a que es una forma transaccional con la de los Derechos forales, o bien que con ella se origina un acercamiento a las soluciones ofertadas por esos Derechos más favorables al cónyuge viudo que nuestro Código Civil. Un resumen en la Exposición de Motivos de la Ley 24 abril 1958. La Ley 11/1981, de 13 enero, aunque reforma el Código civil en más de cien artículos, carece de Exposición de Motivos

Sin duda estamos ante una reforma de mínimos. No obstante el alcance del debate entre libertad de disponer y sistema de legítimas debe propiciarse desde el propio texto constitucional.

Tanto la propiedad como la familia han estado en la tradición histórica de nuestro sistema sucesorio íntimamente relacionadas; y mientras que la primera surge en los institutos centrales del sistema sucesorio, testamento (Art. 667 CC), legítima (Art. 806 CC dice es la porción de bienes de los que el testador no puede disponer), incluso como modo de adquirir la propiedad (el Art. 609.2 considera a la sucesión testada e intestada); la segunda es el presupuesto básico en la llamada sucesión legitimaria, Art. 807 CC, y en la legal, donde el parentesco y sus grados son determinantes para que tenga lugar su apertura: así Art. 912 y Art. 913 «la ley defiere la herencia a los parientes del difunto», del parentesco Arts. 915, 930, 935 o 943 CC. En el texto constitucional el Art. 33 CE dispone: 1º Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, 2º La función social delimitará su contenido.

LOPEZ Y LOPEZ¹⁴¹ después de poner de manifiesto la existencia de esa garantía constitucional y aplicada esta a la herencia parece, constituir contenido esencial tanto la libertad de disponer como el derecho a suceder de los parientes. Ello no impide que el legislador pueda limitar este derecho sustrayendo parte del patrimonio de la libertad de disposición de su titular para que vaya destinado a un círculo de parientes nunca de modo general ni indefinido sino los pertenecientes a esa esfera la más próxima; esta es la familia que se ubica en el Art. 39 CE: Familia tradicional, nuclear o familias diversas.

¿Queremos decir que suprimir tanto la libertad de testar como las legítimas sería inconstitucional? Ni lo uno ni lo otro ha sucedido¹⁴².

Autores que mantienen la necesidad de instaurar la libre disposición *mortis causa*¹⁴³ llegan a esa conclusión: cualquier límite a la libertad de dis-

141 V. *Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Coord. A. LÓPEZ Y LÓPEZ.- V.L. MONTÉS.- E. ROCA, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pág. 28 y ss.

142 V. CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mº. «El Derecho sucesorio y las normas Constitucionales», *Estudios de Derecho Civil en homenaje a J.L. Lacruz Berdejo*, Vol.II, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 1992, pág. 1149 y ss. LISERRE, P. *Introduzione al Trattato di Diritto Privato*, Dir. P. Rescigno, Ed. UTET, Torino 1982, pág. 7 y ss: entre los institutos políticos del Derecho civil, el Derecho sucesorio es el que más vertientes presenta en su fundamentación. Por otra parte, es común a la irrevocable unidad entre la propiedad y la familia, dos instituciones expuestas, y no de hoy, a debates y reformas radicales. Mantiene su inconstitucional, BUSTO LAGO, J.M. *Comentarios al Código Civil*, Coord. por Bercovitz, R. Ed. Aranzadi Pamplona, 2001, págs. 952 ss.

143 V. MARGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar» *op.cit.*, pág. 25 y ss. ESPERANZA RODRIGUEZ, P. DE LA, «Perspectiva de la legítima» *op.cit.*, pág. 1115 y ss.

poner que constituye contenido esencial del derecho de propiedad ha de tener el fundamento en una función social. En tal situación la legítima no sólo no cumple función social alguna sino que se ha convertido en un grave escollo para el desarrollo libre de la persona, Art. 10.1 CE.

Podría admitir que las legítimas hoy no se pueden fundamentar sobre las mismas bases que lo fueron en el momento histórico-social en que comenzaron a regularse en los respectivos ordenamientos, pero si ello ha sido así es porque ha debido ser considerada conveniente por la misma sociedad que la ha observado y que como señala la Prof. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹⁴⁴ su eliminación hoy del Código Civil iría en contra del sentir de la mayoría pues esta arraigada en la conciencia social la idea de que al menos los descendientes no puede ser excluidos por el testador, sin razón suficiente, de la sucesión.

Sin embargo a poco que se valore el papel de la propiedad y la familia en el derecho de sucesiones enseguida se aprecia su amparo constitucional. La primera a través del Art. 33.1 CE y la segunda aunque solamente en el Art. 39 CE se refiere a la protección jurídica social y económica de la familia como señala LOPEZ LOPEZ¹⁴⁵, una garantía constitucional a ella referida no se encuentra en el texto. Pues ¿a que tipo de familia se refiere?. Es la garantía institucional de la herencia Art. 33.1 CE la que abarca a la familia ya que el derecho sucesorio ha sido históricamente un derecho de tradición familiar ¿pero cual debe ser la posición de esta ante el fenómeno hereditario?. Repasando el pasado histórico en esta materia de nuestro Código Civil la presencia de la familia en la herencia se proyecta: a/ existencia de la legítima, necesidad de que ciertos parientes reciban una parte del patrimonio, aunque el causante no haya dispuesto nada en caso de otorgar testamento. Esta legítima cuantitativamente será larga hasta el momento en que el testador disponga dentro del círculo familiar mas próximo (descendientes) desigualando a sus destinatarios, es la figura de la mejora, «cuyo nacimiento depende exclusivamente de la potestad concedida al testador para crearla» y por tanto si no usa de la misma por acto expreso no surge tal institución a la

144 *Derecho Civil*, V, *op. cit.*, pág. 305 y ss.

145 «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, 1994, pág. 35 y ss., *ib.*, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Ed. Tecnos, Madrid 1988, pág. 53 y ss.

vida del derecho según sentó la STS de 27 diciembre 1935¹⁴⁶ al amparo del Art. 43 CE de 1931. b/ la posibilidad de disponer de bienes fuera de la familia, Art. 764 CC. c/ en el caso de que el causante no disponga de sus bienes, estos o parte de ellos van al círculo familiar determinado por la ley de ahí su denominación de sucesión legal o abintestato.

La primera y la tercera premisa tienen como referencia a la familia-parientes, círculo familiar determinado- no así el segundo que es la libre disposición del testador la que prima.

Pues bien si decimos que la familia no solo carece de definición constitucional sino que ni siquiera tiene garantía institucional, Art.39 CE ¿puede el legislador ordinario llevar acabo su sustitución como sujeto activo en la transmisión de la titularidad de los bienes mas allá de la muerte de su titular?

Podemos contestar haciendo un muestreo por los ordenamientos jurídicos civiles autonómicos renovados. Una nota destaca en todos ellos y esta es, la permanencia de la legítima¹⁴⁷. Se ha podido reducir el número de legitimarios, la cuantía en relación con la herencia deferida, incluir o excluir al cónyuge viudo de tal categoría, posibilitar el ejercicio de la libertad de disposición del causante con ciertas precauciones.

El Tribunal Constitucional Alemán en BGH 1644/00 de 19 abril 2005¹⁴⁸ señala que «al tener la familia garantía constitucional su protección no resulta cuestionada de suerte que la acción de privación de la legítima no solo se extingue por no ejercitar el derecho sino que ha de basarse en una de las causas tipificadas». Todo lo cual se deriva de la recta aplicación de los Parágrafos 6 y 14 de la GG (Grundgesetz) «La Institución de la legítima contribuye a la consolidación de lazos familiares así como su desaparición contribuiría a erosionar a la propia familia».

146 V. *Jurisprudencia Civil*, Tomo 221, nº 134, *Colección Legislativa del Ministerio de Justicia*, 1935 pág. 684 y ss; alcance del art. 808 CC en relación con el art. 840 CC, cual se armoniza enteramente con la tradición jurídica patria, que, en obsequio a ellos, dio carta de naturaleza a la fórmula restrictiva del *ius disponendi mortis causa*, a título de auxilio contra testadores olvidadizos de sus deberes familiares. STS 28 septiembre 2005 (RJA nº 7154. Ponente Excmo. Sr. D. José R. Ferrándiz Gabriel en igual sentido.

147 V. arts. 350, 355 y 356 CSCM, Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Arts. 41 a 48 para las Islas de Mallorca y Menorca. Arts. 79 y 80, aplicables a las Islas de Ibiza y Formentera, aprobada por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto de la CDCB, art. 171 a 174 Ley 1/1999, de 4 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón; arts. 146 a 151 de la Ley 24 de mayo 1995, de Derecho Civil de Galicia, y Ley 3/1992, de 1 de julio, del País Vasco, arts. 54 a 66 para Vizcaya (Tierra Llana, Llodio y Amurrio).

148 Materia cedido por la prof. M^a Paz GARCÍA RUBIO, Universidad de Santiago de Compostela.

Como una manera de compensar la situación de desequilibrio que puede ocasionar la sustitución de la legítima por la libertad de testar tal y como parece requerida, se pide por quienes defienden la supresión de la legítima en el Código Civil así MAGARIÑO, de la ESPERANZA y CALATAYUD¹⁴⁹ que sea corregido, para aquellos familiares del causante que no recibirán herencia, por un derecho de alimentos, el cual efectivamente se reconoce en aquellos sistemas sucesorios de legítima colectiva, así Art. 200 de la Ley 3/1999, de 24 febrero, de Aragón o de libertad de testar, Art. 66 LDCFV de 3/1992, de 1 julio, que se introduce como novedad en la mencionada Ley para un concreto sistema legitimario imbuido por la idea de troncalidad¹⁵⁰ y siempre que la situación de necesidad tenga su origen directo en la distribución del patrimonio del causante, o la ley de Derecho Civil de Galicia para un supuesto concreto: Art. 123 nº 3 usufructo de viudedad.

Con carácter general, como institución de Derecho Sucesorio se recogió el derecho a alimentos en el Art. 2.266 del Proyecto de Código Civil de 1836 de Cambrónero¹⁵¹. En cuyo discurso preliminar dice a este respecto:

Una novedad extraña es el derecho a pedir alimentos de los bienes hereditarios que concede el proyecto a ciertas personas (secc 2ª, Cap. IV, y Tit. II).

Dice el preámbulo que «A falta de concurrencia en los demás casos se ha establecido el derecho alimenticio en la sucesión testada o intestada, que tendrán por su orden todas las personas en la escala formada al intento, cuando no perciban parte alguna de la herencia». Después de señalar quienes son los beneficiarios de esta obligación y que el importe de la misma se saca de la parte libre del caudal, establece la incompatibilidad de pedir alimentos cuando sucedan abintestato o tengan cuota legitimaria» y finalmente señala que: «Esta innovación de alimentos tiene un fundamento moral, mas ostensible en el desamparo que quedaba el derecho del cónyuge viudo, y parece estar pre-

149 V. «La libertad de testar» *op. cit.*, pág. 27 y ss. «Perspectiva de la legítima...» *op. cit.*, pág. 1097 y ss. «Consideraciones acerca de la libertad de testar», *op. cit.*, pág. 259 y ss.

150 V. GALICIA AIZPURUA, G. *Legítima y Troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizcaia*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pág. 269, donde comienza el estudio de la situación actual en la Ley 3/1992 LDEF, y págs. 329 y ss., sobre el derecho de alimentos y su ubicación después del apartamiento. PÉREZ ESCOLAR, M. *El cónyuge supérstite...op.cit.*, pág. 163.

151 V. LASSO GAITE, F.J. *Crónica de la Codificación Española.4, Codificación Civil*, Vol.I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1970, pág. 147 y ss.

visto frente a los posibles dispendios u omisiones del testador. Tales alimentos equivalen a: una legítima limitada¹⁵².

En el Proyecto de Código Civil de 1851 no se recoge nada reseñable y de nuevo habrá que esperar hasta el Código Civil donde vuelve aparecer aunque sea muy limitadamente esta figura.

La Base 16 de la Ley de Bases de 11 mayo 1888 señala que «la legítima de los ascendientes... quienes podrán optar entre esta y los alimentos»¹⁵³. Sin embargo fue en el Art. 845 CC (derogado por la Ley 11/1981, de 13 mayo) el que estableció un derecho de alimentos a favor de los hijos ilegítimos no naturales en la herencia de su padre. A su pago estaban obligados todos los herederos, discutiéndose, como suele suceder en tema de alimentos, si la cuantía de esto debía tener en cuenta el *relictum* o la fortuna de los obligados¹⁵⁴.

En la actualidad un derecho de alimentos con tintes sucesorios se prevé para un supuesto en concreto: Art. 964 CC para la viuda que al morir su marido queda encinta: se le deberán: alimentos, aunque sea rica, de los bienes hereditarios¹⁵⁵. O los del Art. 1408 CC, puede en el supuesto de que se disuelva la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, Art. 1392 n° 1 CC en relación con el Art. 85 CC, el sobreviviente y los hijos hasta que se liquide, tiene derecho a alimentos en la masa común de bienes¹⁵⁶.

No hay duda de que estos alimentos citados muy poco tienen que ver con los establecidos en los Arts. 142 y ss CC. Así mismo tampoco se le exige el presupuesto de la necesidad en el alimentista en cuanto que precisa que

152 V. LASSO GAITE, F.J. *Crónica de la Codificación Española*, op. cit., Vol. II, Apéndice IV, págs. 303 y ss., Arts. 2266 a 2275.

153 V. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral...op. cit.*, pág. 460, sostiene que una de las opciones es la que considera a la legítima como un derecho natural subrogado en el derecho de alimentos.

154 V. DÍEZ PICAZO, L.- GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. IV, Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid 1978, pág. 356 y ss.; en materia hereditaria el Código se limita a permitir la subsistencia de ese mismo derecho de alimentos. El art. 854 CC dice: que en la herencia de los hijos ilegítimos no naturales, sólo tendrán derecho de alimentos y que la obligación del que haya de prestarlos se transmite a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad y en caso de incapaces mientras dure la incapacidad.

155 V. ALONSO PÉREZ, M. «Los alimentos debidos a la viuda encinta», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969, pág. 373 y ss.

156 V. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ed. Macgraw Hill, Madrid 1995, pág. 395 y ss.

deben pagarse aunque sea rica. Ni plantea la cuestión de la exclusión del derecho de alimentos si hay llamamiento legal o cuota legitimaria o su compatibilidad con lo recibido como consecuencia de la sucesión tal y como se prevé en el Art. 200 LSA de Aragón y como ya se regulaba en el Art. 121 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón¹⁵⁷.

No creo que «los alimentos» como ha sido configurado en los diversos textos normativos a los que hemos aludido sea la solución idónea en un sistema que con la implantación de la libertad de testar se intentara compensar los derechos de los descendientes, lo que supondría que si estos no tuvieran necesidades económicas la obligación de prestar alimentos no se originaría, lo que sin duda para aquellos autores que creen que el fundamento de la sucesión legítima es una especie de obligación alimentaria se encontrarían con un punto de inflexión: la legítima se debe en todo caso, en cambio no siempre el presupuesto necesario en los alimentos la necesidad del alimentista¹⁵⁸. El carácter eventual y temporal que los alimentos tienen ya que su función es la de satisfacer necesidades vitales en mayor o menos extensión se contraponen con el carácter permanente de la legítima la cual no responde a ningún presupuesto vital.

VI. SÍNTESIS DE UN SISTEMA

El sistema sucesorio que regula el Código Civil de acuerdo con los criterios clasificatorios tradicionales se basa en la pervivencia de la legítima o sistema hereditario de tres partes: una que constituye la legítima de los hijos, otra que podía asignar el padre a su arbitrio como mejora entre los descendientes y otra que podrá disponer libremente. Prima la concepción legitimaria sobre la libertad de disponer ya que frente a este tercio de libre disposición, la legítima puede conformarse (dos tercios del caudal hereditario: legítima

157 V. GARCÍA AMIGO, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. M. Albaladejo García, Tomo XXXIV, Vol. 2º, 2ª ed. Edersa, Madrid 1988, pág. 24 y ss. En el apartado VIII del Preámbulo a la Ley 11/1999, de 24 de febrero, se dice a este respecto: tiene una escueta referencia al derecho de alimentos que en ciertos casos y de forma subsidiaria respecto de otras obligaciones alimenticias de grado preferente, manteniéndose así en lo esencial el precepto de la Compilación, con algunas precisiones.

158 V. BERMEJO PUMAR, M. *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, *op. cit.*, pág. 40 y ss. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *La cautela Gualdense...op.cit.*, pág. 24. La idea es sugerente. La puesta en relación de la conexión existente entre la obligación legal de alimentos y la legítima.

larga). Desde este punto de vista la distribución por el que se rige el caudal hereditario es mixto: Mientras que la ley impone que dos tercios del caudal sea para los legitimarios —descendientes— la libre voluntad del testador puede disponer de un tercio a favor de cualquiera persona, siempre que reúna los requisitos del artículo 745 CC.

Por la regulación jurídica que se hace en el sistema sucesorio del Código Civil de estos dos principios legítima y libre disposición la diferencia se establece en el propio texto legal: Bajo la rúbrica de «las legítimas» se diseña el régimen de estas y quienes son los destinatarios de las mismas en cambio, la libre voluntad de disponer del causante solo está representada por el párr. Cuarto del artículo 808 CC: La tercera parte restante será de libre disposición y poco mas: artículo 820 n° 3 CC como una de las soluciones que se dá a los legitimarios ante el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, es la de entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador.

¿Quiénes serán estos legitimarios?

Muy generosamente están nominalmente referidos:

- a) Hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
- b) A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
- c) El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

Enumeración que coincide con el artículo 146 LDCG y con el artículo 41 CDCB aplicable a Mallorca y Menorca. Se diferencia del Derecho Civil Catalán en el que el cónyuge no es legitimario, artículos 352 y 353 CSMC y de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, en que el artículo 171 considera como legitimario solo a los descendientes de cualquier grado. A ellos se refiere el artículo 173 LSMA.

El llamamiento de los legitimarios en el régimen del Código Civil no es idéntico:

1. Hijos o descendientes.
2. A falta de estos, padres o ascendiente.

Pero concurriendo con unos u otros está el cónyuge viudo o viuda como legitimario. Su legítima tiene unos caracteres propios que la diferencian de los anteriores: es en usufructo y no en propiedad; es concurrente con cualquiera de ellas; es variable en su cuantía, depende con quien coincida como

legitimario hijos o descendientes un tercio, artículo 834, ascendientes, mitad de la herencia, artículo 837 ni los unos ni los otros, dos tercios de la herencia, artículo 838 CC. Es conmutable a instancia de los herederos, artículo 839 o del propio viudo o viuda cuando este concurre con hijos solo del causante, artículo 840. Característica que la diferencia de los otros supuestos en los que las legítimas pueden ser conmutadas: artículos 841 ss y 1056 párr. 2º, si bien es presupuesto necesario el que haya una voluntad testamentaria del causante ordenando su conmutación. Así el artículo 841 el testador...o 1056 párr. 2º el testador. Aunque como legitimario se le considere un «*parvenu*» frente a los hijos o descendientes que son llamados de élite o que sea considerado como figura extraña. Pero aunque a pesar de ser variable en la cuantía es fija en su llamamiento: ya que aunque si bien no puede ser sucesor abintestato por existir descendientes o ascendientes, si lo es en su posición legitimaria: artículos 943 CC y 834 ss CC.

No debemos afirmar que el sistema legitimario del Código Civil permanece idéntico a como se consagró en el Código Civil, como reapunta en el proyecto Francés de reforma de Sucesiones y Donaciones 2002-2005 en relación con el Code de 1804. Ha habido reformas importantes incluyendo en estas hasta la de la Ley 11/1981, de 13 mayo. Podemos citar las últimas: Ley 7/2003, Ley 41/2003 y ley 15/2005: Libertad del padre con hijo judicialmente incapacitado de gravar la legítima estricta de sus hijos o descendientes con una sustitución fideicomisaria; libertad del testador de elegir a su sucesor en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia quiere conservarla indivisa disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados...o las facultades concedidas al cónyuge vía artículo 831 CC por el testador en el se dan conjunción un abanico de posibilidades que superan la armonía del sistema sucesorio tradicional.

Llegados a este punto creo que procede una ponderación de los dos principios claves en el derecho de Sucesiones: Legítima y libertad de testar.

La legítima no confiere al legitimario la condición de heredero. La posición de los diversos grupos de legitimarios no tiene la misma aceptación.

A.- Legítima de padres y ascendientes; la realidad actual no demanda la conservación tal y como está enunciada. Incluso reduciéndola a los padres puede plantear problema por la premoriencia del hijo, sin descendencia si este ha instituido heredero al cónyuge viudo. Cuestión que conduce a valorar que con excepción de la previsión del artículo 1056 III CC es la única legítima que esta requiriendo su pago en bienes de la herencia. Además tienen a su

favor que en la sucesión intestada son llamados, artículo 935 CC en defecto de hijos o descendientes.

B.- La legítima del viudo o viuda ocupa un lugar específico en nuestro Derecho legitimario, lo es en la forma y medida que establece el Código. La realidad social muestra que la mayor parte de las veces en ausencia de hijos o descendientes los cónyuges otorgando testamento se instituyen recíprocamente herederos: o si hay descendientes se instituyen en usufructo sobre la totalidad de la herencia bien vía artículo 820 n° 3 CC o bien vía admitida, doctrinal y jurisprudencialmente de la cautela de opción compensatoria o cautela *socini*. Esta posibilidad que por vía testamentaria tiene confines claros puede encontrarse con la legítima de los padres e incluso el llamamiento del cónyuge viudo abintestato lo es: en defecto de hijos y descendientes artículo 943 CC a diferencia del Derecho de Cataluña, artículo 331 CSMC en el que el Cónyuge viudo es llamado al usufructo vidual en defecto de hijos o descendientes. Posibilidad de articular un derecho de usufructo universal del cónyuge viudo también en la sucesión abintestato. Parece que se puede aplicar generalizándola las soluciones de los artículos 840 y 839 CC.

C.- Legítima de los hijos y descendientes. ¿Legítima larga o estricta? lo que supone, legitima sí. Aquí si que no hay la unanimidad que se predica de la de ascendientes -reducción o supresión- o la del viudo —ampliar y garantizar su posición— lo que implica mantenerla pero variándola.

Sin duda, la legítima larga es un sello de identificación de nuestro sistema sucesorio. En ella se concitan tanto la disposición de la ley como la voluntad del testador, mejorando eso si, a unos familiares muy próximos: hijos o descendientes, mejora distribuida de igual manera que lo es en el artículo 171 n° 2 CSMA la legítima propia de Aragón.

¿Pago de la porción hereditaria en casos especiales? ¿Se puede seguir manteniendo ese enunciado? Será la regla general de todos los demás casos en los que se ordena el pago en metálico. O sigue siendo especial no por la forma de pago metálico hereditario o no sino por ser la libre disposición del testador la que permite que esto no sea así... podrá adjudicar todos los bienes...» sin que deban concurrir ningún otro requisito objetivo, artículos 821, 829 y 1056 II CC. Entonces: ¿Legítima *pars bonorum* o *pars valoris bonorum*?

COMUNICACIONES

LA RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS POR DEUDAS DEL CAUSANTE (COMUNICACIÓN SOBRE LA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES)

RAMÓN DURÁN RIVACOBIA

Catedrático

AURORA GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Profesora Titular

Universidad de Oviedo

Tres son las opciones posibles a contemplar por los ordenamientos en cuanto al destino de las deudas del *de cuius* en el conjunto del proceso hereditario.

La primera sería reconocer que la muerte resulta una desgracia, no por inevitable menos traumática. Como evento social relevante, alcanza en su despliegue a cualquier protagonista. Según cuál fuese la relación mantenida con el finado, serán más o menos intensas sus repercusiones. Respecto de los familiares y personas más allegadas, el lógico dolor sufrido por la pérdida no se compensa con la herencia. No sirve de *premio de consolación*, pero, con mayor motivo, tampoco debe aumentar más la carga, siquiera sea en la faceta económica, recaída sobre los herederos. Por consiguiente, un sabio

reparto de las desventuras indicaría que la solución óptima en teoría es entender que un fallecimiento extingue, junto a la vida del protagonista, sus deudas; es decir, que los herederos no responden por este título. Sin embargo, dicha idea no es compartida por ninguna experiencia legal reseñable. Comporta un daño inferido a los acreedores sin justificación, a la vez que los sucesores reciben un patrimonio libre de cargas que maquilla sus verdaderas dimensiones, agrandándolas en perjuicio de tercero. Asesta un golpe gratuito a la seguridad del tráfico jurídico y somete las relaciones contraídas en su seno a una contingencia perniciosa. Este privilegio, además, tampoco aliviaría en el fondo el revés humano sufrido, al tiempo que destruye las bases para una verdadera y equitativa distribución del riesgo. Ahora bien, podría decirse que la muerte produce una suerte de imposibilidad de cumplimiento por el deudor (cfr. art. 1184 CC); y, habida cuenta que no es imputable a su persona —es lógico presumir que hubiera deseado por lo común conservar la vida—, decae la obligación.

El Código civil no contempla semejante alternativa. Muy al contrario, el fallecimiento del deudor, hecho de carácter objetivo —y, si se me apura, universal y necesario, pues la existencia es un fenómeno sometido a término sólo *incertus quando*—, no se recoge como causa de la extinción de las obligaciones (cfr. art. 1156 CC), lo que de otra manera sería imprescindible. Además, con arreglo al artículo 1257 del Código civil, «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley*». En otras palabras, el principio de relatividad de los pactos abarca también a sus respectivos sucesores, mientras la prestación comprometida por el causante fuera transmisible, al revés del supuesto en el que acontece *proprio modo* la imposibilidad sobrevenida y no imputable de la prestación. En síntesis, salvo que de la naturaleza de la conducta u objeto comprometido se derive cosa distinta, los vínculos jurídicos no acaban junto a la existencia de sus protagonistas.

Otra opción barajable contempla que los perjuicios causados por la muerte repercutan de alguna forma en todos los afectados en el asunto, cada uno según la medida de sus intereses. Por tanto, los acreedores de ordinario quedan incólumes, sin sufrir merma sobrevenida en su patrimonio, excepto imponderables del *intuitu personae*. A su vez, los herederos tampoco recibirían bienes excluidos de cargas y privilegiados por el hecho de la muerte de

su antiguo titular. Según ello, y en el más lógico uso de la razón, los acreedores albergan expectativas sobre un patrimonio —cuyo alcance contempla todos los bienes presentes y futuros, en la llamada responsabilidad patrimonial universal (cfr. art. 1911 CC)— que mantienen, pero no aumentan. Un panorama como el descrito implica que los créditos conserven la garantía personal del causante, plasmada sobre sus cosas y derechos en sus actuales parámetros, pues las ganancias y pérdidas cesan con su muerte. En puros términos jurídicos, tales bienes se hallan afectos al pago de las deudas. Ni más, ni menos. *Análogo modo*, el beneficio *mortis causa* no puede comprender sino las resultas finales de las operaciones liquidatorias adecuadas *ad casum*. Éstas arrojan el verdadero signo real de los derechos causados.

El horizonte dibujado se ajusta mejor al esquema del *common law*, en el que primero se liquida (más bien ejecuta, operación que da nombre a su encargado y protagonista) y luego se transmite a los herederos el sobrante, si existe. A nuestro juicio, sería ésta, u otra paralela de responsabilidad *intra vires*, la mejor solución, por cuanto equilibra las distintas situaciones afectadas por el fallecimiento y se corresponde de manera óptima con la mecánica obligacional en juego.

Con todo, un análisis como el realizado puede tacharse de parcial, pues no repara en la postura maximalista que alienta del Derecho civil común español. Al mantenimiento de las obligaciones pecuniarias previas se añade otro axioma dogmático referido a la posición del heredero respecto de su causante. En virtud de una muy dilatada experiencia jurídica, se ha entendido que, lejos de ser un simple destinatario de los bienes, el sucesor *mortis causa* supone un verdadero continuador de la extinta personalidad. Lo curioso es que semejante rol con frecuencia le perjudica. Buen ejemplo es que no pueda impugnar ni tan siquiera los negocios efectuados en simulación relativa por el *de cuius*, pues dicho ánimo se perpetúa vicariamente a través de su persona, lo cual impide replanteamientos contra los actos que, sin ser propios, se le atribuyen por tales¹. Así consagra la ilógica que obstaculiza repeler del espacio jurídico negocios claramente fraudulentos. En el ara de los condicionantes teóricos se sacrifican no pocos valores, como el presente. Una vez erigido el heredero en continuador de la personalidad del causante, las deudas recibidas obtienen el tratamiento de propias. Con ello se produce una

1 Cfr., por extenso, DURÁN RIVACOBA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 2003, pp. 244 y ss.

severa paradoja: no es que la muerte del deudor funcione al margen de la mecánica de las obligaciones asumidas —es decir, sea inocua respecto de los acreedores—, muy al contrario les beneficia de manera extraordinaria. La responsabilidad *ultra vires* implica un privilegio sin fundamento material alguno, nacido al amparo de posiciones abstractas y anacrónicas. Posiblemente radique su fuerza en el favorable dato estadístico que, por lo común, señala un superávit en las balanzas económicas individuales al término de la vida. Mas, los efectos de la medida bien pueden declararse nocivos para el conjunto de los ciudadanos, que siempre mueren, pero no todos son acreedores afectados por el deceso del deudor. Constituye una suerte de *favor creditoris* excesivo²: «por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios» (art. 1003 CC). El alcance de dicho vínculo se pretende de alguna manera moderar a tenor del artículo 995 del Código civil, pues «cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal», por eso «cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la herencia sin intervención del otro» (art. 1053 CC). Ahora bien, la idea —introducida en el Código civil por la Ley 14/1975, de 2 mayo, que amplió la capacidad de obrar de la mujer casada— logra plasmación práctica solo a medias, porque resulta conocido cómo una deuda personal compromete tarde o temprano a los gananciales, que, a fin y a la postre, no son sino de los esposos, según prueba el artículo 1373 del propio Código.

2 El ordenamiento no debería contemplar a los individuos exclusivamente por el papel que asuman en el proceso económico. Resulta inapropiado construir estatutos rígidos sobre la base de posturas teóricas. No existe un acreedor puro, ni un deudor completo. Precisamente la bilateralidad cruzada de las relaciones jurídicas —que muchas veces las justifica incluso en el capítulo de la causa de los contratos sinalagmáticos y recíprocos— hace que las personas asuman ambos polos. El carácter relativo de tales roles muestran a las claras su artificiosa objetividad. Un planteamiento que favorezca en abstracto ciertas posiciones económicas no beneficia en el fondo a nadie y desequilibra el tratamiento jurídico más acorde. El *favor creditoris* llevado a su extremo es un grave desatino. Perjudica más que ayuda y, a la larga, repercute sobre idénticos sectores que busca privilegiar. Todos compartimos facetas características de acreedores y deudores al mismo tiempo, según impone la propia estabilidad del vigente sistema de mercado. En otros términos, debe operarse contra los perjuicios de la insolvencia, en idéntica medida que se ataja el abuso de la posición predominante.

Puede objetarse que igualmente se arbitran resortes de mayor equidistancia, como sería el beneficio de inventario. Sin embargo, hasta su mismo epígrafe resulta elocuente. Se denomina *beneficio* —esto es: privilegio, excepción, licencia— y con arreglo al artículo 1023 del Código civil, se «*produce en favor del heredero*». Además, su régimen se ajusta bien a semejante naturaleza, pues, a diferencia de cuanto sucede con el modo de aceptar, sigue los cauces de la repudiación, al menos en su forma: «*la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes*» (art. 1011 CC). En efecto, su carácter residual queda patente, porque cuando «*por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente*» (art. 1018 CC). En cualquier caso, la falta de similitud entre los regímenes de adquisición de la herencia son llamativos en Derecho español, aun cuando en la mayoría de sistemas aceptar pura y simplemente supone asumir a título propio la carga de las deudas del causante. Conforme al artículo 988 del Código civil, «*la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres*», pero más parece así en una de las hipótesis y no la otra. En efecto, «*la herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, o a beneficio de inventario*» (art. 998 CC), pero mientras la primera «*puede ser expresa o tácita*» (art. 999, pfo. 1, CC) —según se haga «*en documento público o privado*» (art. 999, pfo. 2, CC), o bien «*por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*» (art. 999, pfo. 3, CC)—, la segunda «*deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente*» (art. 1008 CC). Es decir, que merecen para el legislador un trato bien distinto, siempre favorable a los acreedores del *de cuius* y en perjuicio de los herederos, cuya responsabilidad aumenta. Buena prueba de cuanto digo consta en la jurisprudencia, laxa en este punto, con el fin de ahorrar mayores obstáculos a quienes incurrían en defectos formales que pudieran impedir la vigencia del beneficio de inventario que instaron de buena fe, pero sin acierto. Con todo, la incidencia práctica del mecanismo no parece ajustarse adecuadamente a su más que presumible influjo teórico. Las limitaciones legales para el adecuado desarrollo del beneficio de inventario explican su escaso despliegue, con talante de verdadera excepción. A ello se añade que incluso «*hecha la parti-*

ción, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio» (art. 1084 CC). Es decir, se produce la rotura de otro de los principios básicos de las obligaciones, como es la parcialidad, pues «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria» (art. 1137 CC). El cierre de un esquema tan desequilibrado con los intereses en juego a nuestro juicio exige una reflexión serena, que promueva, en su caso, las reformas oportunas para reconocer a cada partícipe un tratamiento legal más justo con su situación.

Este régimen, en cuya virtud el heredero recibe, junto con el activo, el pasivo, y ambos asume como propios, se refleja, casi por ironía y *a contrario*, en el artículo 1023 del Código civil, cuando desgrana las repercusiones del beneficio de inventario: «1º *El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma*»; «2º *Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto*»; y «3º *No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia*». Al margen de que contempla el precepto un orden de factores y una expresión francamente mejorables, señala otro resorte jurídico derivado del inventario en materia de sucesiones. Me refiero al beneficio de separación. Es lo cierto que concurren en la disciplina que me ocupa dos polos de influencia. El *quid* de la cuestión radica en que los acreedores mantengan en su justa medida los derechos adquiridos al patrimonio del causante, que su deceso sea inocuo a los asuntos crediticios previos, sin constituir para los acreedores dádiva insospechada ni tampoco detrimento alguno. En consecuencia, si llevamos al límite como dogma la continuación de la personalidad del *de cuius* en el heredero, se impone como nocivo corolario confundir en uno sendos patrimonios, identificándolos. Así, el objeto de responsabilidad por las deudas del causante se unifica con la del heredero, pero extinguidos sus correspondientes créditos «*por la confusión de los derechos de acreedor y deudor*» (art. 1056 CC). Ello implica con frecuencia perjuicios intolerables. Los acreedores tienen

derecho a cobrarse a costa de los bienes y derechos del difunto y en el orden debido, sin sufrir preferencias sobrevenidas a causa de simples efectos automáticos de axiomas abstractos, como sería que la continuación de personalidades entre causante y heredero confunde y extingue sus respectivas deudas. Esto socava de forma ilógica la garantía del patrimonio del deudor, reducido insospechadamente gracias a principios dogmáticos ajenos a la realidad jurídica y económica del fenómeno. Luego queda en evidencia que dicho sistema resulta paradójico y ambivalente, introduciendo agravios a la vez para los acreedores y los herederos, según la hipótesis. Se constata, entonces, una grave pérdida del sentido que pudiera incorporar. A diferencia de cuanto proclama el artículo 1023 del Código civil —contempla un mecanismo que lucra sólo al heredero, quien no extingue sus obligaciones frente al causante, pero conserva los derechos pendientes que le pudieran favorecer—, el beneficio de separación debería superar su carácter extraordinario y establecerse como pauta firme de las sucesiones. Incorpora también los valores de la integridad del patrimonio responsable para los acreedores, en complemento de sus actuales parámetros de *beneficio* brindado en exclusiva para los herederos. Aquéllos podrán agredir para satisfacer sus deudas cuantos bienes y derechos tenían a su disposición en vida del causante. Identidad del patrimonio del *de cuius* que debe defenderse contra las dos opciones modificadoras: la de su menoscabo por causa de confusión con bienes y derechos pendientes del heredero y la de su artificioso incremento a costa del patrimonio del sucesor, que se suma con el fin de garantía de las deudas contraídas por el fallecido.

El tercer gran capítulo de alternativas legales al destino de las obligaciones una vez fallezca el deudor viene representada por la responsabilidad *intra vires*. A su amparo, los herederos asumen el patrimonio de su causante y sus cargas, pero permanece intacto hasta que se satisfaga su pasivo con los bienes y derechos que incorpora, lo que impide confusiones *a priori* con el suyo propio. Es la figura intermedia y que, a nuestro juicio, debería implantarse dentro del sistema español de Derecho sucesorio civil común. Algunos ordenamientos forales lo contemplan. Sería el caso de Navarra, cuya ley 318 —«Responsabilidad «*intra vires*»»— del Fuero Nuevo dispone así: «*el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por*

gastos de última enfermedad, entierro y funerales». Igualmente, la Compilación aragonesa, reformada por Ley 1/1999, de 24 febrero, de las Cortes de Aragón, contempla en su artículo 40 la *«limitación de la responsabilidad del heredero»*, a tenor de cuyo primer número establece que *«el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario»*³.

La fórmula limitativa de la responsabilidad de los sucesores por deudas de su causante al patrimonio heredado tiene notorias ventajas económicas y jurídicas. Además, recibe adecuado complemento en favor de los acreedores por vía del llamado beneficio de separación. Éste impide que los patrimonios concurrentes a partir del fallecimiento del *de cuius* no se confundan hasta satisfacerse por completo a costa de los bienes el pasivo que soportaban en vida del deudor. Esta constituye la esencia de la faceta obligacional del problema. En tal sentido, varias son las alternativas que ofrecen nuestros Derechos civiles forales. En principio, existiendo responsabilidad *ultra vires* de los sucesores *mortis causa* no alcanza gran interés instituir el beneficio de separación, ignorado así en el régimen el sistema común salvo en circunstancias excepcionales. En los demás supuestos, la variedad de modelos es múltiple y oscila entre dos propuestas básicas. La primera constituye su reconocimiento en el artículo 42 de la Compilación aragonesa —*«Separación de patrimonios»*—, cuando proclama en su primer número que *«la confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto»*. Repárese que no existe ya beneficio alguno de separación, en correspondencia con el extinguido *de inventario*, pues, caído éste, aquél resulta típico. Incluso funciona no sólo a favor de los acreedores, sino de todos los partícipes, también el sucesor. Con arreglo al número 2 de dicho precepto, *«la aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni de los de ésta contra aquél»*. Por el contrario, creemos que adopta una idea menos acertada el Fuero Nuevo como *«Beneficio de separación»*: *«los*

3 En adecuado complemento, su segundo número establece que *«sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados»*.

acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirá las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.—. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores», afirma la ley 319.a) de la Compilación navarra. Nótese que subsiste su carácter de beneficio; es decir, requiere imprescindible iniciativa de parte que condiciona sus efectos, por cuanto «la separación de bienes hereditarios afectará a éstos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El Juez, a petición de los interesados, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento.—. Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieren solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieren solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Parece más adecuada una separación de patrimonios con la naturaleza propia de la responsabilidad *intra vires* instituida; serviría de complemento típico del sistema, lejos de su talante de beneficio legal sometido a impulso privado.

Por último, tampoco pueden olvidarse los corolarios acerca de la naturaleza de los vínculos patrimoniales que asumen los múltiples herederos. Ya se ha defendido que la responsabilidad solidaria es la excepción en el marco jurídico de las obligaciones en el Código civil español (cfr. art. 1137 CC). Sin embargo, el panorama se trastoca en este punto, con arreglo al primer párrafo del artículo 1084 del Código civil: «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio». Cabe deducir que la ligazón entre responsabilidad *ultra vires* y solidaria de los herederos resulta evidente. Por eso mismo, alcanza no poco interés la fórmula establecida en el artículo primero

del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña, en cuyo ámbito la clásica responsabilidad ilimitada de los sucesores —«*el heredero sucede en todo el derecho de su causante. Por consiguiente, adquiere los bienes y los derechos de la herencia y se subroga en las obligaciones del causante que no se extingan por el fallecimiento. Debe cumplir las cargas hereditarias y queda vinculado a los actos propios del causante*»—, no impide un sistema de reparto proporcional entre los sucesores de las obligaciones asumidas: «*si concurren a la sucesión, simultáneamente, una pluralidad de herederos, adquieren el patrimonio hereditario en proporción a sus respectivas cuotas. Sin embargo, las obligaciones y cargas de la herencia se dividen en proporción a las respectivas cuotas sin solidaridad entre los herederos*». En el supuesto de que la responsabilidad de los herederos no lograra su defendida naturaleza *intra vires* (instituyendo los beneficios de inventario y de separación con carácter de típico y universal), al menos sería deseable que se redujera la extralimitada garantía que comporta la solidaridad en el pago de las deudas del causante una vez hecha la partición.

Oviedo, noviembre de 2005

DONACIONES *MORTIS CAUSA* POSIBILIDADES ACTUALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y PROPUESTAS DE REFORMA*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

PRIMERA PARTE. LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*: EL *STATUS QUAESTIONIS* SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL QUE SE OCUPAN DE ELLAS¹

I. LAS DONACIONES Y SU POSIBLE FUNCIÓN SUCESORIA EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

1. Planteamiento

Nos ha parecido necesario fundamentar nuestra propuesta final analizando con cierto detalle el contenido actual de nuestro sistema, según la

* El presente trabajo se ha realizado dentro del Grupo de Investigación «Sujetos e instrumentos del tráfico privado IV» (SEJ 2004-06995), financiado por el Ministerio de Educación y ciencia, del que es investigador principal el Profesor Antonio Gordillo Cañas.

¹ En estas páginas seguimos fundamentalmente las ideas ya publicadas en nuestra monografía *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999, pp. 125 y ss., con las modifica-

interpretación que nos parece más segura y razonable, y según la aplicación que de él hace nuestro Tribunal Supremo.

En este sentido nos parece bueno recordar que en nuestro ordenamiento vigente, a pesar de que las donaciones *mortis causa* se encuentran excluidas de él según la opinión más común (cfr. art. 620 CC), algunas clases de donaciones prestan un cauce de traza legal a funciones claramente sucesorias: así la donación con reserva de usufructo (cfr. art. 634 CC), la donación con entrega *post obitum*, y las donaciones que vienen acompañadas de pactos especiales como la reserva de la facultad de disponer y el pacto de reversión (cfr. arts. 639 y 641 CC respectivamente). Además, con un criterio más amplio que el vigente en el antiguo Derecho castellano, se admite también la donación de todos los bienes presentes (cfr. art. 634 CC), aunque subsiste la imposibilidad de donar los bienes futuros (cfr. art. 635 CC), es decir, los que se tengan en determinado momento futuro, normalmente en el de la muerte. La doctrina recuerda, con razón, que es frecuente que se pretenda con la utilización de estas figuras previstas en el Código Civil realizar un reparto de los bienes en vida; es decir que el causante «previendo el destino de su patrimonio después de su muerte consagra en vida una distribución de sus elementos patrimoniales en la que se determina quién va a ser en su día titular de cada uno de ellos. Así pues, se trata siempre en último término de un acto verificado en contemplación de la muerte»².

Las funciones prácticas de estas figuras suelen estar muy próximas a las típicamente sucesorias, y vienen normalmente acompañadas de otras tales como: mantener la unidad de la explotación agrícola, comercial o industrial de carácter familiar que se transmite al descendiente que lleva todo o

ciones que en este momento hemos considerado oportuno hacer en razón del objeto propio de este trabajo. Con posterioridad a nuestro citado trabajo es obligado consultar: DE LOS MOZOS, *La donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, Madrid, 2000; MANZANO FERNÁNDEZ, «Consideraciones sobre la donación *mortis causa* en el Derecho civil español», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Murcia, 2004, pp. 2971 y ss. y ALBIEZ DOHRMANN, «Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte» en CARRIDO MELERO-FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, Barcelona, 2005, pp. 581 y ss., y en esta obra otras referencias.

2 Así: GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto *inter vivos*», *RDP*, 1954, pág. 495. Por su parte, RODRÍGUEZ ADRADOS se ocupa de ofrecer un elenco de los medios *inter vivos* a través de los cuales es frecuente que se atienda a la finalidad de adelantar de alguna manera la sucesión: «La partición hecha por el testador», *RDN*, 1970, págs. 210 y ss.

parte del trabajo de explotación en los últimos años de la vida del ascendiente; asegurar la atención y compañía de los descendientes elegidos por el ascendiente durante los últimos años de su vida; dar seguridad al hijo o descendiente elegido de que la disposición de bienes no se va a revocar por la libre voluntad del causante (lo cual encuentra un cauce muy adecuado en la donación *inter vivos*), si bien también es frecuente que el causante quiera conservar un cierto poder de disposición sobre el destino de los bienes (lo cual planteará algunas dudas en cuanto a su admisibilidad en el caso en que el mecanismo elegido consista en una donación *inter vivos*, pues precisamente en este carácter se hace radicar tradicionalmente la distinción entre la donación *inter vivos* y la *mortis causa*).

La doctrina y la jurisprudencia, no obstante el importante significado de la aceptación legal, y la especial causa de estas figuras a las que acabamos de aludir, que podríamos denominar cuasisucesoria, se ha detenido en exceso sobre el problema de la no admisibilidad en nuestro Derecho de la donación *mortis causa*, en cuanto forma típica de disponer *mortis causa*, y la consiguiente remisión de las mismas a su formalización testamentaria, lo cual nos parece que puede llegar a ser peligroso pues, a pesar del buen sentido con el que suele aplicarse el sistema por el Tribunal Supremo, el tenor literal de algunas Sentencias de éste y, sobre todo, de Tribunales inferiores es mucho más criticable. En nuestra opinión, la amplitud de variantes que admite la donación *inter vivos*, poco menos que hace innecesaria la donación *mortis causa*, puesto que el tradicional contenido y función de ésta puede ser asumido casi en su totalidad por aquélla; por eso mismo nos resulta peligroso insistir en la vigencia de una prohibición que puede terminar por introducir limitaciones a las donaciones que no se encuentran formuladas explícitamente en las normas. En cambio es cierto que el régimen que la Ley dedica a todas estas figuras acabadas de mencionar no es completamente claro lo que justificaría quizá una reforma del sistema para precisar tanto el significado del art. 620 CC como de algún otro relacionado con él, como es el art. 639 CC.

En nuestra opinión, interpretar adecuadamente el sistema vigente sobre esta materia impone la necesidad de distinguir: por un lado, la innegable desaparición en la Codificación, como negocio típico, de las históricamente conocidas como donaciones *mortis causa*; por otro lado, la no exclusión de nuestro Código de los contratos con una posible funcionalidad *mortis causa*, e incluso de los que más intensamente participan de los que fueron los caracteres de dichas donaciones *mortis causa*, por ejemplo la revocabilidad; cuestión esta

última que supone una estimable diferencia de nuestro sistema en relación con el modelo francés que lo inspiró. Por todo ello la revisión de los problemas prácticos que esta materia plantea debe verse a la luz de los límites que efectivamente imponga nuestro Código civil a la donación *inter vivos*. En definitiva, el centro de interés no tendría que ser la evidente falta de tipicidad legal de la donación *mortis causa* en el Código civil (tipicidad que, por otra parte, no sería necesario restaurar), sino la posibilidad de la configuración dentro de nuestro sistema de algunas donaciones que permitan alcanzar las finalidades históricamente asignadas a aquella, y de dar entrada de modo voluntario a algunos de los aspectos del régimen histórico típico de la donación *mortis causa*.

El artículo 620 CC se considera con razón como el punto de llegada en la evolución histórica de las donaciones «*mortis causa*»³ y, a pesar de su aparente claridad, ha sido valorado en nuestra doctrina de muy distinta manera: para la mayoría supone la imposibilidad de que subsista —como figura autónoma dotada de una tipicidad y contenido propios— la donación *mortis causa*, puesto que dicha figura se debería regir en todos sus aspectos, incluso en lo que se refiere a la forma, por las normas propias de los testamentos⁴; en cambio, para Vallet, dicho artículo no significa más que la consagración legislativa de la *mortis causa donatio* formalizada como donación ordinaria pero regulada en otros aspectos de su contenido por las normas propias de la sucesión testamentaria, por ejemplo, en el punto de su esencial revocabilidad⁵.

El contraste entre estas interpretaciones de la norma provocó en nuestra doctrina una «encendida polémica»⁶, que hoy parece haberse apagado por aceptarse pacíficamente que la existencia y viabilidad de las donaciones *mortis*

3 Pero no es aceptable afirmar que el artículo 620 excluye de entrada cualquier forma histórica de donación *mortis causa*. No se pueden olvidar las advertencias a este respecto de DORAL GARCÍA, «Donaciones *mortis causa* en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra», *RJN*, 1993, págs. 94-95.

4 Así, la *communis opinio*: ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII, 2º, Madrid, 1986, pág. 53; JORDANO, «El testamento», *RDN*, 1962, págs. 68-69, nota; ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, Barcelona, 1998, pág. 61.

5 Así VALLET, «La donación *mortis causa* en el Código civil español», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, págs. 13 y ss. Si bien este autor reconoce que en la práctica la jurisprudencia ha restringido el significado de la prohibición de la donación *mortis causa*. «Nuestro Código ha abandonado el sentido tradicional de la distinción entre las donaciones *inter vivos* y las *mortis causa*», según CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, 15ª ed. revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella, Madrid, 1993, pág. 226. También subraya esa ruptura con el sentido histórico ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 42, nota 26.

6 ASÍ ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., pág. 53. De «enconados debates y polémicas» habla DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, Madrid, 1981, volumen 2, pág. 7.

causa está excluida de nuestro Código; opinión fundada sea en la claridad de los términos de la Ley⁷, sea en el sentido de la jurisprudencia dominante⁸, sea, finalmente, en la escasa acogida doctrinal de la construcción más sólida que ha pretendido revisar la *communis opinio*⁹.

Sin embargo, ya hace algunos años nos manifestábamos en el sentido de que la interpretación del precepto no debía quedarse ahí; es cierto que la tipicidad, al margen de las disposiciones testamentarias, de las donaciones *mortis causa* no se puede sostener en el derecho vigente, pero debemos insistir en que la práctica ofrece muchos casos de donaciones que funcionalmente se comportan como las históricas donaciones *mortis causa*: esta práctica, que nos parece enteramente legítima, hace innecesaria en verdad la reintroducción de la donación *mortis causa*, si bien sigue siendo aconsejable una cierta aclaración del Derecho vigente para precisar mejor cuál es la delimitación del campo que corresponde a la donación *inter vivos*. Del análisis de la Jurisprudencia deriva, sin lugar a dudas, que el problema que se está dilucidando no es tanto teórico como práctico y estriba en calificar de un modo u otro las concretas donaciones que se contemplen. En el fondo, pues, es necesario dilucidar de qué se habla cuando se utiliza el término donación *mortis causa*.

En realidad la posible virtualidad del problema así planteado se encuentra ya en su raíz en la propia opinión de Fuenmayor¹⁰, que es el autor que con su crítica marcó no sólo el destino de la propuesta de Vallet, sino la tradición doctrinal que posteriormente se ha hecho común. En efecto, para el primero de estos autores «por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*», si bien tuvo que afirmar que habían

7 Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1942: «artículo que, aparte de la claridad de sus palabras en las que no puede verse ambigüedad alguna de sentido...» (Segundo Considerando). En cambio, Díez PICAZO, *Estudios*, II, cit., pág. 7 señala que la redacción de la norma «no es...todo lo clara que sería de desear», lo cual parece más cierto si atendemos a las dudas que ha planteado el precepto.

8 Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», *RCDI*, 1995, págs. 69-70.

9 Nos referimos a la construcción de VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 13 y ss. Sobre este intento de dar nueva vida a las donaciones *mortis causa*, vid. FUENMAYOR, «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en el Código civil. Nota crítica», *ADC*, 1951, págs. 1082 y ss., hoy en *Estudios de Derecho civil*, I, Pamplona, 1992, págs. 585 y ss. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII,2, Madrid, 1986, pág. 53 señala que la tesis contraria a la subsistencia de las donaciones *mortis causa* goza de «abrumadora mayoría».

10 Loc. ult. cit.

desaparecido de nuestro Código civil, «porque —según ha demostrado cumplidamente Vallet— sólo podían vivir como donaciones; pero de su propia construcción resulta que en el campo de las donaciones no hay, en rigor, cabida para ellas». Es decir, que ya Fuenmayor reconocía que no es el artículo 620 el que impone la inadmisión de la donación *mortis causa* en nuestro Derecho sino el régimen general que el Código civil dedica a la donación¹¹. Sin embargo, si bien se mira, estas razones pueden valer para rechazar el intento de Vallet de proclamar la subsistencia simple y llana de las donaciones *mortis causa* con un régimen típico y propio coincidente con el históricamente conocido, pero no valen igual contra la posibilidad de construir voluntariamente, con pleno respeto a las reglas del Código relativas a las donaciones inter vivos, algunas donaciones funcionalmente parecidas a esas que en el Derecho histórico fueron calificadas como *mortis causa*. Es este último el problema más acuciante y el que se encuentra presente en la Jurisprudencia.

Es decir, el problema no es el de la suerte que haya corrido la figura histórica de la donación *mortis causa*, sino el mayor o menor espacio que haya quedado a la misma dentro de la única donación ahora regulada por el Código Civil que es la *inter vivos*. En el fondo la duda fundamental, que no queda resuelta expresamente por la doctrina mayoritaria, es cuál es la razón por la que, otorgada y aceptada una donación con forma *inter vivos*, se justificaría declararla nula por falta de forma en razón de que se haya previsto una eficacia aplazada a la muerte del donante y su libre revocabilidad por éste hasta ese momento. ¿Existe alguna norma que lo imponga? Y, más allá de esta pregunta, ¿existe alguna razón de protección al donante que explique la imposibilidad de esta figura? Parece difícil, pues si a un sujeto determinado se le permite donar, no tiene sentido impedirle hacerlo con una limitación que le favorece. ¿Y se podría explicar la exclusión de la figura en razón de la protección al donatario? A ello responde Vallet: ¿Qué protección es esa que se dice dispensar al donatario, que se resuelve precisamente anulando la donación *mortis causa* pactada a su favor...?¹². Quizá la pertinencia de estas

11 No se le escapó este punto flaco de la crítica de FUENMAYOR a VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., pág. 321: «observamos un hábil juego de prestidigitación en la crítica. Estima admisible la existencia de las donaciones *mortis causa*, según la exégesis del artículo 620 C.c...., pero no le convence la descripción, la viabilidad de la explicación técnica, que nosotros damos de las mismas, y por eso, en lugar de rechazar simplemente nuestra explicación, niega la posibilidad de aquello que, en principio, estimó posible, pero que no se ha sabido explicar a su satisfacción».

12 Vid. VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., pág. 103.

preguntas sea lo que explique que el análisis de la Jurisprudencia demuestra la resistencia del Tribunal Supremo a declarar nula una donación en esas condiciones, como veremos posteriormente.

Ciertamente algunas de las donaciones *mortis causa* que fueron conocidas en su evolución histórica no pueden vivir hoy bajo el régimen general de las donaciones; así, por ejemplo, no sería posible la donación que abarcara los bienes que el donante tenga en el futuro, o los que tenga al morir, porque ello iría en contra de la norma expresa que contiene el artículo 635 CC, que tiene mucho que ver con la extensión que tiene entre nosotros la prohibición de la sucesión contractual y que no tendría porqué modificarse ni desaparecer de nuestro sistema. Pero, supuesta esa limitación, hay que cuestionarse, una vez aceptado que la finalidad *mortis causa* no es tan ajena al negocio *inter vivos*¹³, si nuestro régimen jurídico de la donación *inter vivos* tiene la suficiente amplitud para permitir configurar de modo voluntario otros tipos de la históricamente conocida como donación *mortis causa*, es decir, una donación con carácter revocable.

2. Los criterios delimitadores de las donaciones «*mortis causa*» frente a las «*inter vivos*»

A. Caracterización de la figura a la que se refiere el artículo 620 CC

La primera dificultad con la que hay que enfrentarse al interpretar el actual artículo 620 es que el sentido del término donación «que haya de producir sus efectos por muerte del donante» no es unívoco, lo que impone conclusiones diferentes en cuanto a la eficacia jurídica de cada uno de los tipos encuadrables en el concepto clásico o histórico de donación *mortis causa*¹⁴. Al decir de un autor: «es fácil formular en conceptos tajantes la oposición

13 De hecho la formulación del artículo 620 prescinde significativamente de la configuración causal de la donación: no habla de donación a causa de muerte, sino que se cife a los efectos. Admitir la donación *post mortem* sí que supone una fisura en la distinción *inter vivos-mortis causa*: estaríamos ante un negocio *inter vivos* con función *mortis causa*.

14 El propio VALLET advierte que el concepto que de estas donaciones tiene el Tribunal Supremo no coincide con los antecedentes históricos de la figura: cfr. op. cit., págs. 132 y ss. Sin embargo, tampoco se puede olvidar que dichos antecedentes no son todo lo claros que sería de desear: de «algarabía» hablaba GARCÍA GOYENA para referirse a ellos. Cfr. hoy COING, *Derecho privado*

entre donaciones entre vivos y por causa de muerte, sin que ello baste para comprender y resolver adecuadamente los casos litigiosos»¹⁵. Hay que tener en cuenta que la hipótesis de hecho del artículo 620 CC no remite a las normas sucesorias todos los tipos históricamente conocidos de donaciones *mortis causa*, sino sólo aquellos que no surten efectos en vida del donante, pero no los que sí los produjeran¹⁶.

Resulta, pues, que el problema clave viene a ser el de determinar a cuáles de las donaciones que produzcan sus efectos a la muerte del donante se refiere el artículo 620 CC y cuáles se regularían por el artículo 621 CC por producir sus efectos entre vivos¹⁷. El tratamiento del supuesto de hecho va a quedar determinado por el dato diferencial del tiempo en que se producen los efectos, prescindiendo de la causa en sentido subjetivo, lo que respondería bastante bien a la pretensión de nuestro Código de clarificar una materia, que se estimaba innecesariamente oscura, estableciendo un modo fácil de identificar las donaciones *mortis causa*, si bien en realidad el criterio diferenciador finalmente establecido no vendrá a ser tan sencillo como el legislador pudo presumir.

Resulta de particular interés, para averiguar el sentido y justificación del actual precepto del art. 620 CC, atender a las palabras de García Goyena en su comentario a su antecedente en el Proyecto de 1851:

«Las donaciones *mortis causa* eran una especie de monstruo entre los contratos y las últimas voluntades, la algarabía del Derecho romano y patrio sobre los supuestos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, no podía producir sino dudas, confusiones y

européo, II, Madrid, 1996, pág. 757: «la historia de la institución de la *donatio mortis causa* en los países europeos en el siglo XIX es muy compleja; la institución fue entendida y tratada de modos muy diferentes».

15 PUIG BRUTAU, *Anotaciones de Derecho español*, en BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, pág. 221.

16 Hay que excluir que se puedan caracterizar hoy a todas las donaciones *mortis causa* de la tradición histórica como donaciones que surten sus efectos tras la muerte, pues según CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, cit., pág. 226 nuestro Derecho «ha abandonado el sentido tradicional» de la donación *mortis causa*.

17 Vid. VALLET, «Comentario a las Sentencias de 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1987», *CCJC*, 1987, pág. 5275: «para la intelección del artículo 620..., es clave el significado de la expresión 'donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante'. ¿Qué efectos?; ¿todos o sólo alguno?, o bien, ¿el más esencial, sea la revocabilidad o la transmisión actual del dominio, o cualquiera de los dos? Aparte de decidir si su *mens legis* lo restringe, por su *ratio*,

pleitos, en los rarísimos casos que ocurriesen, por dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caracteres. De aquí vino que, aunque adoptadas en las leyes, no lo fueran en la práctica; y lo que no está en las costumbres, no debe ser en los Códigos».¹⁸

El sentido declarado de esta normativa, que cerraba el paso a la tipificación de la donación *mortis causa* como una forma más de disponer a causa de muerte con un régimen propio, no impedía la donación con efectos diferidos a la muerte siempre que se mantuvieran las líneas fundamentales del régimen jurídico de las donaciones *inter vivos*: justamente lo mismo que viene a suceder en la actualidad, según nuestra opinión. Además, existían en el Proyecto (y pasaron al actual Código) ciertas donaciones cuya función puede situarse en la proximidad de la sucesoria: así la donación con reserva de usufructo, la donación con cláusula de reversión y la donación con reserva del poder de disponer¹⁹.

Ciertamente el tenor del artículo 942 del Proyecto de 1851 era diferente al actual art. 620 CC:

«Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieran por objeto el todo o una parte alcuota de los bienes del donador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

En consecuencia, se permitían las donaciones para después de la muerte del donante si se referían a una cosa específica, pero si eran de cosa fungible o de una cuota del patrimonio del donante, debían hacerse ateniéndose a la forma del testamento. La justificación de esta última indicación fue que el que dona de ese modo «dispone de bienes futuros contra el tenor del

a las donaciones que se efectúen puramente, *animo donandi mortis causa*, o bien asimismo incluye las que tengan, además, una causa *nuptiandi*, *remunerandi*, etc».

18 Así en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, págs. 589-590. Una acertada crítica a estas ideas en VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 100 y ss.

19 Cfr. artículos 953, 957 y 959 del Proyecto.

artículo 953²⁰ y (...) conserva la facultad de disponer y hacer ilusoria la donación y dar y retener no vale».

Si analizamos con atención los datos suministrados por el texto del Proyecto y por la autorizada opinión de García Goyena, estaremos en condiciones de afirmar:

- El problema principal que preocupaba a los autores del Proyecto era la existencia de un híbrido entre las últimas voluntades y las donaciones, puesto que ello conllevaba la escasa certeza del régimen jurídico aplicable a los supuestos que se pudieran presentar: de hecho lo que se pretendía corregir eran las discusiones y los pleitos sobre la disparidad y la semejanza de donaciones y legados. En consecuencia, en lugar de delimitar el régimen jurídico de las donaciones *mortis causa* con mayor claridad, en razón de su pretendida escasez práctica, se eliminaron del ordenamiento en cuanto forma típica y en cuanto figura intermedia entre las últimas voluntades y las donaciones²¹.
- La solución que se arbitró fue evitar pronunciarse sobre el concepto de donación *mortis causa*, haciendo que las que resultaban admisibles como donación *inter vivos* siguieran subsistiendo en esa forma; en suma no se pretendía eliminar de raíz la posibilidad de donar en el momento de la muerte, sino unificar el régimen de las donaciones eficaces *morte donantis*, con el de las donaciones *inter vivos*, pero sólo en el caso de las donaciones relativas a cosas específicas no fungibles: de este modo siguen siendo posibles figuras

20 Dicho artículo disponía en su segunda parte que «La donación no puede comprender los bienes futuros», es decir, según GARCÍA GOYENA: «los bienes que tendrá en tal época, o dejará al morir» lo que justificaba por el hecho de que «esta donación vendría a ser una especie de pacto sucesorio, reprobado en el artículo 994»: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., art. 942. Con toda claridad, pues, se enlazaba la prohibición de la donación *mortis causa* con el problema del pacto sucesorio.

21 Convenimos con VALLET, *Estudios*, cit., págs. 101-102 en que «tampoco es aceptable, por indemostrada y gratuita, la afirmación de que las donaciones que estudiamos 'aunque adoptadas en las leyes, no lo fueron en la práctica'. La gran cantidad de Sentencias del Tribunal Supremo, que se han ocupado de la donación *mortis causa*, aun después de la vigencia del Código civil y a pesar del unánime criterio de la doctrina, que las consideraba abolidas, nos demuestra, teniendo en cuenta el mínimo porcentaje de asuntos que llega hasta nuestro más alto Tribunal, que la afirmación era, por lo menos, precipitada».

históricamente encuadrables dentro de las donaciones *mortis causa* o, al menos, próximas a ellas.

- En cambio las donaciones que no pudieran incluirse en el régimen de las donaciones *inter vivos*, sólo se formalizarían en adelante a través del testamento. En este caso estaban las donaciones relativas a cosas fungibles y las que abarcaran la totalidad o una cuota de la herencia. El dato fundamental que se proclamaba como justificante de esta distinción entre donaciones formalizables como *inter vivos* o no, es el de la irrevocabilidad para el donante: la donación para el tiempo de la muerte de una cosa fungible supuestamente dejaría en manos del donante la posibilidad de hacerla ineficaz. En este punto se sigue la consecuencia impuesta por el principio francés, ajeno a nuestra tradición jurídica: «donar y retener no vale». Ahora bien, el problema es que este principio resultaba contradicho por la admisión de la donación con reserva del poder de disponer en el art. 957 del propio Proyecto, lo que introduce una incoherencia que seguimos sufriendo en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por tanto, el Proyecto miró críticamente los problemas que planteaba el régimen jurídico de las donaciones *mortis causa* lo que se pretendió solventar haciéndolo desaparecer como régimen autónomo; solución que mantuvo el Código y que nos parece adecuado conservar en el futuro, pues no tratamos de defender que sea preciso tipificar un *tertius genus* entre las donaciones y los testamentos para dar cabida a figuras excluidas de nuestro Derecho. Precisamente la experiencia del Proyecto de 1851 nos indica que las donaciones del tipo histórico *mortis causa* quedaron subsumidas bajo las reglas de las donaciones *inter vivos*, cuando ello fuera posible de acuerdo con los demás principios que gobernaban nuestro sistema; con respecto a esto último lo único que se pretendía evitar es que dichas donaciones colisionaran con la prohibición de la sucesión contractual y con la regla «donar y retener no vale», que se hace medida y razón de la exclusión de la donación *mortis causa*.

La postura de García Goyena parece haber gravitado sobre los redactores del art. 620 CC. Nuestro legislador seguiría principalmente preocupado por la existencia de una figura híbrida entre las últimas voluntades y las donaciones cuyo régimen jurídico fuera dudoso; al menos eso es lo que se deduce, por un lado del artículo 620, y, por otro, de que se optara por no definir un régimen propio de las donaciones *mortis causa*, que resolviera las dudas

que se pudieran presentar. Indudablemente esto significa que resulta imposible hoy construir una figura autónoma de la donación *mortis causa* en nuestro Derecho, como pretende Vallet. Ahora bien, sabemos que la solución que se escogió en el Proyecto de 1851 no fue la eliminación absoluta de las donaciones que produjeran efectos en el momento de la muerte, sino la unificación de su régimen con el de las donaciones *inter vivos*, en algunos casos: precisamente en aquellos en que, a tenor de la aceptación del perjuicio «donar y retener no vale», se entendía que la donación tenía eficacia en vida, a pesar de no transmitirse la cosa hasta la muerte del donante. Se puede afirmar que bajo el Código civil sucede algo parecido a lo que ocurría en el Proyecto de 1851, si bien nuestro artículo 620 CC quizá sea menos claro que su antecesor y simplemente remite, sin más distinciones, las donaciones que produzcan sus efectos por muerte del donante a las normas sobre la sucesión testamentaria. Esta postura legal simplificadora resulta razonable, puesto que, siendo válida la donación, es indiferente la naturaleza, fungible o no, del objeto: en ambos casos la irrevocabilidad de la donación podría estar asegurada. La única cuestión de las que preocupaban a García Goyena que sigue en pie en nuestra doctrina y jurisprudencia es la de la revocabilidad, pero, no siendo revocable la donación con efectos *post mortem*, se admite sin duda alguna su validez en forma de donación: es decir, se sigue entendiendo que la verdadera *ratio* del precepto es la idea «donar y retener no vale»²².

B. Los criterios delimitadores utilizados por la jurisprudencia

a) La transferencia de la propiedad al donatario en vida del donante.

Una línea jurisprudencial, pretendiendo aclarar el sentido del artículo 620 CC, considera donación *mortis causa*, y formalizable sólo en testamento, aquella en la que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa,

22 DE BUEN, *Derecho civil común*, 2ª ed., t. II, pág. 64 indica que el artículo 620 «sólo puede interpretarse de modo acertado dando a la palabra *efectos* un sentido jurídico y no un sentido material, es decir, considerando como donaciones *inter vivos* aquellas que por revestir forma contractual (o ser donaciones por razón del matrimonio) obligan al donante en vida, aunque la efectividad de esa obligación se haga depender de una condición. Así, será donación *inter vivos* la donación contractual que se haga depender de la muerte del donante, siempre que el donante no se reserve el derecho de revocarla por su voluntad, ya que si tal hiciera, no existiría, en realidad, contrato ni verdadera obligación para él, y, por tanto, no podría decirse que la donación producía efecto jurídico». Expresamente se remite a esta opinión CASTÁN, *Derecho civil, común y foral*, IV, cit., pág. 227.

ni vincula dicha transferencia a un plazo que pueda transcurrir durante su vida, sino que el objeto permanecería en el dominio y disposición del donante y sólo produciría su efecto propio en el momento de su muerte, faltando la intención de perder la cosa en caso de vivir²³. Contra la calificación que derivaría de las anteriores características no se puede alegar el hecho de que la concreta donación hubiera sido otorgada en una forma *inter vivos*, porque lo importante no son las formalidades sino los efectos²⁴.

Esta definición jurisprudencial de la figura vendría a concretar el efecto al que se refiere el artículo 620 en la transmisión de la propiedad. Esta toma de posición, que se aparta de los antecedentes históricos de la *donatio mortis causa*²⁵, como es lógico respeta la vieja figura de la donación con reserva de usufructo vitalicio a la que se refiere el propio Código (art. 634), que ha seguido prestando sus servicios para dar cabida a donaciones con función muy próxima a la *mortis causa*, y que al operar la transmisión actual del dominio elude el concepto jurisprudencial de dicha donación²⁶. Justamente es en estos últimos casos en los que con más fuerza mantiene el Tribunal Supremo la doctrina a la que hacemos alusión (por tanto, en casos en los que dicha doctrina es bastante inofensiva para la subsistencia de la donación).

b) La revocabilidad de la donación por el donante.

Sin embargo el Tribunal Supremo se ha ocupado también de casos en los que (a diferencia de los supuestos de donaciones con la reserva del usufructo vitalicio a favor del donante) no se había producido la transmisión de

23 Así, entre otras muchas Sentencias, la del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1986, que recoge sustancialmente la doctrina de la de 3 de enero de 1905. Para ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 43, lo decisivo de la donación *inter vivos* es que exista desprendimiento patrimonial en vida.

24 Así la Sentencia de 3 de enero de 1905: «de otra suerte se haría consistir el concepto diferencial de la donación entre vivos y *mortis causa*, no en sus efectos, cual previene el mencionado artículo 620 del Código, sino en su forma».

25 La *donatio mortis causa* podía producir la transmisión inmediata de la propiedad, mientras que también fue posible históricamente la donación *inter vivos* con eficacia aplazada *tempore mortis*. Literalmente la primera sería admisible para la jurisprudencia actual y no la segunda. Respecto a estas últimas: vid. ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, II, capítulo IV, Madrid, editio novissima, 1768, número 19, pág. 566.

26 Incluso los poderes del usufructuario podrían ser reforzados disponiéndolo así en el acto de la donación, tal como permiten los artículos 467 y 470 C.c. Desde luego, la donación con reserva del usufructo vitalicio es un acto *inter vivos*, aunque se haga en consideración a la muerte del donante: así ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 128.

la propiedad en vida del donante, por lo que en coherencia con su anterior tesis se vería obligada a calificar la donación como *mortis causa*. Sin embargo, como ello resultaba a todas luces injusto por tratarse de donaciones que habían respetado la forma propia de la donación *inter vivos* y, por tanto, indudablemente existía una real voluntad de donar, la doctrina del Tribunal Supremo tuvo que modificarse para exigir únicamente que la donación fuera irrevocable para el donante durante su vida²⁷.

En suma, que bastaría para considerar una donación como *inter vivos* la existencia en vida del donante de una posición del donatario firme e irrevocable, con lo que la doctrina jurisprudencial termina haciéndose fuerte en que el donante es aquella persona que pierde la posibilidad de dejar la donación sin efecto²⁸; ahora bien, poner el acento en el dato de la revocabilidad, aunque tiene en su favor el criterio de García Goyena, no deja de plantear problemas de coordinación con el resto de normas que regulan la donación en el Código Civil.

3. Nuestra opinión en torno a la revocabilidad como criterio distintivo de las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*

Acabamos de ver que para cierta doctrina jurisprudencial la donación *inter vivos* no podría tener carácter revocable puesto que ello implicaría ineficacia de la donación en vida del donante, y la inexistencia de obligación o de contrato válido, por lo que una donación de este tipo sólo podría formalizarse como testamento. Frente a la posibilidad de que el donante conserve, una vez realizada la donación, determinadas facultades que puedan llevar a la destrucción de los efectos de la misma, se alegraría, pues, el contenido de los artículos 1115 y 1256 CC que impiden que la eficacia de una obligación o del contrato queden al arbitrio del deudor; en consecuencia, se afirma que en el caso de que el donante pueda revocar la donación ésta no tendría verdaderos efectos *inter vivos*²⁹. Para responder a esto, y sin necesidad de entrar en el tratamiento del régimen de la

27 Cfr. ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 53: «con la donación con efectos 'post mortem' aludimos a aquella donación en la que la muerte no es la causa, sino el término inicial o final de la adquisición del objeto donado, según sea la condición de supervivencia del donatario suspensiva o resolutoria, produciéndose, por tanto, la consumación definitiva con la muerte del donante y siempre que se cumpla la condición de supervivencia del donatario».

28 Parte también de esa exigencia de irrevocabilidad la Resolución DGRN de 5 de marzo de 1997.

29 Así JORDANO, «El testamento», cit., págs. 68-69, nota; DE BUEN, *Derecho civil común*, II, cit., pág. 227.

condición, bastaría alegar la peculiaridad contractual de la donación y el hecho de que los artículos 1115 y 1256 CC respondan al funcionamiento de los contratos generadores de obligaciones recíprocas pero no al de las donaciones, como demuestran algunas figuras específicas de éstas.

En efecto, la doctrina criticada depende en exceso de la máxima francesa «donar y retener no vale», que nuestro Código no sigue, según doctrina que se debe aceptar³⁰, pues el art. 639 CC contempla la donación con la reserva de la facultad de disponer por el donante; y el art. 641 CC regula la posibilidad de establecer la reversión de la cosa donada en favor del donante «en cualquier caso y circunstancias». Estas dos últimas normas se fundamentan en una idea diversa a la francesa. En nuestro sistema el carácter liberal del negocio permite al disponente configurar como desee los efectos que deriven del mismo³¹, y no funciona el principio «donar y retener no vale»; en nuestro Derecho la autonomía de la voluntad no puede quedar limitada por una exigencia inderogable de irrevocabilidad, sino que el donante podría imponer al donar las reservas o condiciones que estimara convenientes, incluso aquéllas que le permitieran recuperar la cosa³², lo cual resulta bastante lógico y muy coherente con el carácter gratuito de la donación.

30 Sobre los antecedentes de esta regla en el Derecho francés pueden verse: CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971; y «El principio de irrevocabilidad de las donaciones», *RGLJ*, 1969, págs. 699 y ss.; BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, Barcelona, 1996, págs. 19 y ss. También subrayan el cambio radical de orientación de nuestro Derecho respecto del Código francés: DIEZ-PICAZO, «El *animus donandi*», *AAMN*, 35, pág. 329: «con materiales franceses, nuestros codificadores crearon un sistema radicalmente opuesto»; DORAL GARCÍA, «Donaciones *mortis causa*», cit., pág. 102, nota 37, que afirma que dicho principio «no tiene vigencia en nuestro Derecho».

31 Así BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 115. En el mismo sentido, DIEZ NOGUEROL, *Allegationes iuris*, Lugduni, MDCLXXXIII, *Iuris allegatio* XIV, n. 23: «si fuerit facta per contractum irrevocabilem, cum reservatione tamen revocandi, quod possit in totum donationem evertere donator, et excludere donatarium, quia cum a principio fuerit in sua potestate donare, vel non donare, potuit limitare donare cum praedicta reservatione, et ea utens non dicitur fraudem committere».

32 Así CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, cit., pág. 70: «no cabe otra conclusión que la de que en el ordenamiento hispano, siendo la donación, como cualquier otro contrato, normal o naturalmente irrevocable, nada obsta, empero, a que, mediante la inclusión de la oportuna cláusula, quede en manos del donante el poder de revocarla, destruirla o hacerla económicamente inútil». Según CASTÁN, *Derecho civil, común y foral*, IV, cit., págs. 246-247 no se opone a la irrevocabilidad «que pueda la donación, ya perfecta, quedar ineficaz por virtud de causas especiales, que pueden depender de la *voluntad de las partes* o de la *disposición de la ley*», en el primer caso, la resolución «proviene del cumplimiento de condiciones resolutorias y no constituye una teoría especial, sino una aplicación de doctrinas comunes a toda clase de contratos». VALLET,

La admisibilidad de la reserva por el donante del poder de disponer de los bienes donados parecería fuera de toda duda en el caso en que el donatario recibiera los bienes donados en vida del donante. La duda cabría cuando la entrega estuviera aplazada o condicionada a la muerte del donante, pues en estas donaciones resultaría más difícil ver efectos en vida del donante y se podría pensar que requirieran, en aplicación del art. 620 CC, forma testamentaria. La posibilidad de que una donación produzca sus efectos transmisivos a la muerte del donante es indiscutible desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, se trataría de las llamadas donaciones *inter vivos* con entrega *post obitum*; el problema concreto que nos planteamos ahora es si esas donaciones se pueden acoger a la regla del art. 639 CC, que sería el único punto verdaderamente discutible. A nuestro juicio la respuesta positiva parece fácil de demostrar con fundamento en el hecho de que la Ley no limita la aplicación del artículo 639 a un tipo concreto de donaciones: la existencia de una regla legal permisiva no permite restringir la autonomía de la voluntad en este campo. La Ley no distingue entre donaciones que surtan sus efectos inmediatamente y donaciones que tengan sus efectos diferidos, ni existen razones de otro orden que permitan fundamentar una regla restrictiva.

Por otra parte, el precepto plantea el principal problema en relación con la admisibilidad de la reserva del poder de disponer de todas las cosas donadas, ya que la propia letra del artículo 639 parece que limita dicha reserva a sólo «algunos de los bienes donados». De hecho parte de la doctrina se muestra favorable a la admisibilidad de la reserva sólo parcial para lo que se apoya en la simple literalidad del precepto³³, o en que si se admite la reserva total no habría donación³⁴ —lo que ha sido, justamente, crítica-

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XI, Madrid, ed. 1978, cit., pág. 330 acepta que se pueda pactar la revocabilidad en las donaciones *inter vivos*; también BLASCO, *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990, pág. 100. Últimamente también lo acepta, para las donaciones *post mortem*, ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., págs. 125-126, aunque no compartimos su afirmación de que en estas donaciones ni siquiera haría falta pactar la revocabilidad, porque el carácter *post mortem* presupondría ese efecto.

33 Así IRURZUN GOICA, *La donación con reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código civil)*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 25 de mayo de 1963, Valencia, 1967, pág. 15.

34 Así SCAEVOLA, *Código civil*, XI, II, 5ª edición revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1945, págs. 837 y ss. «Si la reserva abarcara la totalidad, entonces no habría contrato transmisivo, y, por ende, no habría donación. En su lugar nacería un verdadero usufructo inestable y condicionado, no por la duración de la vida del usufructuario, sino por la libérrima voluntad del donante que, en uso de

do³⁵; o, finalmente, en la idea de que el artículo 639 «amplía la autonomía de la voluntad de los particulares, sin que pueda extenderse más allá de sus límites»³⁶.

Por contra, la doctrina más autorizada, y que entendemos que se debe aceptar, se inclina por la posibilidad de la reserva total³⁷ sobre la base de lo inseguro de la interpretación literal a la luz de los antecedentes históricos³⁸, de lo irrazonable de limitar la autonomía de la voluntad en este campo³⁹, y de

su derecho, dispusiese de los bienes a los cuales se extendiese la reserva». Nos parece que esta postura depende demasiado del concepto «irrevocable» de la donación y de la necesidad de transmisión inmediata, ideas que no están acogidas en nuestro ordenamiento. Vide: BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., págs. 189-190, que refuta a SCAEVOLA fundándose en la naturaleza transmisiva de la donación: «la donación vincula al donante porque el donatario adquiere la propiedad de los bienes y el donante adquiere una legitimación indirecta para disponer de ellos».

35 Vid. BARRAL VIÑALS, loc. ult. cit.; Díez-PICAZO, «El *animus donandi*», cit., págs. 329-330; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1993, pág. 354: «La reserva alcanza a 'algunos' bienes, por lo que parece que no a todos, y si hay un único bien, no hay posibilidad de ella (S. de 7 de julio de 1978). Se dice que de lo contrario no habría propósito de donar, pero si tenemos en cuenta que el Código Civil se aparta del modelo francés, en el que rige desde su Derecho antiguo la regla *donner et retenir ne vaut*, no hay razones para negar la posibilidad de una reserva del total».

36 Así, RODRÍGUEZ ADRADOS, «Donación con reserva de facultad de disponer», cit., pág. 458. Si no entendemos mal ello supone volver al argumento literal, porque en buena técnica tendría que ser la «limitación» legal a la autonomía de la voluntad la que constara claramente. También se muestra en contra de la reserva total SANTOS BRIZ, *Derecho civil, teoría y práctica*, IV, Madrid, 1973, págs. 148-149.

37 En Italia, para un precepto similar, la doctrina ha discutido sobre el particular: puede verse a favor de la reserva total: TORRENTE, *La donazione*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo, Milán, 1956, pág. 466, y en contra BIONDI, *Le donazioni*, en el *Trattato di Diritto civile italiano* de Vassalli, Turín, 1961, pág. 855.

38 Analizando el origen histórico del término «algunos» concluyen otros que la reserva total es posible. Así: BARRAL, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., págs. 186-187. También dudan de que la literalidad nos lleve a la correcta solución GARCÍA GARCÍA, «Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 1978», *RCDI*, 1980, págs. 1220 y ss. y CASTILLO TAMARIT, «Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítimas», *ADC*, 1982, pág. 356.

39 Así, CRISTÓBAL-MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971, págs. 157-158: El artículo 639 del Código civil «no supone un límite a la autonomía de la voluntad de los particulares (...) nada obsta, dado que no hay prohibición, a que éste (el donante) se reserve la facultad de revocar la donación en parte, mediante la disposición de alguno de los bienes comprendidos en ella o de una suma de dinero, o en su totalidad, mediante la disposición de todos los bienes o de su íntegro valor; esto es, a que se excluya mediante la oportuna cláusula la irrevocabilidad normal o natural de la donación». Según ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., págs. 257 y ss. la regla no sería imperativa, ya que este carácter no se debe presumir, en principio la voluntad de las partes es soberana según dispone el artículo 1255, y la reserva puede estar justificada para el donante que no sabe si posteriormente a la donación puede necesitar los bienes, aunque desee donarlos ya.

la utilidad de la donación para el donatario aun con la reserva total⁴⁰. Apoyaría este aserto el hecho de que los principios que inspiran nuestro ordenamiento se apartan de la regla «donar y retener no vale»⁴¹, y de que en otros casos análogos el Código resuelve en favor de la validez de la donación⁴². Albaladejo⁴³, también alega a favor de esta interpretación lo absurdo que sería admitir que para evitar la pretendida regla de la prohibición de la reserva sobre todos los bienes, bastaría dejar excluida una pequeña porción.

En conclusión, pensamos que de nuestro sistema no sólo no impone la nulidad de las donaciones en las que el donante se reserve, por cualquier medio, facultades de disposición sobre la totalidad del objeto donado, sino que explícitamente las permite y las conceptúa entre las donaciones *inter vivos*. En este sentido estamos de acuerdo con Barral Viñals en que la finalidad del artículo 639 CC al incluir la expresión «algunos de los bienes» es la de exigir la determinación de los que resultan afectados por la reserva, pero no la de limitar la posible extensión de ésta⁴⁴.

Resulta, pues, difícil de justificar que el criterio distintivo de las donaciones *mortis causa* se pretenda hacer radicar en la revocabilidad de las mismas. Según pensamos, en nuestra Codificación la única modificación relevante es la desaparición de la donación *mortis causa* como forma típica: antes se admitía una figura en la que existía el poder de revocación ligado de forma natural a una forma concreta de donación, la *mortis causa*; hoy en día, no existiendo dicha figura típica, ese poder del donante sólo se podría introducir expresamente en cada caso en la donación *inter vivos*: el régimen que se deduce de los artículos 639 y 641 CC así parece demostrarlo. En suma, rechazado por nuestra legislación el principio «donar y retener no vale», delimitada la frontera entre donaciones *inter vivos* y *mortis causa* en el punto del tiempo en que se produce su eficacia, y faltando una prohibición de que los negocios con efectos *inter vivos* persigan una *causa mortis*, debería ser

40 Así LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, volumen 3º, Barcelona, 1986, págs. 165-166 «el contrato es útil al donatario, quien retiene las cosas con sus frutos hasta que se resuelve». En el mismo sentido ALBALADEJO, loc. cit.

41 Así Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, pág. 354 y ALBALADEJO, loc. cit.

42 Para ALBALADEJO, loc. cit., en la donación con carga el valor del gravamen puede absorber absolutamente el de la donación y en el art. 639 el donante se puede reservar disponer de una cantidad con cargo a la totalidad del valor de los bienes, por lo que no parece razonable imponer una solución diferente al caso en que se reserve el poder de disposición sobre los bienes.

43 *Comentarios*, VIII, 2º, cit., págs. 257 y ss.

44 Así, en *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 188.

evidente la admisibilidad de donaciones *inter vivos* aunque sean revocables, y produzcan su efecto pleno y definitivo con carácter *post mortem*.

La interpretación propugnada se aviene perfectamente a lo dispuesto por el artículo 620 CC, pues también estas donaciones revocables para el donante producen efectos *inter vivos* porque toda donación a la que no falten sus requisitos esenciales por muy condicionada o aplazada que esté, incluso aunque se someta a una condición voluntaria para el donante, tendría los efectos propios del negocio condicional durante la vida del mismo⁴⁵, y no caerían bajo el ámbito del 620, que se referiría exclusivamente a las donaciones que carecen absolutamente de efectos en vida.

Quizá se pueda alegar que queda otro problema por resolver: es un principio necesario en nuestro Derecho de sucesiones la seguridad que depara la exigencia de requisitos formales especialmente solemnes. En cambio, en las donaciones no inmobiliarias que se hayan realizado con la entrega y la aceptación inmediata no quedaría rastro formal que otorgue seguridad en cuanto a la voluntad del disponente de condicionar resolutoriamente la donación a su muerte. Igualmente en las donaciones no inmobiliarias hechas por escrito y con eficacia suspensiva de la transmisión, el hecho de que el momento en que la donación debe producir su efecto principal sea el de la muerte del donante, puede plantear problemas de autenticidad del documento. Quizá estos problemas explican que la mayoría de los supuestos jurisprudenciales se refirieran a casos en los que existía escritura pública, pero en cualquier caso no creemos que estos problemas sean un obstáculo para la validez de las donaciones, si acaso serán un buen motivo para utilizar la forma pública y asegurar así que la donación no será impugnada⁴⁶.

45 En este sentido, JORDANO, «El testamento», cit., pág. 61, y GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, págs. 53-54, nota 43. Esto es lo que explica que las donaciones de este tipo no caigan dentro de la definición de testamento realizada por el art. 667 CC, pues precisamente en ellas existen efectos *inter vivos*, por lo que falta un requisito esencial del testamento como es la irrelevancia del mismo *ante mortem*.

46 Para JORDANO BAREA, «El testamento», cit., pág. 68, nota (*) si la donación *mortis causa* revocable no estuviera equiparada al testamento «holgarían en la práctica las prescripciones de forma impuestas al testamento».

II. CONCLUSIÓN: LOS EFECTOS QUE, PRODUCIDOS EN VIDA DEL DONANTE, SON SUFICIENTES PARA EXCLUIR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 620 CC

En su momento invocamos la opinión de Fuenmayor de que el artículo 620 no excluía literalmente las donaciones *mortis causa*, y que sería la admisibilidad o no de su régimen dentro del sistema jurídico de la donación la que decidiría sobre su subsistencia o su extinción. Después del análisis que hemos hecho creemos que se debe afirmar que, si bien la *donatio mortis causa* ha desaparecido como negocio típico de nuestro Derecho, se conserva en él la posibilidad de dar vida voluntariamente a una figura con efectos parecidos. Tanto las antiguas donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio (transmitir inmediatamente la propiedad, aunque revocablemente), como las antiguas donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo (la propiedad sólo se transmite *tempore mortis*, siendo la donación revocable hasta entonces) pueden producir la eficacia propia del negocio condicional en vida del donante, y, en definitiva quedan fuera de la remisión del artículo 620 CC a las reglas de la sucesión testamentaria⁴⁷. Llevando a las últimas consecuencias dicho precepto únicamente serían rechazables las donaciones formalizadas como *donatio inter vivos* que no produjeran absolutamente ningún efecto en vida del donante⁴⁸. A este respecto nos parece que no se puede discutir la validez de una donación sobre la base de que algunos de sus efectos no se produjeran en vida del donante, o que la donación fuera revocable, pues el propio punto de partida —la existencia de una donación formalmente *inter vivos*— aporta un elemento difícilmente rechazable en favor de la validez⁴⁹.

La pregunta sobre qué efectos son los que, producidos en vida del donante, evitan que la donación tenga que formalizarse en testamento, puede ser respondida de una forma sistemática:

47 Vid. ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., págs 74 y ss., analizando separadamente ambos supuestos.

48 Así, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, pág. 329. Sin embargo este autor indica que no producirían ningún efecto en vida las donaciones revocables. Para nosotros esta afirmación pondría el acento en el dato de la irrevocabilidad como necesario para calificar una donación como *inter vivos*, sin que, a nuestro juicio, exista suficiente fundamento para ello en nuestro Derecho.

49 Así CUENA CASAS, «Comentario a la Sentencia de 25 de julio de 1996», *CCJC*, nº 43, pág. 122; ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 80-81.

- a) Cuando se transmite la plena propiedad al donatario, aunque se establezca la revocabilidad de la donación.
- b) Cuando se transmite al donatario simplemente la nuda propiedad, y el donante se reserva el usufructo vitalicio; incluso si la donación de la nuda propiedad fuera revocable pues la condición de nudo propietario otorga un conjunto de facultades antes de la muerte del donante⁵⁰.
- c) Cuando la donación no transmite la propiedad hasta el momento de la muerte existirán efectos en vida si la donación es irrevocable.
- d) Si la donación no transmite la propiedad hasta el momento de la muerte y está sujeta a una condición potestativa, consistente en el no ejercicio de la facultad de disponer por parte del donante, la cuestión es más discutible. De todos modos, tal como hemos argumentado, pensamos que el donante, en la fase de pendencia de la condición, tiene derecho a defender su expectativa: se puede pensar en el caso de que el derecho que se le atribuye quede a cargo de un tercero; pero también en que esa expectativa le otorgará cierta posición frente al donante, como la de actuar para conservar la cosa en caso de pasividad del mismo. Todo esto justificaría suficientemente la existencia de efectos en vida, y por tanto la no sujeción del negocio a las reglas de la sucesión testamentaria⁵¹.

Evidentemente, la interpretación precedente otorga una extensión al artículo 621 CC desproporcionada respecto al 620 CC, al introducir en el campo de las donaciones *inter vivos* algunas donaciones que no producen todos sus efectos en vida del donante⁵². ¿Qué significado conserva el artículo 620

50 Por ejemplo las facultades y deberes derivados de los artículos 500, 501, 502, 503, 505 CC, etc.

51 Para DORAL GARCÍA, «Donaciones *mortis causa*», cit., págs. 113-114, para excluir la existencia de una donación *mortis causa* debería bastar el señalamiento de bienes, siempre que concurra la forma suficiente.

52 VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 67 y ss. llama a este fenómeno «restricción de la eficacia y del concepto de la donación '*mortis causa*' en las codificaciones modernas», lo que se produce a raíz de las consecuencias demasiado radicales a que llevaba la desaparición del ordenamiento de esta figura, y que pretende «reducir aquel concepto prohibido», para que «aquella extirpación no deje un hueco excesivamente notable como difícil de explicar satisfactoriamente». Nótese, por ejemplo, el escaso ámbito de la donación *mortis causa* prohibida en la concepción de LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., pág. 329: «el artículo 620 se refiere, por tanto, a aquellas liberalidades que no producen *absolutamente ningún efecto*, es decir, que no vinculan, antes de la muerte del causante».

en un sistema así? Para nosotros el artículo 620 no se dirige a negar virtualidad a un tipo de donaciones, sino a señalarle su concreto régimen normativo: el de las disposiciones testamentarias. Este régimen procedería, como puede deducirse del propio precepto, cuando las pretendidas «donaciones» participaran de la naturaleza de las disposiciones testamentarias, es decir, no tuvieran efecto alguno antes de la muerte del disponente. Así, en nuestro Derecho no se podría considerar donación *inter vivos* el acto en el que el beneficiario no pudiera aceptar en vida del donante⁵³, o el que se configurara con absoluta y radical negación de cualquier efecto en vida del donante porque se refiera a los bienes que se tengan en el momento de la muerte⁵⁴. Pero en estos casos no es el artículo 620 el que impide la validez de esas «donaciones», sino su inadecuación al concepto general de donación y, en suma, su choque con el criterio legal en materia de sucesión contractual.

53 Así ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., págs. 79 y 116. La posibilidad señalada en el texto está excluida de forma radical por el artículo 633, en el caso de las donaciones de bienes inmuebles, que expresamente impone la necesidad de que la aceptación se produzca en vida del donante. En las donaciones de bienes muebles, aunque la norma no se pronuncie, la doctrina suele convenir en que también es necesaria la aceptación del donatario en vida del donante. Sobre la materia: cfr. ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., págs. 185-186 y ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., págs. 113-114, nota 138. Por otra parte en esto el régimen histórico de las donaciones *mortis causa* era similar, pues se exigía la aceptación del donatario en vida del donante: vid. VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 140 y ss.

54 Así también DORAL GARCÍA, «Donaciones *mortis causa*», cit., pág. 113. Porque entonces estaríamos ante un pacto sobre herencia futura, vedado por el artículo 1271,2 y también por el artículo 635. Aceptamos expresamente la interpretación de LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, volumen 3º, Barcelona, 1986, pág. 135; y ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., págs. 215 y ss. sobre el artículo 635 para quienes su contenido supone una reiteración del criterio del 1271, y no impide la donación de bienes futuros singulares, sino donar un conjunto patrimonial todavía no determinado.

SEGUNDA PARTE. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL PROBLEMA DE LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*

La concreta justificación de las ideas sostenidas en la Primera Parte, requiere que nos detengamos ahora en la exposición más detenida sobre la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, para lo cual distinguiremos entre las diversas líneas doctrinales que en ella cabe diferenciar.

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LAS CUALES LA DONACIÓN *INTER VIVOS* REQUIERE QUE LA PROPIEDAD SE TRANSFIERA AL DONATARIO EN VIDA DEL DONANTE

Antes de referirse a esta línea jurisprudencial, es importante destacar que no existen Sentencias que sigan esta tesis y afirmen la condición *mortis causa* de la donación en litigio, sino que siempre se utiliza este criterio para estimar que las donaciones litigiosas eran *inter vivos*, en razón precisamente de que se había transmitido en vida la nuda propiedad, aunque el donante se hubiera reservado el usufructo vitalicio.

Así se pronunciaron las siguientes Sentencias: 5 de noviembre de 1956⁵⁵, 7 de junio de 1960⁵⁶, 7 de enero de 1975⁵⁷, 7 de noviembre de

55 El demandante había donado a sus hijas menores de edad, demandadas, tres fincas descritas en la escritura pública, reservándose para sí y su mujer el usufructo vitalicio de las mismas; el propio donante, como representante legal de sus hijas, aceptó la donación. Se había hecho constar que la donación era *inter vivos*, y se debía entender pura, perfecta e irrevocable. Posteriormente el donante intentó obtener del órgano judicial la declaración de que las donaciones eran *mortis causa* y, por tanto, revocables, pero la demanda fue desestimada.

56 Se consideró válida la donación, que se calificó como *inter vivos*, de un inmueble con reserva del usufructo vitalicio en favor de ambos cónyuges pues «la nota diferencial entre una y otra donación, estriba, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, en que los efectos del acto de liberalidad, se produzcan antes o después de la muerte del donante y en este caso, habiéndose donado la nuda propiedad de tres casas, con reserva del usufructo, no sólo se conforma con el ya citado artículo 634, sino que tampoco puede impedir el efecto de transferir la propiedad de los inmuebles al donatario desde el momento de la aceptación...es obvio que los efectos de la donación se produjeron en vida del donante».

57 Se dio validez como donación *inter vivos* a la realizada con las formalidades propias de las mismas, aunque la donante conservó la posesión de las cosas donadas. Afirmó la Sentencia que «la jurisprudencia califica de donaciones '*mortis causa*' las que se informan en el temor de la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en el caso de vivir, por lo que son revocables, no producen efectos sino 'post mortem' y son ineficaces si no se justifican por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias».

1979⁵⁸, 30 de noviembre de 1987⁵⁹ y 10 de diciembre de 1987⁶⁰. Se po-

58 Se admitió que la donación, aun con la reserva de facultades de uso por el donante tenía carácter *inter vivos*. La Sentencia indicó que «es esencial a la donación '*mortis causa*', como liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte '*contemplatio mortis*', la característica de que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que le convierte en revocable por lo mismo que no produce efecto sino *post mortem*, ... lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a calificar como tales las determinadas por el suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición por lo que además de su revocabilidad su eficacia no se origina en vida del disponente y carecen de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias...de manera que la donación *inter vivos* no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera en el donante como motivo puramente subjetivo pero sin incorporarse a la donación como causa, lo que no acontece en el caso litigioso en que es transmitida a las donatarias la nuda propiedad de las distintas plantas, atribuyéndoseles un poder de disposición con determinadas restricciones», no obsta a esa calificación que la donante se reservara ciertos aprovechamientos sobre la finca.

59 En el caso contemplado se donó la nuda propiedad, y los donantes se reservaron no sólo el usufructo, sino también el poder de disposición, y prohibieron disponer a los donatarios; además de imponerles a estos el deber de prestar alimentos a los donantes. Dice el 2º FD: «Para mejor y más adecuada comprensión de los temas sometidos a examen de esta Sala, a la vez que como datos de ineludible exposición, a los efectos de los razonamientos que se pasan a desarrollar en los siguientes fundamentos, se ofrecen los siguientes: I) El 20 de julio de 1981, don Manuel R.G. y doña Macrina-Delfina A.F. padres y abuelos de los actores y padres a su vez de la demandada, doña Leonor, otorgan escritura pública en la cual 'ceden' a su referida hija y esposo, 'que aceptan, la nuda propiedad de todas y cada una de las fincas descritas..., así como la nuda propiedad de la parcela...' (estipulación primera); II) A su vez, en la estipulación segunda se hace constar que los cesionarios 'contraen la obligación de prestar a los cedentes...asistencia y alimentos, en los términos dispuestos en el artículo 142 del Código civil y concordantes, con carácter vitalicio'. En la misma estipulación se dice, que referida obligación, '...tendrá el carácter de resolutoria y el incumplimiento por parte de los señores cesionarios, dará lugar a que, automáticamente, las fincas transmitidas por esta escritura reviertan a la plena propiedad de los señores cedentes'; III) Por último, en la estipulación tercera se establece también como condición resolutoria, que los 'cesionarios y durante la vida de los señores cedentes no podrán enajenar los bienes adquiridos', así como que aquéllos conceden poder a los cedentes '...para que juntos o separadamente, en nombre de los poderdantes puedan: vender total o parcialmente los bienes contenidos en esta escritura, a la persona o personas que tengan por conveniente, por el precio que libremente estipulen...'; IV) El eje de la discrepante posición de ambas partes contendientes, se centró en si el contrato en cuestión era o no simulado, problema que fue resuelto en primera instancia en el sentido de ser verdadero y haberse cumplido por los cesionarios adecuadamente sus condiciones, desestimando la demanda. A su vez, en la aquí impugnada, se revoca aquélla al estimar que el contrato discutido no es de renta vitalicia, por las razones que expone, sino un '...negocio disimulado de donación, con causa distinta de la en el mismo expresada, pero fundada en otra verdadera y lícita, lo que otorgaría validez a la convención, si no fuera porque el acto es nulo por falta de formalidades legales, por cuanto las donaciones cuyos efectos quedan aplazados a la muerte de los otorgantes se rigen por las reglas correspondientes a la sucesión testamentaria y habrán de otorgarse por testamento'. Partiendo de estas consideraciones el Tribunal Supremo considera que si bien el contrato no puede calificarse como de renta vitalicia,

dría añadir, como expresiva de este mismo criterio la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 1901⁶¹.

dado que no se transmite el dominio pleno, sí estima que constituye un contrato vitalicio o de pensión alimenticia que tiene carácter atípico, pero que está reconocido por la jurisprudencia.

En el último FD se añade: «A) Partiendo a título de mera hipótesis discursiva de que el contrato cuestionado fuere de donación y no de 'resolutorias' las condiciones impuestas, respecto de las cuales ni las partes ni la sentencia impugnada niega tal cualidad; B) A su vez...es lo cierto que mientras durante la pendencia de las 'suspensivas' el negocio afectado por la *condicio* no produce el efecto querido y sí únicamente una expectativa que se traducirá en plena efectividad cuando aquélla se realiza, tratándose de las 'resolutorias', en la fase de pendencia los efectos del contrato se producen desde el momento de su celebración para extinguirse si la condición se cumple, lo que en este caso no ha acontecido; C) Consiguientemente, aun estimando como hace la sentencia impugnada y a título de mera disquisición que el negocio jurídico discutido fuera una donación y no un 'contrato de vitalicio', su naturaleza sería la de una *donatio inter vivos* y por tanto su validez y eficacia evidente».

60 En ella se entendió que lo diferido por unas donaciones era la entrega de la posesión: el caso se refería a unas donaciones realizadas en instrumento público cuya efectividad se debía producir al tiempo de la muerte del donante o en el momento en que los donatarios contrajeran matrimonio, pero que tenían carácter definitivo, aunque los donatarios sólo podían disponer de los bienes donados por acto *mortis causa*. En opinión de VALLET, CCJC, 1987, pág. 5280, esta Sentencia se mantiene en una línea «restrictiva del concepto de donación *mortis causa*, en el Derecho vigente en el régimen del Código Civil».

61 Se refiere a un caso suscitado en Gerona, resuelto con algunos criterios utilizables en el Derecho común. Los consortes, padres de la donataria, otorgaron escritura pública el día 2 de junio de 1891 donando «para después de la muerte de los propios donadores, y no antes y ahora para entonces, de un modo irrevocable y perpetuamente» todos los bienes y derechos que les corresponden y puedan en lo sucesivo corresponderles, aunque se hacía expresión de los bienes actualmente existentes en los patrimonios de los donantes. En otra cláusula se señaló que, puesto que la donación no había de tener efectos hasta la muerte de los consortes, éstos se reservaban el usufructo y libre administración de los bienes, queriendo que el sobreviviente fuera también usufructuario de los bienes del premuerto. Presentada la escritura a la inscripción se denegó la misma «porque siendo su contenido una donación para después de la muerte de ambos donadores y no antes, es preciso justificar que se ha cumplido esta condición o hecho de que depende». En cambio la Dirección General consideró que bastaba la transmisión de la nuda propiedad, aún conservando el donante el usufructo, pues «la donación es un título traslativo del dominio, y que si bien la contenida en la escritura objeto del recurso no ha de surtir efecto hasta después de la muerte de los donantes, es indudable que modifica desde luego las facultades de los mismos de disponer de la cosa donada, puesto que es donación entre vivos, y se hace de un modo irrevocable (...) si tal limitación no se hiciere constar en el Registro, podría, mediante la transmisión del inmueble a tercero, burlarse el derecho adquirido por la donataria al dominio pleno de la finca cuando ocurra el fallecimiento de los donantes». Con independencia de que la donación de bienes futuros no sería posible en el Derecho común en virtud de lo dispuesto en el artículo 635 C.c., por lo que en cuanto a ellos la donación no podría ser válida, está claro que en cuanto a los bienes presentes la voluntad de los donantes era la de donarlos ya y sólo reservarse el usufructo.

Por otro lado en el caso existía también una donación del usufructo de los bienes al cónyuge superviviente sobre la que no se discute, por estar permitida en el Derecho catalán; sin embargo, en el

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LAS CUALES LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA* SE CARACTERIZA POR SU REVOCABILIDAD

Existe una serie de Sentencias en las que la transmisión de la propiedad era imposible que se hubiera producido en vida de donante; en esos casos el Tribunal Supremo se apartó de la idea que hemos visto expresada en el anterior apartado e insistió en que lo que caracteriza a la donación *mortis causa* es la revocabilidad de la misma para el donante; revocabilidad que faltaba en los supuestos enjuiciados y que permitía calificar a las donaciones litigiosas como *inter vivos* y de ese modo salvar su eficacia.

Así las Sentencias de 28 de enero de 1898⁶² y de 13 de junio de 1900⁶³, declararon válidas unas donaciones de dinero que se debía entregar irrevocablemente.

Código civil la donación entre cónyuges estaba prohibida, a pesar de lo cual las Sentencias de 14 de diciembre de 1910, 9 de abril de 1942, 5 de noviembre de 1956, 27 de marzo de 1957 y 7 de junio de 1960, junto con la Resolución de la DGRN de 29 de julio de 1904, no entraron a discutir la validez de donaciones en las que se donaba al cónyuge sobreviviente el usufructo de los bienes del premuerto, si bien los respectivos litigios se habían centrado en otros aspectos diferentes. En cambio la Resolución de 5 de mayo de 1932 y la Sentencia de 28 de octubre de 1965 son muy claras en el sentido de que dichas donaciones no eran posibles. En la primera los cónyuges habían adquirido una finca y en la escritura de compra estipularon que «al fallecimiento de uno de ellos ha de pasar al sobreviviente la parte que el premuerto adquiere en esta escritura». Se denegó la inscripción en cuanto esto último por entender «que implica una donación prohibida insubsanable». La Dirección General confirmó la nota del Registrador en razón de estar prohibidos los pactos de liberalidad entre los cónyuges. La Sentencia de 28 de octubre de 1965, para un caso similar, señaló que la donación de ese tipo no vale ni en vida ni tras la muerte, puesto que en cuanto a esto último «requeriría inexcusablemente, un acto de disposición '*mortis causa*' que no ha existido en el caso de autos», lo que contradecía frontalmente la opinión de VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 307 y ss. Por su parte la Resolución de 21 de enero de 1991, eliminados los obstáculos legales para la validez de esas donaciones, autorizó su inscripción, sin atender al hecho de que la donación pudiera ser *mortis causa*.

62 El caso era el siguiente: en escritura otorgada ante testigos, y en razón del matrimonio contraído por su sobrina, una persona procedió a donarle 80.000 reales para después de su fallecimiento. La sobrina premurió a la donante; fallecida esta última, los herederos de la donataria pretenden hacer valer la donación, lo que se les concedió en primera y segunda instancia. Se recurrió en casación, por estimar los herederos de la donante incorrecta la calificación de la donación como *inter vivos*. El Tribunal Supremo calificó la donación como *inter vivos*, con entrega *post mortem*, por lo que los herederos de la donataria tenían derecho a recibir la suma donada. Hay que hacer notar que el Tribunal Supremo, aun refiriéndose a un caso sujeto al Derecho anterior al Código, expresamente consideró que igual solución derivaría del artículo 620 del mismo: «lo que diferencia la donación *inter vivos* de la donación *mortis causa*, es que ésta se hace, como su nombre indica, por causa de la muerte o de peligro mortal, sin intención de perder el donante la cosa ni su libre disposición en caso de vivir, al igual que sucede en las disposiciones testamentarias, y que tal es la

cablemente al tiempo de la muerte del donante. Contradice esta solución la reciente Sentencia de 28 de julio de 2003, que veremos en el apartado 4.

En la Sentencia de 27 de marzo de 1957, a pesar de lo que dijera incidentalmente el Tribunal Supremo, no era posible tampoco que la transmisión de la propiedad se hubiera producido en vida del donante, pues el objeto estaba fijado cuantitativamente en una determinada superficie de fincas rústicas, que se necesitaba especificar *post mortem donantis* de trayéndola de las varias fincas pertenecientes al mismo⁶⁴.

definición contenida...en el artículo 620 del Código civil, al determinar que las donaciones que se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria son las que producen sus efectos *por muerte* del donante; y que las donaciones *inter vivos* son las que se hacen sin esta consideración, por pura *bondad* del donante y *merecimiento del que recibe*, aunque la cosa no se entregue de momento, o se reserve la entrega *post mortem*, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto, siendo estas donaciones irrevocables (...) de esta última clase es la otorgada por Doña Simona A. en la escritura de capitulaciones matrimoniales (...) puesto que no la consideración de la muerte, ni su peligro, sino la liberalidad de la donante y el propósito de asegurar el sostenimiento del matrimonio celebrado, fueron las causas de tal donación».

Nada obsta, contra el criterio de esta Sentencia, el sostenido por el Tribunal Supremo en la de 8 de julio de 1943, ya que en esta última el problema que se planteaba no era el de la forma de la donación *mortis causa*, sino el de una donación en la que sólo verbalmente se había manifestado la voluntad de que la donataria recibiera una cantidad de dinero a la muerte del declarante. Por eso resultaba innecesario decir que como donación *mortis causa* debía estar hecha en testamento, cosa que, además, en Cataluña no sería correcto.

63 No obsta tampoco en este caso para calificar la donación como *inter vivos* el hecho de que se la condicionara a que el donatario sobreviviera al donante. El caso era el siguiente: en escritura pública de fecha 26 de octubre de 1886 se procedió a donar para después de la muerte del donante la cantidad de 12.500 pesetas; en 1891 el donante otorgó testamento en el que revocó dicha disposición. Tras la muerte del donante en 1893, la donataria reclamó a los herederos la cantidad donada. En primera instancia se entendió que no procedía la reclamación por considerarse la donación *mortis causa* y, por consiguiente revocable. La Audiencia entendió que la donación era *inter vivos* e irrevocable. En la Sentencia del Tribunal Supremo se reiteró la conceptualización de las donaciones *mortis causa* hecha en la de 28 de enero de 1898 y se añadió «que la liberalidad consignada en la escritura de 26 de octubre de 1886 y aceptada por Doña Francisca L., es una donación *inter vivos*, porque D. Pascual B. la efectuó, no en consideración a su muerte o hallándose en inminente peligro de perder la vida, sino en sanidad sin manda, para remediar las desgracias y asegurar en parte el porvenir de Doña Francisca, y en compensación o remuneración de los favores que había recibido de personas conjuntas a ella, sin que la circunstancia de que se aplazara la entrega de la cantidad donada al día de la muerte de D. Pascual y la condición pactada en la escritura de que Doña Francisca hubiera de sobrevivirle, impliquen, por tanto, como sostiene el recurrente, la esencia de la donación *mortis causa*, y menos en la actual, donde el acto revistió los caracteres de un verdadero contrato por la concurrencia y aceptación de la donataria, y en la que se constituyó hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación en su caso y día; todo lo cual pone de manifiesto el propósito en el donante de comprometerse por modo irrevocable».

64 En escritura pública de capitulaciones matrimoniales se había realizado donación en favor de uno de los contrayentes de dos fincas rústicas con efecto inmediato; los donantes decían

Tampoco se había producido la transmisión de la propiedad en vida del donante en el caso de la RDGRN de 21 de enero de 1991, pues existía una indeterminación temporal del donatario, que sería el cónyuge superviviente, y del donante, que sería el cónyuge que premuriera⁶⁵. Justificando su postura, la

también donar para después de la muerte de ambos una cantidad determinada de tierra, necesitada de especificación después de la muerte, lo que los herederos de los donantes se negaron a cumplir. El Tribunal Supremo consideró que «el criterio de ambos juzgadores de instancia, de que se trata de una donación 'inter vivos' y no 'mortis causa' e interpretativa de la cláusula de las capitulaciones matrimoniales en que se contiene, debe prevalecer en cuanto no se demuestre su equivocación, cosa que no se ha conseguido, pues no ha de olvidarse que aquella donación contractual en capitulaciones matrimoniales, sobre las que se basa el régimen económico del matrimonio, es esencialmente irrevocable, motiva la propia donación, que se ratifica por razón de matrimonio, otorgada con efectos indiscutibles en vida de donantes y donatarios, originarios de un crédito a favor de éstos, real y efectivo desde entonces, aunque de exigibilidad y cumplimiento diferido hasta la muerte de ambos donantes, con fecha incierta en el cuándo, pero con vida propia e irrevocable tanto porque no se reservó esta facultad cuanto por la propia naturaleza de la donación, integrada en aquellas capitulaciones, y hecha en razón del matrimonio proyectado y celebrado, como por los propios términos contractuales o voluntad de las partes contratantes que donan de presente y sólo aplazan para después de la muerte de ambos la posesión de lo donado, lo que no es suficiente para calificarla de 'mortis causa', conforme a la misma jurisprudencia de esta Sala, por cuanto quedó perfeccionada e irrevocable en vida, sin que su valor y efectos dependan de ese acontecimiento, salvo la entrada en posesión antes aludida». En razón de los hechos es evidente que lo que se pospuso a la muerte no es solamente la entrada en posesión de los bienes, sino la propia determinación física de las fincas que iban a transmitirse, porque lo único determinado al donar era la extensión superficial. Para LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 323, nota 14 «La Sentencia realiza aquí un difícil equilibrio para conseguir un resultado justo: en realidad esta donación es a causa de muerte».

65 Está comentada por RIVERO HERNÁNDEZ en *CCJC*, nº 6, págs. 375 y ss. Un matrimonio realizó donación de la nuda propiedad de dos fincas de carácter ganancial en favor de una hija común, reservándose los cónyuges el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo. Presentada al Registro la escritura pública se denegó la inscripción «del inciso final de la estipulación primera, en cuanto se refiere a la posibilidad de que el usufructo que se reservan los cónyuges donantes pueda tener carácter de sucesivo, ya que siendo las fincas sobre las que recae la nuda propiedad donada de carácter ganancial...ese mismo carácter ganancial seguirá teniendo el usufructo que, sin más, excluyen de la donación y se lo reserva, por todo lo cual, fallecido uno de los donantes, serán de aplicación ineludible los artículos 1344 y 1392 a 1410 del Código civil». La Dirección General desestimó la opinión de que en la reserva por el sobreviviente del usufructo de las fincas haya que ver una donación *mortis causa*, ya que: «hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una verdadera situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, sólo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. Como ya decía Antonio Gómez para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa 'te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte', 'te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida'. Cabe, pues, donación entre vivos no sólo cuando se confiere la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra (cfr. artículo 640 del Código Civil), sino también cuando el donante de la

Dirección General explicó, siguiendo a Antonio Gómez, que la muerte puede funcionar como «presupuesto de eficacia o de *conditio iuris* de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado)»; o como simple «condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago». Con ello se puntualiza de forma expresa y consciente la no esencialidad de la transmisión del dominio en vida del donante, contra lo que literalmente se había sostenido en algunas Sentencias; interpretación que se puede fundamentar en el hecho de que el artículo 620 habla de «los efectos», sin decir cuáles deban ser, y en que cuando la muerte actúa como condición o término, sí «se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada», suficiente para estimar existentes efectos entre vivos.

III. EL PROBLEMA ESPECÍFICO SUSCITADO POR LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 639 CC EN EL PUNTO RELATIVO A LA POSIBILIDAD DE UNA RESERVA DEL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE TODAS LAS COSAS DONADAS

Nuestro Tribunal Supremo, en las escasas ocasiones en que se ha referido al problema enunciado en el epígrafe, no parece admitir la posibilidad de la reserva del poder de disposición sobre la totalidad de las cosas donadas, lo cual es problemático, pues entendemos que el sistema legal impone la solución contraria. Por otra parte, esta doctrina confirma que el verdadero problema con que se encuentran las donaciones que producen sus efectos

nuda propiedad retiene para sí el usufructo -cfr. artículos 492 y 634 y S. 7 de junio de 1960-; o cuando el donante confiere el usufructo a otra persona, pero, sólo para después de la muerte del donante mismo que queda como primer usufructuario. Y, en general, cabe estipular combinaciones parecidas siempre que haya intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que sólo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente».

La Dirección General también precisó que «no cabe hablar en la hipótesis del caso de contrato sobre herencia futura, pues nada se estipula en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir, sino sólo sobre bienes concretos y ya existentes. Si su titular podía disponer de ellos enteramente con no menor razón podrá disponer sólo de derechos limitados, aunque su plena efectividad quede condicionada o aplazada a la muerte del disponente. En estos casos, como ocurre con la donación de nuda propiedad, la transmisión se produjo en vida del disponente y la muerte sólo significa la actualización de las potencialidades de un derecho ya transmitido».

transmisivos en el momento de la muerte del donante radica precisamente en el carácter revocable que se pretende dar a algunas de ellas. Al respecto se suelen considerar las Sentencias de 28 de abril de 1975⁶⁶, de 7 de julio de 1978⁶⁷ y de 9 de junio de 1995⁶⁸.

66 El donante había abierto a nombre de su sobrino dos cartillas de ahorro, reservándose la facultad de disponer de ellas sin traba ni limitación alguna. El Tribunal Supremo, confirmando el criterio de la Audiencia, señaló que «aunque se hubiese demostrado que el demandante no se había reservado la libre disposición de dichas imposiciones, y que, por tanto, hubiese habido *animus donandi*...aún en esos hipotéticos supuestos, se trataría de donaciones *mortis causa* que, para su efectividad requerirían haberse constituido con las formalidades de los testamentos -que no ofrecen- y serían esencialmente revocables».

67 El caso era el siguiente: la madre de los donatarios, separada de su marido, donó a sus hijos varios de sus bienes, sobre algunos se reservó la facultad de disponer, y sobre otros los donatarios le concedieron la facultad de administrar y disponer durante cuarenta años. El Tribunal Supremo entendió que «la llamada donación no tiene de tal sino el nombre, puesto que la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes que dijo donar, ya que conservaba no sólo el disfrute de los mismos, sino que también la administración y disposición durante un plazo de cuarenta años, que teniendo presente su edad -70 años- significa que lo era de por vida y que la dicha donación sólo después de la muerte de aquella podría ser efectiva, conclusión ésta que no se desvirtúa por la circunstancia de que al producirse la reconciliación de los padres de los actuales recurrentes, en septiembre del mismo año 1973, éstos el día 23 de dicho mes, revocasen el poder concedido a la donante, pues en virtud de la conexión y unidad de los dos actos del 27 de julio, implicaba tanto como dejar sin efecto jurídico al primero, es decir, el aparentemente aislado de donación ... la donante no tuvo nunca de verdad el indispensable 'animus donandi' propiamente dicho, sencillamente porque lo que quiso y esa fue su voluntad, no fue realizar un auténtico contrato de donación... la finalidad concreta, 'el propósito negocial de las partes litigantes, era el de sustraer de la sociedad legal de gananciales, los frutos de los bienes parafernales objeto de la donación, para que el marido no pudiera administrarlos' lo que sin duda debe reputarse como una finalidad contraria a la Ley, ajena a la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación».

68 El demandado sostenía que determinada donación era nula por ser «*mortis causa*», por lo que precisaba haber sido formalizada en testamento, ya que en ella el donante se reservó la facultad de disponer de la finca por cualquier acto de disposición o gravamen sin necesidad de recabar el consentimiento del donatario. También se imponía al donatario la prohibición de realizar actos de enajenación o gravamen sin contar con el permiso del donante.

La Sentencia del Tribunal Supremo sostuvo: «El segundo de los motivos de los actores se basa en el número 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y acusa la infracción del artículo 621 en contraposición del 620 ambos del Código Civil, en relación con el artículo 1462 aplicable por analogía (artículo 4.1 del mismo Código) y con los artículos 644, 647 y 648 del mismo, también aplicables por analogía, e infracción del artículo 639 en relación con el artículo 1255 todos del Código Civil. El núcleo alegatorio del motivo radica en la oposición de los recurrentes a la calificación que hace la Sentencia recurrida de la donación discutida como donación '*mortis causa*', cuando los recurrentes consideran que es donación *inter vivos* con efectos 'post mortem' y también, en contra de la Sentencia, la consideran válida. Se refiere el motivo a la escritura de donación de 13 de marzo de 1984, de la parte alta de la finca 'Mas Nou' a favor del demandante don Felipe. En esta escritura el donante sin necesidad de consentimiento del donatario se reserva la facultad de disponer de la finca donada para cualquier acto de enajenación y gravamen

En realidad en el caso del que se ocupó la Sentencia de 28 de abril de 1975 faltaba la acreditación indudable de la voluntad de donar; pero en cambio, las Sentencias de 7 de julio de 1978⁶⁹, y de 9 de junio de 1995 sostuvieron con toda claridad la doctrina de que la reserva del poder de disposición no puede abarcar todos los bienes⁷⁰.

y en cualquier tiempo respecto de la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedará revocada la donación; además, el donatario no podrá enajenar ni gravar la finca donada ni parte de la misma durante la vida del donante sin contar con autorización expresa del donante. Dados estos términos literales ha de considerarse acertada la declaración de la Sala 'a quo' de que se trata de una donación '*mortis causa*', en cuanto sólo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada. Se acomoda pues tal calificación jurídica a lo dispuesto en el artículo 620 del Código Civil, pues lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad '*mortis causa*' es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiera de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece. Estas declaraciones de la Sentencia de 24 de febrero 1986, se ajustan con precisión al supuesto de hecho ahora contemplado, criterio seguido también por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 21 de enero 1991, y en otras sentencias anteriores. Y siendo ello así, a ello no se opone el artículo 639 ni los demás invocados, toda vez que lo acreditado evidencia que el donante se reservó desde luego la facultad de disponer de los bienes donados. Y todo ello lleva consigo la sujeción de la donación a las disposiciones de última voluntad, sin cuyo cumplimiento, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la donación '*mortis causa*' no es válida (Sentencias de 4 de noviembre 1926, 8 de julio 1943, 29 de octubre 1956, y otras). En definitiva se llega a la conclusión de que la donación discutida en el presente motivo carece de validez y ha de mantenerse lo acordado en los apartados 1º y 2º del fallo recurrido, y el motivo examinado debe decaer.

QUINTO. El tercero y último de los motivos de los demandantes, con el mismo apoyo procesal que el anterior, denuncia la infracción del artículo 639 en relación con los artículos 348 y 1255 todos del Código Civil. Sostiene este motivo que se trata de una donación bajo una especial condición resolutoria, condición que se dice no ser dependiente de la voluntad del donante. Parte el motivo de que la donación cuestionada se halla disciplinada por el artículo que se invoca, en cuyo supuesto de hecho (mera donación con facultad de disponer) no se halla incluida la que se discute, pues dicha facultad reservada no se ha limitado a algunos de los bienes donados y no cabe prescindir con rotundidad de la posición jurídica del donante hasta su muerte tal como se declara sin duda alguna en la escritura de donación. Cabe, por consiguiente, aplicar al presente motivo el razonamiento expuesto para el anterior, con lo que también debe ser desestimado, y con él la totalidad del recurso formulado por los demandantes. Y éstos han de satisfacer, a tenor del artículo 1715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de su recurso, sin pronunciamiento sobre depósito para recurrir por no haber sido necesaria su constitución».

69 Está comentada por GARCÍA GARCÍA, en *RCDJ*, 1980, págs. 1212 y ss. Sobre ella, vid. DÍEZ-PICAZO, «El *animus donandi*», cit., págs. 305 y ss.

70 Ciertamente se ha dicho que la Sentencia de 7 de julio de 1978 declarararía la nulidad de la donación por otras causas diferentes, pero no estamos de acuerdo con esa interpretación de su

En una materia próxima a la anterior se suscita la duda sobre la validez de la donación que esté acompañada de un poder del donatario en favor del donante para que disponga de las cosas donadas. Si se interpreta que en el artículo 639 no cabe la reserva del poder de disposición sobre la totalidad de los bienes, estos negocios pudieran estimarse concluidos en fraude a la ley, constitutivos de donaciones *mortis causa*, y realizados sin voluntad de donar⁷¹. Además, el mandato es revocable esencialmente, por lo que el dona-

doctrina. El Tribunal Supremo declaró la nulidad de la donación por faltar el *animus donandi*, pues la reserva del poder de disposición sobre todas las cosas donadas entiende que excluye la existencia de voluntad de donar. La Sentencia ciertamente afirmó también que la solución se imponía porque del conjunto de la prueba se deducía que lo único que quería la donante era desprenderse de la titularidad formal de los bienes parafernales para evitar que su marido, del que estaba separada, administrara los frutos que produjeran las fincas donadas; pero ello no autoriza a decir que si el Tribunal Supremo se inclinó «por la posibilidad de la reserva sólo parcial...», tal criterio lo mantuvo *obiter dictum*, y no como fundamento del fallo, en caso en que se estimó la nulidad de la donación por otras razones» (ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., pág. 259). Tampoco es aceptable decir que el Tribunal Supremo no sostuvo que la reserva total sea nula sino que falta el *animus donandi*, como hace LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 3º, Barcelona, 1986. En realidad el Tribunal Supremo, respondiendo a uno de los motivos de casación, señaló literalmente que «no se logra desvirtuar la interpretación de ésta [la Sentencia recurrida] de que el referido precepto [art. 639] permite sólo la reserva de 'algunos de los bienes' donados y la incompatibilidad sustancial con la propia institución donataria, de la reserva de 'todos' los bienes que fueron donados».

71 Así en la Sentencia de 19 de junio de 1956: se discutía entonces la validez de un contrato de compraventa de ciertos inmuebles, con reserva del usufructo, realizado en escritura pública. A los pocos días el comprador había conferido a la vendedora poder de disposición sobre los bienes. Fallecida esta, sus herederos impugnaron la compraventa por simulación, lo que la Audiencia estimó, pero sosteniendo que el contrato encubría una donación válida. El Tribunal Supremo rectificó esa posición y consideró que la donación se habría realizado por causa de muerte pues el pretendido donante no conservó mediante el poder las facultades propias del usufructo sino las del dominio, en concreto la libre disposición de la finca, por lo que se «impone la aplicación de las reglas de la sucesión testamentaria y por tanto la necesidad de testamento para otorgarla».

Idéntica solución se estableció en la Sentencia de 24 de febrero de 1986, en un caso en que, habiéndose celebrado la compraventa de un inmueble en escritura pública, un mes más tarde se otorgó un documento privado en el que se facultaba al vendedor a disponer de parte de lo vendido. Este documento, según la Sentencia «está poniendo de manifiesto que el precitado vínculo de compraventa no tenía causa real, y por tanto era inexistente, pues es absurdo, y como tal rechazable, que quien se dice vendedor siga teniendo facultades dispositivas sobre lo vendido hasta su fallecimiento, revelando, en consecuencia, que la escritura pública de 8 de febrero de 1974, que externamente refleja compraventa, no tenía realmente como móvil determinante esa relación jurídica, sino tan sólo era un medio meramente formal con que poder justificar ante terceros la atribución dominical el mencionado Don Antonio P.V. sobre los bienes en cuestión después de que se produjese el fallecimiento de los titulares dominicales». Sobre la posibilidad de que la compraventa encubriera una donación *inter vivos* con entrega *post mortem* el Tribunal Supremo señaló que «no puede tener valor...de donación, en cuanto que le faltaría el esencial requisito de la aceptación que

tario podría burlar con facilidad la finalidad del donante nada más que revocándolo, si bien para impedir ese efecto pudiera interpretarse que la donación podría entenderse condicionada, expresa o implícitamente, a la subsistencia del poder de disposición.

A nuestro juicio, la solución de estimar inexistente la donación por falta de *animus* que han adoptado varias Sentencias pudo estar muy condicionada por la existencia de donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa, pues el simple otorgamiento de un poder de disposición en favor del donante no prueba la inexistencia de donación, ya que ni el poder es irrevocable de suyo, de manera que el donatario puede revocarlo y recuperar el ejercicio por sí mismo de los poderes sobre la cosa, ni permite al apoderado hacer suyos los frutos de la venta, sino que está obligado a restituirlos y dar cuenta de su cometido al poderdante⁷².

En otras ocasiones, sin discutirse la validez de la donación, el problema práctico es el de la subsistencia de la donación a pesar de que el poder otorgado en favor del donante haya sido revocado. La jurisprudencia se hace eco de algún caso en el que la donación resultaba expresamente condicionada a esa subsistencia⁷³, sin embargo los supuestos más abundantes son aquellos en que, no existe una condición expresa aunque sí una conexión temporal entre ambos contratos. La jurisprudencia suele rechazar que esta conexión implique un condicionamiento de la donación al hecho de la subsistencia del poder. A este respecto la Sentencia de 17 de julio de 1995⁷⁴ declaró que la

exige el artículo 633 del Código civil, pues no puede apreciarse que se acepta una donación por el pretendido donatario cuanto éste precisamente niega que la relación jurídica sea donación, sino real y efectiva compraventa».

72 Sin embargo, en la Sentencia de 7 de julio de 1978, para una donación de varios bienes en favor de los hijos de la donante, parte de los cuales otorgaban a la donante poder de disposición indicó que la conexión de la donación y el otorgamiento del poder significa la inexistencia de *animus donandi*.

A nuestro juicio fue más correcta la solución de la Sentencia de 24 de diciembre de 1993 cuando afirmó que el otorgamiento del poder de disposición en favor del donante no significa que la donación pueda quedar sin efecto, porque el mandatario habrá de restituir el precio de la venta y dar cuenta de su gestión al mandante.

73 Es el caso de la Sentencia de 30 de noviembre de 1987.

74 El demandante, luego recurrente en casación, había realizado en 1988 una donación de varios inmuebles en favor de su única hija, a la que después demandó. El mismo día de la formalización de la donación, pero en distinto documento, la donataria había otorgado en favor de su padre un poder para la administración y disponibilidad de los bienes donados, que revocó a los pocos días.

relación causal entre la subsistencia del poder y el mantenimiento de la donación no consta con claridad, si la donación no se condiciona expresamente a la no revocación del poder. Sin embargo la Sentencia no excluyó la prueba de la relación entre el negocio de mandato y la donación —que en todo caso sería difícil en la práctica—, pues aunque insistía en que «las condiciones que se imputen en la donación...han de reflejarse convenientemente, pues se imponen y exigen necesaria precisión en la escritura pública», tampoco se ignoraba que «cualquier acuerdo privado que pudiera incidir, necesita en todo caso una prueba cumplida y determinante para posibilitar discutir sus consecuencias e incidencias a efectos revocativos, lo que en el supuesto de autos no ha tenido lugar». Por tanto, no es imposible que el pacto de las partes, debidamente probado, pueda tener incidencia en la subsistencia de la donación⁷⁵.

El demandante entendía que la donación no era pura, tal como declararon sucesivamente todos los Tribunales que conocieron del caso, sino modal o condicionada al otorgamiento y mantenimiento del referido poder. Para el Tribunal Supremo: «hay que atender al documento público que contiene la donación y el mismo es bien claro y expresivo en cuanto hace constar que tal acto dispositivo fue otorgado en forma total, absoluta, gratuita e irrevocable, como anticipo de legítima, sin que el donante impusiera ninguna condición ni carga de clase alguna a la donataria. En consecuencia, nos encontramos ante un acto de pura liberalidad de padre a hija, debidamente aceptado (artículos 629 y 633 del CC) y que opera como transmisor de la titularidad dominical que el cedente tenía sobre los bienes objeto de la donación (artículo 618 del CC, en relación al 609), en cuanto representa una efectiva atribución patrimonial gratuita que favorece y enriquece a la que la recibe y cuya causa hay que referirla a la liberalidad del que transmite sus bienes de esta manera, autorizado por la ley (artículo 1274 del Código Civil).

Las condiciones que se imputen en la donación y que, en la más depurada técnica civil y jurisprudencial, conforman efectivas obligaciones para el donatario, han de reflejarse convenientemente, pues se imponen y exigen necesaria precisión en escritura pública, rigiendo normalmente la unidad del acto, ya que, en otro caso y sobre todo cuando se da ausencia de la misma, que es el presente supuesto, se haría muy difícil fijar la relación entre imposición de cargas y su cumplimiento, porque si aquéllas no se expresaron, difícil se presenta alcanzar su falta de observancia y contravención por el beneficiario del acto dispositivo a su favor.

De esta manera cualquier acuerdo privado que pudiera incidir, necesita en todo caso una prueba cumplida y determinante para posibilitar discutir sus consecuencias e incidencias a efectos revocativos, lo que en el supuesto de autos no ha tenido lugar y así la sentencia recurrida lo recoge, ya que parte de la categórica conclusión de que, dados los términos en que fue redactada la escritura que recoge la donación controvertida, no contiene condición alguna y ello hay que entenderlo con independencia de la coincidencia de fechas de la escritura de donación y de apoderamiento general. Tal como se otorgaron, expresan actos jurídicos independientes y autónomos, a los que les asiste la condición de revocables (artículos 644 y siguientes del Código Civil para las donaciones y 1732.1º respecto al poder)».

75 En el mismo sentido la Sentencia de 14 de mayo de 1987, en la que se alegaba que una donación, configurada documentalmente como pura e incondicional, respondía a la voluntad expresa, pero verbal, de constituirse con reserva de disponer por los donantes y con derecho de

En la Sentencia de 24 de diciembre de 1993⁷⁶, se suscitaba un caso muy interesante. En primer lugar existía la duda sobre si la donación acompañada del poder de disposición irrevocable en favor del donante puede considerarse válida: la Audiencia lo negó, pero el Tribunal Supremo, sobre la base de que el mandato conferido no eximía ni de la rendición de cuentas ni de la entrega del precio de la venta al mandante, la declaró válida⁷⁷, si bien entendió que el

reversión. El Tribunal Supremo estimó que el «requisito formal abarca todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión que, como una cláusula más del contrato, está sometido a sus mismas exigencias solemnes». De todos modos el Tribunal de instancia no dejaba de reconocer que se podía «estar ante un supuesto de nulidad absoluta por falta de causa» aunque no pudo entrar en el problema por no haber sido pedido por los actores.

76 La donación se había realizado por la madre de la demandada, con intervención de su marido, y consistía en varias fincas privativas de la donante, sobre las cuales se reservaba el usufructo vitalicio, que atribuía al marido en caso de que le sobreviviera. En la misma fecha y ante el mismo Notario, la donataria otorgó en favor de sus padres un amplio y general poder en el que entre otras cosas dispuso «que conjunta y separadamente puedan cualquiera de ellos y respecto de cuantas fincas le pertenezcan a la poderdante por donación de sus dichos padres, ejercitar con entera libertad...comprar y vender por precio confesado, de contado o aplazado, permutar y por cualquier título oneroso enajenar y adquirir bienes muebles e inmuebles...la poderdante renuncia a revocar el presente poder y mandato». Posteriormente la donataria revocó el poder, y concedió a un tercero una opción de compra sobre algunos bienes. La donante demandó por entender que en las donaciones había existido dolo o engaño y que estaban condicionadas a la subsistencia del referido mandato. La Audiencia, revocando la Sentencia de primera instancia, consideró que las donaciones fueron simuladas absolutamente, pronunciando que el Tribunal Supremo casa, declarándolas válidas.

77 Según la Sentencia: «los incompletos e imprecisos hechos-base...de que parte la sentencia recurrida...no conducen, según las reglas lógicas del criterio humano, a la conclusión de que las donaciones litigiosas...fueron hechas con simulación absoluta, y ello por las razones siguientes: a) El poder general otorgado por la donataria en favor de sus padres, comprensivo de amplísimas facultades (la mayoría de las cuales —aceptar herencias, practicar particiones hereditarias, ejercer el comercio, librar, endosar, aceptar, cobrar y descontar letras de cambio, asistir con voz y voto a las juntas que se celebren en suspensiones de pagos, quiebras y concursos de acreedores, etc.—..., poca relación guardan con los bienes donados) a lo que autorizaba a los apoderados,... era a vender, en representación de la poderdante, la nuda propiedad de los referidos bienes (que fue lo únicamente donado), pero no eximen a aquéllos de rendir cuentas a ésta del resultado de su gestión y de entregarle el precio percibido por la venta de dicha nuda propiedad (art. 1720 del Código civil); b) El hecho de que la donante continuara en la posesión de los bienes, no puede en modo alguno conducir a la conclusión de la existencia de una simulación absoluta, pues si la donante se había reservado, para sí y para su esposo y padre de la donataria, el usufructo vitalicio de los bienes donados, es evidente que la posesión de los mismos la habían de conservar los referidos usufructuarios; c) La circunstancia de que los bienes donados (en cuanto a su nuda propiedad exclusivamente) por doña Pilar P.S. a su hija doña María del Pilar C.P. fueran o pudieran ser la totalidad de los que tenía la donante, aparte de no corresponderse con la realidad probatoria obrante en autos, pues también hizo otras donaciones a su hijo don Santiago...y la propia donante manifestó expresamente en las dos escrituras de donación otorgadas en favor de su hija 'que le restan bienes suficientes para vivir

pacto de irrevocabilidad del mandato no impide la revocación⁷⁸. No obstante, aunque se llegara a aceptar la solución de la Sentencia, también cabría

según su estado y circunstancias', a aparte de ello, decimos, la referida circunstancia no priva a las repetidas donaciones de causa ('animus donandi'), que es la única esencia determinante de la simulación absoluta; d) Las 'dificultades financieras familiares', a que de modo impreciso e inconcreto se refiere la sentencia recurrida, no conducen tampoco, según las reglas lógicas del criterio humano, a la conclusión por ella obtenida (existencia de simulación absoluta), pues las referidas 'dificultades financieras', que sólo gravitaban sobre la sociedad anónima 'Frucampos SA'..., no podrían en ningún caso vincular ejecutivamente a los bienes privativos de la donante, aunque fuera accionista de dicha entidad...; d) El último 'hecho base' (de difícil comprensión, por cierto) que la sentencia recurrida tiene en cuenta...y que consiste, según dice textualmente, en que '...la disgregación en diferentes instrumentos públicos de los poderes de los donantes en relación con las fincas donadas...permitía frente a terceros mantener en secreto su existencia y tan sólo surge a la luz al litigar precisamente las partes en dichos contratos', aparte de no ser cierto, pues el poder otorgado por la donataria fue solamente uno (por lo que no hubo tal 'disgregación'), no impedía en modo alguno que los presuntos acreedores (si es que a ello quiere referirse la sentencia recurrida) pudiera conocer la existencia de las donaciones, pues las mismas fueron inscritas en el Registro de la Propiedad». En cambio, el análisis del comportamiento de los donantes, que se fueron desprendiendo de su patrimonio en vida en favor no sólo de la demandada, sino de su otro hijo, así como la edad avanzada de los mismos, hizo llegar al Tribunal Supremo a la conclusión de que los padres «actuaron de consuno y con evidente intención de distribuir *'inter vivos'*, entre sus dos únicos hijos...la mayor parte de su patrimonio», por lo que las donaciones eran válidas con independencia de que los donantes conservaran en vida amplios poderes sobre los bienes.

Compartimos las anteriores consideraciones, pero no cabe olvidar la estrecha relación que existía entre la donación y el poder otorgado, por lo que es dudoso que no sea posible en este caso estimar que la irrevocabilidad responda a «finalidades de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario».

78 A tenor de la misma: «Dando por sentado que la irrevocabilidad del mandato, no obstante su normal esencia de revocable, es admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución y cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados (...), ninguno de dichos supuestos se dan en el presente caso litigioso, pues en el poder a que se refiere este proceso, después de manifestar la poderdante en su encabezamiento que lo otorga para que sus padres 'conjunta y separadamente puedan cualquiera de ellos y respecto de cuantas fincas le pertenezcan a la poderdante por donación de sus dichos padres, ejercitar con entera libertad las siguientes': y a continuación, en un impreso (que es el integrador de la escritura de apoderamiento) se hace una extensísima y general relación de facultades, la mayoría de las cuales...no guardan relación alguna con los bienes donados -tales como administrar bienes muebles (los donados eran inmuebles), aceptar puramente o con los beneficios legales, renunciar o manifestar herencias y legados, practicar o aprobar particiones hereditarias y de comunidades matrimoniales de bienes, ejercer el comercio...-, pero ni se expresa en el mismo cuál sea la finalidad concreta que pueda justificar su irrevocabilidad, ni tampoco se desprende, ni siquiera indiciariamente, de esa general y extensísima relación de facultades conferi-

preguntarse si los supuestos en que el mandato y la donación se encuentren relacionados, no podrían dar lugar a un mandato naturalmente irrevocable⁷⁹. A este respecto, podría entenderse que en estos casos el mandato existe no sólo en interés del mandante, sino también en el del mandatario, y que forma parte de otra convención.

IV. LA UTILIZACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA* PARA NEGAR VALIDEZ A LA CONCRETA DONACIÓN LITIGIOSA

El análisis de las decisiones jurisprudenciales que se han podido apartar de la tesis mayoritaria no nos interesa, pues se trata de Sentencias antiguas y controvertidas. Lo realmente interesante es determinar el verdadero alcance práctico de la doctrina jurisprudencial más común, es decir, su utilización como fundamento principal del fallo. En efecto, esta doctrina mayoritaria, aplicada con todo su rigor, conduciría a la privación de validez de las «donaciones *mortis causa*» que formalmente pudieran valer como donación «ordinaria»: el problema de la forma debería ser el decisivo, si la doctrina común se formula en los términos habituales de que la donación *mortis causa* no puede formalizarse más que en testamento. Sin embargo nuestro Tribunal Supremo casi nunca, en lo que conocemos, ha decretado la nulidad de una donación basándose de modo exclusivo en la necesidad de su

das, que alguna de ellas responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados los mandatarios o terceras personas, por lo que carece de sentido el mantenimiento 'sine die' de la irrevocabilidad del expresado poder general».

A nuestro juicio la interpretación del sentido del mandato resulta sorprendente, pues era evidente la conexión del mismo con otro contrato, pues se declara expresamente que la poderdante lo otorga para que sus padres «conjunta y separadamente puedan cualquiera de ellos y respecto de cuantas fincas le pertenezcan a la poderdante por donación de sus dichos padres», ejercitar una serie de facultades. Esta declaración principal fija el objeto material sobre el cual pueden ejercitarse las facultades conferidas por el mandato: sólo en relación con las cosas donadas, por lo que, en contra de lo sostenido por la Sentencia, ahí podía buscarse, como hizo la Sentencia casada, la razón de la irrevocabilidad del mandato. Contra esta consideración, que tiene una relevancia interpretativa importantísima, asume escasa importancia el hecho de que las facultades otorgadas por el mandato vengan recogidas en un impreso en el que se mencionen ciertas facultades que difícilmente se pueden ejercer sobre los bienes donados, pues claramente se aprecia que ello puede ser perfectamente achacable a negligencia de las partes al utilizar un formulario genérico.

79 De esa manera se solucionaría el problema creado por los casos en los que siendo simultánea la donación y el poder, las partes no han condicionado expresamente la subsistencia de la donación al mantenimiento del poder.

formalización en testamento, cuando esa donación reuniera los demás requisitos para su validez como *inter vivos*, aunque haya usado dicha argumentación para apoyar una solución que también procedía por otros motivos⁸⁰.

Uno de los casos más claros de la inconsecuencia de la doctrina mayoritariamente sostenida es el de la Sentencia de 3 de enero de 1905⁸¹, en la que se declaró nula la donación por falta de forma. Ciertamente en el

80 En alguna ocasión, lo que sucedía es que se alega la doctrina sobre la donación *mortis causa* sin relación decisiva con el problema del pleito. Esto sucedía en la Sentencia de 25 de octubre de 2000, en la que en realidad se afrontaba el problema de si la pretendida donación *mortis causa* tenía que ser objeto de colación, lo que no procedía por el hecho de que el donatario era el cónyuge viudo, que no está sujeto a colación. A pesar de ello, el Tribunal Supremo asume una posición netamente favorable a la validez de la donación. Así dijo "El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión de los artículos 1255 y 1323 del Código Civil, y la aplicación indebida del artículo 620 del mismo Cuerpo legal, ya que, según denuncia, con mención al contrato de reconocimiento de deuda otorgado por el causante y don Manuel L. S., don Vicente L. S. y doña Purificación S. B. en 8 de febrero de 1988, frente a la posición de la donación «mortis causa» acogida por la sentencia combatida, se opone la existencia de una cesión «inter vivos» del crédito, sujeta a condición suspensiva (fallecimiento del causante), la cual, de cumplirse, supone la eficacia retroactiva de la cesión «ex» artículos 1114 y 1120 del Código Civil- se estima porque, con relación al supuesto de hecho recogido en dicho contrato, donde fue cedido de forma gratuita el crédito que ostentaba el causante contra don Manuel L. S., don Vicente L. S. y doña Purificación S. B. en favor de doña Carmen Amalia R. V. M., si don Angel M. falleciera por accidente o enfermedad durante la vigencia del documento privado, no se ha aplicado lo dispuesto en los artículos 620 y 1035 del Código Civil, habida cuenta de que, según reiterada doctrina de esta Sala, la donación «mortis causa» carece de validez si no se guardan en su otorgamiento las reglas dispuestas en el capítulo de la sucesión testamentaria, lo que supone la inexcusable sumisión a los requisitos formales exigidos para otorgarla, circunstancia que no se ha cumplido en el caso del debate.

Pese a que el contrato de cesión contiene, para su plasmación, dos precisiones: a) la gratuidad, y b) la condición de premoriencia del cedente, durante la vigencia del contrato, no se configura como una donación «mortis causa», al omitirse el presupuesto de la forma testamentaria, por lo que no debe computarse en la herencia del causante, ya que el artículo 1035 del Código Civil impone sólo la obligación de colacionar a los herederos forzosos y doña María del Carmen Amalia R. V. M., aunque posee la condición de heredera universal del causante, no entra en aquella categoría, a salvo de lo dispuesto en los artículos 834 a 840, inclusive, del Código Civil, y el cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión, como por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales".

81 Tras la muerte de una persona apareció el resguardo del depósito bancario de 12 obligaciones en cuyo dorso figuraba: «Fallecida yo, páguese a la orden de Doña Micaela de la Llanas y la firma y la fecha. La Audiencia, revocando la Sentencia de primera instancia, estimó que los títulos de la Deuda del Estado fueron válidamente donados con donación entre vivos y debían ser entregados a la donataria.

El Tribunal Supremo, por contra, entendió que «el concepto distintivo de las donaciones *mortis causa*, a diferencia del de las donaciones *intervivos*, consiste en que el donante no transfiere de

caso no había una donación de bien mueble válidamente formalizada como donación manual o como donación hecha por escrito y aceptada en la misma forma (cfr. artículo 632 CC), pero en cambio el acto del que se discutía sí reunía los requisitos del testamento ológrafo, por lo que, aplicando la doctrina común la donación *mortis causa* debería haber sido considerada válida, al no hacerlo así el Tribunal Supremo parece claro que sólo decidió en base a la ausencia de la forma *inter vivos* de la donación, lo cual a la vista del caso parece muy discutible⁸².

presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece, sin que pueda alterar la esencia de este concepto la forma que le plazca emplear para la expresión de su voluntad si esta es, como queda indicado, que solamente después de la muerte del donante haga suyo el donatario lo que fue objeto de la donación», por todo lo cual concluye en el cuarto considerando que la donación «participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y debe regirse por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

82 Así: Díez-PICAZO, *Estudios*, II, cit., pág. 8 para quien hubiera sido conveniente preguntarse si la declaración unilateral sobre cuyo valor se discutía cubría los requisitos de forma del testamento ológrafo, aunque ello, ciertamente, no se alegó en el pleito.

En la Sentencia de 24 de abril de 1909 el supuesto era similar y la respuesta del Tribunal Supremo también fue la misma: «el endoso ...carece en absoluto de la virtualidad y eficacia que el recurrente le atribuye, ya porque no concibiéndose la existencia de un endoso sino como medio de transmisión del valor que representa, aun admitido en el presente caso el supuesto que la Doña María de la Concepción tuvo el propósito de favorecer a por un acto de su voluntad a Albertí, no puede menos que reconocerse que como nada le transmitió, sino para el momento de su fallecimiento, tal cesión o transferencia, que implica una causa de liberalidad, sólo puede estimarse como una donación *mortis causa*, sujeta a las disposiciones que regulan la sucesión testamentaria...».

En la Sentencia de 13 de junio de 1994 se aprecia con gran claridad que el Tribunal Supremo a la vista de una concreta voluntad de donar que consta de modo suficientemente expresivo intenta buscar el cauce formal para hacerla valer, aunque fue imposible encontrarlo puesto que la declaración de voluntad no reunía los requisitos formales ni de la donación ni del testamento ológrafo. En el caso se alegaba la existencia de la donación de las acciones de una sociedad, y se reclamaba la entrega de las mismas al heredero del donante. Se desestimó la pretensión por el Juzgado «al entender que, por tratarse de una donación '*mortis causa*', requería para su validez la forma testamentaria y el testamento otorgado por don Efrén en 1983 a favor de su sobrina no se refería para nada a la donación, sin que valiese la carta sin fecha con tal testamento, no existiendo tampoco donación '*inter vivos*' de bienes muebles que puede hacerse por escrito, pero constando del mismo modo la aceptación, lo que no ocurría, o de forma verbal, pero con entrega simultánea de la cosa, lo que tampoco constaba, todo ello con independencia de la posible nulidad de los propios documentos, carta y vendí, que no examinaba, a la vista del gran número de cartas existentes firmadas en blanco por don Efrén y que tampoco los vendís se podían autenticar a causa del fallecimiento del Corredor de Comercio». El Tribunal Supremo aceptó dichos razonamientos porque no se podía justificar de ningún modo la validez del acto.

En otros casos, aunque el Tribunal Supremo ha rechazado la validez de las pretendidas donaciones sosteniendo que por ser *mortis causa* debían cumplir una forma testamentaria que en el caso faltaba, en realidad esa no era la única razón para declarar la ineficacia de la donación, sino que existían otras razones probablemente más convincentes y que conducían igualmente a la ineficacia de la donación. Así, en un caso no estaba probada la

Lo contrario sucedió en la Resolución DGRN de 5 de marzo de 1997: se da validez como testamento a una donación en la que se disponía de la totalidad del haber hereditario. Dijo así: «El supuesto debatido, se produce una disposición de bienes para después de la muerte y a título universal, sólo que se efectúa a través de un esquema negocial bilateral, cual es el de la donación, lo que, en principio, podría comportar determinadas particularidades en la ordenación del fenómeno sucesorio del donante respecto del régimen aplicable a la sucesión testamentaria. Ahora bien, si se considera: a) Que la disposición efectuada es totalmente gratuita y determinada exclusivamente por la necesidad de proveer sucesor en la titularidad de los bienes que deje a su fallecimiento el donante, no mediando ninguna contraprestación causalizadora que en favor del donante asuma el beneficiario; b) Que pese a la concurrencia de la aceptación del beneficiario, la disposición efectuada es absolutamente revocable por voluntad unilateral del donante, pues así se deriva del artículo 620 del Código civil, al tratarse de una donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante, calificación que, como tiene declarado el Tribunal Supremo, corresponde a aquellas donaciones en las que el donante no tiene ninguna intención de perder la libre disposición de los bienes donados y, por tanto, a la ahora enjuiciada, como lo evidencia el hecho de contraerse a los bienes que compongan la sucesión del donante, esto es, a bienes presentes y futuros, no determinados ya de forma individualizada, sino identificables por la pertenencia al donante el día de su fallecimiento...c) Que, también por aplicación de este artículo 620 del Código civil, quedan excluidas todas las posibles particularidades que en la ordenación del fenómeno sucesorio del donante podrían derivarse del empleo por éste del esquema negocial de la donación para la exteriorización jurídica de sus determinaciones patrimoniales '*mortis causa*', aplicándose íntegramente el régimen de la sucesión testamentaria, lo que determina, a su vez, la irrelevancia jurídica de la aceptación anticipada del donatario (cfr. artículo 991 del Código civil); d) Que si bien en la práctica notarial española se excluye la presencia del beneficiario en el acto de otorgamiento del testamento, esa no presencia no sólo no viene configurada en el Código civil como requisito de validez del testamento (el artículo 669 sólo excluye el testamento mancomunado, el artículo 682 excluye la presencia de los herederos y legatarios designados pero sólo en calidad de testigos y en los artículos 688 y siguientes nada se dice al respecto), sino que, por una parte, algunas de las formas testamentarias reguladas en él son claramente compatibles con dicha presencia (cfr. artículos 688 a 693, 700 y 701 del Código civil) y, por otra, esa circunstancia en modo alguno puede afirmarse que menoscabe la libertad del disponente dada la incondicional facultad revocatoria que éste conserva, habrá de concluirse que no hay razón alguna para ignorar jurídicamente -si reuniese las formalidades prescritas- ese elemento principal de la donación cuestionada, cual es la voluntad dispositiva del donante, que, con las matizaciones reseñadas, integra por sí mismo, un auténtico negocio testamentario. Así lo avalan, además, el principio general de interpretación favorable a la conservación de los negocios (cfr. artículos 1284 y 1289 del Código civil) y la significación que a la finalidad práctica perseguida por los otorgantes se reconoce en nuestro ordenamiento a la hora de calificar e interpretar los negocios (cfr. artículos 1281 y 675 del Código civil) y definir su alcance y consecuencias (cfr. artículo 1258 del Código civil)».

existencia de la donación⁸³; en otros, los litigios tenían origen en promesas verbales de donación⁸⁴; faltaba la aceptación por los donatarios en vida del donante⁸⁵, y, finalmente, en algún otro caso, la donación de varios inmuebles se había hecho en documento privado⁸⁶.

83 Así la Sentencia de 4 de noviembre de 1926 que ha sido muy criticada por VALLET con razón, porque el Tribunal Supremo estableció la necesidad de que la donación *mortis causa* se formalizara en testamento, lo cual no es acertado en referencia a Cataluña. Además, como señala el propio autor, la solución hubiera sido la misma sin alegar esa doctrina, dada la falta de constancia de la donación: cfr. *Estudios*, cit., pág. 125.

84 Así en la Sentencia de 8 de febrero de 1905. Tras la muerte de la donante los donatarios pidieron los bienes a la heredera, menor de edad, casada y representada por su marido, que se allanó y les cedió los bienes. La heredera, una vez llegada a la mayor edad impugnó la cesión y la Audiencia estimó que había lugar a la acción de nulidad. Los demandados se opusieron alegando, entre otras cosas, la promesa verbal de donación que se les hizo. El Tribunal Supremo indicó que «dicha promesa es ineficaz por tratarse de donaciones que debiendo producir sus efectos después de la muerte del donante, no aparece justificada por ninguno de los medios que regulan la sucesión testamentaria, según lo exige el artículo 620 del Código civil». Evidentemente, aún sin acudir a esta argumentación, la donación no hubiera prosperado porque no estaba formalizada en escritura pública. En la Sentencia de 8 de julio de 1943 existía una simple promesa de entrega de cantidad.

85 En la Sentencia 12 de marzo de 2004 se casa la Sentencia de la Audiencia que había considerado probado que la donante tenía voluntad de donar el importe de la venta de unos Bonos del Tesoro que le pertenecían, pero con efecto para después de su muerte y reservándose entre tanto el usufructo. Para ello depositó dicho importe en un Banco al que dio orden escrita de que se le fueran entregando los réditos, y que, a su fallecimiento, procediera a distribuir dicha cantidad entre los donantes. La Audiencia llegó a la conclusión de que la orden escrita dada por la causante al Banco hacía eficaz la donación *mortis causa*, sin necesidad de escritura pública, lo que concuerda con lo que establece el artículo 632, que, aunque referido a las donaciones *inter vivos*, regula la forma en que han de hacerse las donaciones de cosas muebles, como es el dinero. Ahora bien, el problema, a nuestro juicio radicaba en que faltaba la aceptación por escrito de los donatarios, que es uno de los requisitos formales que establece el artículo 623 del Código Civil. Por eso la declaración del Tribunal Supremo de que «ha de llegarse a la conclusión de que la orden que el Tribunal de apelación considera probado que dio al Banco de Santander D^a Amanda ha perdido toda eficacia al producirse la muerte de dicha señora, y que la misma no puede ser considerada como un testamento ológrafo, pues no ha llegado a incorporarse a los presentes autos ni consta que haya sido presentada ante Juzgado competente a efectos de su protocolización. A ello ha de añadirse que la inexistencia de testamento impide que pueda concederse trascendencia alguna al hecho de que D^a Amanda pudiera haber encomendado al Banco en que tenía depositado su dinero la distribución del mismo entre algunos de sus parientes, pues esta facultad solo la reconoce el Código Civil a quien ostente la condición de testador».

86 Así Sentencia de 10 de junio de 1912. Se declaró nula la donación hecha para después de la muerte del donante de varios bienes, incluidos algunos inmuebles, formalizada en unas capitulaciones otorgadas en documento privado. El Tribunal Supremo indicó que «si la donación de que se trata había de producir sus efectos a la muerte del demandante, claro es que participa de la naturaleza de *mortis causa*, y que por ser revocable, carácter distintivo que la separa de la *inter vivos* se halla subordinada, como también sostiene el juzgador, a las reglas de la sucesión testamentaria»; pero la verdadera razón de la falta de validez de la donación se encuentra en el hecho de que estaba desprovista de la forma esencial.

En otro orden de cosas, la Sentencia de 12 de febrero de 1909, que también utilizó la doctrina sobre la donación *mortis causa*, contemplaba un caso de incumplimiento de la carga a la que se había sometido la donación, lo que constituía una razón suficiente para su ineficacia⁸⁷. Asimismo en la Sentencia de 30 de diciembre de 2003, lo que había sucedido es que la donación litigiosa había sido revocada, por lo que resultaba indiferente que se dijera tras ello que en realidad se trataba de una donación nula por carecer de la forma testamentaria⁸⁸.

Otras Sentencias se refirieron a negocios aparentes de compraventa, que en realidad eran simulados por no haber mediado precio, y por conservar el donante el poder de disposición y el usufructo sobre las fincas. En estas hipótesis el litigio versaba sobre la posibilidad de sostener la validez de las figuras no como compraventas, sino como donaciones. Estos casos se podían resolver suficientemente sobre la base de la simulación, siempre que se estimara que la escritura pública de compraventa del inmueble no es suficiente para dotar de validez a la donación encubierta del mismo. A pesar de

87 En documento privado los consortes habían donado, para después de su muerte, a sus sirvientes una finca rústica, imponiéndoles la carga de seguir sirviéndoles, incumplida la cual la donación sería inválida. Fallecidos ambos donantes, la finca se inscribió a favor del legatario instituido por el cónyuge sobreviviente, que resultó demandado por los donatarios. Las dos primeras instancias absolviéron al demandado. El Tribunal Supremo señaló que «si bien atendidos los términos de la donación, las relaciones de dependencia de los donatarios con los donantes que explican su causa y las obligaciones que aquellos se impusieron al aceptarla, debe entenderse que dicha donación fue condicional, no habiéndose cumplido la condición de que su validez dependía, serían ineficaces para la casación los dos motivos del recurso, aun en la hipótesis sustentada por el recurrente de que fue pura: Primero. Porque tratándose de una donación *mortis causa*, equiparada, tanto por las leyes romanas (el supuesto se refería a Cataluña) como por el artículo 620 del Código civil, a las disposiciones de última voluntad, es, como éstas, revocable, y pudo, en consecuencia, la donante superviviente disponer de la finca a favor de otra persona». Se aprecia con claridad que las razones por las que se procede a la ineficacia de la donación son diferentes a la falta de forma testamentaria.

88 En el supuesto la donación de unas acciones tenía como presupuesto de eficacia la muerte del donante, que hacía constar expresamente la conservación de las mismas en su poder y la posibilidad de revocarla en cualquier momento («a quién deberán retornarlas... cuando él lo estimara oportuno»), voluntad de revocación que ha de entenderse explicitada por el requerimiento y posterior presentación de la demanda en solicitud de recuperación por el donante de la titularidad formal de las referidas acciones. En realidad, pues, poco valor tendría afirmar, como hizo el Tribunal Supremo que «la donación «*mortis causa*», requiere forma testamentaria, lo que significa su sumisión a las reglas de los testamentos, incluso en lo referente a los requisitos formales exigidos para otorgarla (SSTS de 25 de julio de 1996 y las citadas en dicha resolución), que no fueron guardados en el supuesto del debate.»

ello el Tribunal Supremo recurrió también a la doctrina sobre la donación *mortis causa*. En alguno de los casos el donante conservaba el poder de disposición sobre los bienes, pero lo hacía sobre la base de un mandato, que además de ser revocable, confería un poder que sólo podría ser ejercitado en nombre y en beneficio del mandante y sobre cuyo ejercicio estaba obligado el mandatario a dar cuenta, todo lo que vendría a demostrar que el donatario sí había adquirido la propiedad de los bienes; en otro caso, expresamente se transmitía la nuda propiedad y los donantes sólo conservaban el usufructo⁸⁹, es decir, que las donaciones concretas enjuiciadas en esas Sentencias nos parece

89 Así sucedió en la Sentencia de 19 de junio de 1956. En un testamento otorgado en 1939 se había establecido un legado, que luego se omitió en el testamento de 14 de agosto de 1941. Antes de testar, el causante y el legatario habían realizado la compraventa en escritura pública de los inmuebles legados sobre los que la vendedora se reservaba el usufructo. A los pocos días el comprador había conferido poder de disposición sobre los bienes a la vendedora. Fallecida la donante, los herederos impugnan la compraventa por simulación, lo que la Audiencia estimó, pero sosteniendo que el contrato encubría una donación válida. El Tribunal Supremo rectificó esa posición y consideró que «la donación hecha es de naturaleza *mortis causa* y no *inter vivos*, ni tampoco puede admitirse que se haya pretendido hacer una donación *inter vivos post mortem*, armonizando la doctrina del Código civil a la de nuestro antiguo Derecho». Se reiteró que la donación se habría realizado por causa de muerte al estar aplazados sus efectos a la muerte pues el donante no perdió la libre disposición de la finca, por lo que se «impone la aplicación de las reglas de la sucesión testamentaria y por tanto la necesidad de testamento para otorgarla...por haberse realizado la donación por medio de un simulado contrato de compraventa, y no en la forma permitida, hacen procedente la estimación de este motivo del recurso».

En la Sentencia de 29 de octubre de 1956 la solución fue similar, en un negocio simulado de compraventa, concluido para dar ejecución a la voluntad testamentaria, pero que se articuló así con la finalidad de eludir el pago del impuesto sucesorio. Posteriormente cambió la voluntad del donante, pero el adquirente pretendía hacer valer en su favor los contratos simulados. El Tribunal Supremo consideró «que si bien al amparo del artículo 1276 del Código civil, puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el cumplimiento de las formalidades prescritas, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, cuando constan en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio, y no puede servir de donación, por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código civil». Nos debería bastar esto: en aplicación de esta doctrina es evidente que el pretendido donatario nada podía pedir, porque la forma de la compraventa no serviría para acreditar la donación, sin embargo el Tribunal Supremo añadió en otro lugar que «tratándose en cualquier supuesto de una donación '*mortis causa*' encubierta y enmascarada bajo la apariencia falaz de un fingido contrato de compraventa simulado para evitar el pago de derechos reales, es ineficaz si no se justifica por ninguno de los medios que regulan las disposiciones testamentarias».

Idéntica solución podemos ver en la Sentencia de 24 de febrero de 1986, en un caso en que, habiéndose celebrado la compraventa de un inmueble en escritura pública, se otorgó un documento privado en el que se facultaba al vendedor a disponer de parte de lo vendido. Este documento,

que no podían ser nulas más que sobre la base de la simulación, porque bajo el punto de vista de la doctrina de las donaciones *mortis causa* no lo eran porque habían transmitido la propiedad en vida del donante.

Frente a la jurisprudencia anterior, que se apoyó en la doctrina de la donación *mortis causa* para reforzar la argumentación de la declaración de nulidad de algunas donaciones que también serían nulas por otros motivos, la Sentencia de 23 de marzo de 1948 otorgó validez a una donación que pendía de la muerte y que estaba formalizada fuera de testamento, si bien la donación era *post mortem alterius*⁹⁰.

Por último, en la apreciación del valor que suele tener en la jurisprudencia la exigencia de forma testamentaria para las donaciones *mortis causa*, es muy expresiva la comparación entre la Sentencia de 28 de octubre de 1965 y la Resolución de 21 de enero de 1991. En ambos casos los cónyuges habían adquirido una finca estipulando que cuando falleciera uno de ellos, pasaría a ser propiedad del sobreviviente. La Sentencia señaló que la donación no podía valer ni en vida ni tras la muerte, puesto que en cuanto a esto último «requeriría inexcusablemente, un acto de disposición '*mortis causa*' que no ha existido en el caso de autos», sin embargo, cabe sospechar que la verdadera razón de la invalidez es que la donación entre cónyuges estaba prohibi-

según la Sentencia «está poniendo de manifiesto que el precitado vínculo de compraventa no tenía causa real, y por tanto era inexistente, pues es absurdo, y como tal rechazable, que quien se dice vendedor siga teniendo facultades dispositivas sobre lo vendido hasta su fallecimiento, revelando, en consecuencia, que la escritura pública de 8 de febrero de 1974, que externamente refleja compraventa, no tenía realmente como móvil determinante esa relación jurídica, sino tan sólo era un medio meramente formal con que poder justificar ante terceros la atribución dominical el mencionado Don Antonio P.V. sobre los bienes en cuestión después de que se produjese el fallecimiento de los titulares dominicales». Sobre la posibilidad de que la compraventa encubriera una donación *inter vivos* con entrega *post mortem* el Tribunal Supremo señaló que «no puede tener valor...de donación, en cuanto que le faltaría el esencial requisito de la aceptación que exige el artículo 633 del Código civil, pues no puede apreciarse que se acepta una donación por el pretendido donatario cuanto éste precisamente niega que la relación jurídica sea donación, sino real y efectiva compraventa». Por ello, las afirmaciones subsiguientes son a mayor abundamiento: si «se tratase de encubrir una donación de específica naturaleza *mortis causa*, es decir, con producción de efectos por muerte de la donante que proyecta a la tan referida mitad de casa, requeriría para su eficacia, según previene el artículo 620 del Código civil, que se hubiese adaptado, cual no se ha efectuado, a las reglas establecidas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias».

90 Se admitió la validez de la donación de unos depósitos en la que se impuso la reversión en favor de la hermana del donatario en el caso del fallecimiento de éste. Los herederos del donatario intentaron impedir la reversión alegando que se trataba de una donación *mortis causa*, necesitada de la forma testamentaria; en cambio, el Tribunal Supremo señaló que en esta donación «concurren todos los requisitos que la ley señala para su validez» (5º considerando).

da legalmente en esa fecha. De ese modo resulta explicable que la Resolución de 21 de enero de 1991, una vez eliminados los obstáculos legales para la validez de esas donaciones, autorizara la inscripción de una donación sustancialmente similar a la contemplada por la Sentencia de 1965, sin atender a la alegación de que la donación, por ser *mortis causa*, requería la forma testamentaria.

En conclusión, no se puede negar la doctrina de la Jurisprudencia sobre la donación *mortis causa*, pero sí su aplicación efectiva como *ratio decidendi* única y principal que haya permitido rechazar la validez de la concreta donación sobre la que se litigara.

No obstante no deja de ser peligroso para la seguridad jurídica que se reitere una doctrina jurisprudencial que en el fondo se muestra escasa de contenido real, pero que puede ser muy grave si se llega a aplicar a casos en que la donación pueda valer como *inter vivos*, por estar formalizada como tal, aunque sus efectos transmisivos de produzcan en el momento de la muerte del donante. Un ejemplo claro de lo que acabamos de decir se puede encontrar en la Sentencia de 28 de julio de 2003, que llega a una solución criticable (al menos a tenor de los hechos que podemos conocer), cuando parece claro que existía la forma necesaria para la existencia de una donación *inter vivos*, y, además, dicha donación sería irrevocable. El problema fundamental de la contienda judicial venía representado por el contenido de un documento suscrito el 8 de noviembre de 1990, que decía lo siguiente: «Que D^a Mariana, por razones que no interesa explicar, se compromete a satisfacer a su hija D^a Alicia la cantidad de 15.000.000 pesetas que promete satisfacerle, bien entendido que D^a Alicia se compromete a su vez a no reclamar dicha suma durante la vida de su madre...».

Para el Tribunal Supremo, «el 'quid' de la cuestión es determinar si dicho documento plasma una donación 'mortis causa' —regulada en el artículo 620 del Código Civil—, que es la tesis de la sentencia recurrida, o supone una donación 'inter vivos' —recogida en el artículo 621 de dicho Código Civil— y que es la tesis de la parte recurrente. En otras palabras, si el contenido y efectos del mismo ha de estar enclavado y regulado por las disposiciones testamentarias, o, de darse el segundo supuesto, por las normas del contrato. En conclusión si ha de producir sus efectos a partir de la muerte del donante o desde el instante mismo de la plasmación escrita del referido documento. Dicho lo anterior, hay que proclamar que la tesis, tanto de la sentencia de primera instancia como la de la recurrida, es la correcta al de-

terminar que la donación especificada en el documento de 8 de noviembre de 1990 es una de las constituidas con carácter 'mortis causa'. En efecto, si partimos de la base que la donación es 'mortis causa' o, en su caso «intervivos» en razón a que produzca sus efectos por muerte del donante o desde el mismo momento de su constitución, y que las de la primera clase el donante dispone de lo donado pero sin quedar vinculado en el acto o sea de inmediato, y el donatario sólo podrá hacer suyos los bienes donados a la muerte del donante. No cabe decir otra cosa, partiendo de la antedicha base, que en el referido documento, surge indubitadamente la figura de una donación 'mortis causa'. Y así es, porque del escrito en cuestión, no se puede inferir que Doña Mariana procediera a efectuar una donación de presente con la pérdida lógica del dominio y disposición de lo donado, desde el instante mismo que su hija se compromete a no hacer reclamación alguna sobre este hecho, acto que sería ilógico si ya tuviera la propiedad plena de lo donado, propiedad que solo podrá surgir a partir de la muerte de la donante —se habla literalmente de 'durante la vida de su madre'—. En otras palabras que la donación la hizo la madre de la parte recurrente a ésta sin intención de perder la libre disposición de lo donado, y que la donación en cuestión surtiría sus efectos al terminar la vida de la donante, que es lo especificado en el documento. Esta tesis interpretativa está avalada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 1997. Y llega ahora el momento de decir, que al surgir en el presente caso la subsunción de los hechos en la figura de una donación 'mortis causa', ésta no producirá sus efectos hasta que cumpla todos los requisitos de las disposiciones testamentarias (sentencia de 25 de julio de 1996, entre otras muchas). Y en el presente caso, es incontrovertido que la referida donación no ha cumplido los requisitos que exige la plasmación de una voluntad en testamento, y ni siquiera dentro de la modalidad del ológrafo, ya que el documento referido fue redactado sin autografía total». Además de los motivos para la crítica, que ya hemos apuntado, se puede recordar que el criterio de la Sentencia contradice el sostenido con anterioridad por el Tribunal Supremo en las antiguas Sentencias de 28 de enero de 1898 y de 13 de junio de 1900, que ya hemos examinado, y que nos parecen mucho más correctas desde el punto de vista de la solución que establecen.

TERCERA PARTE. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

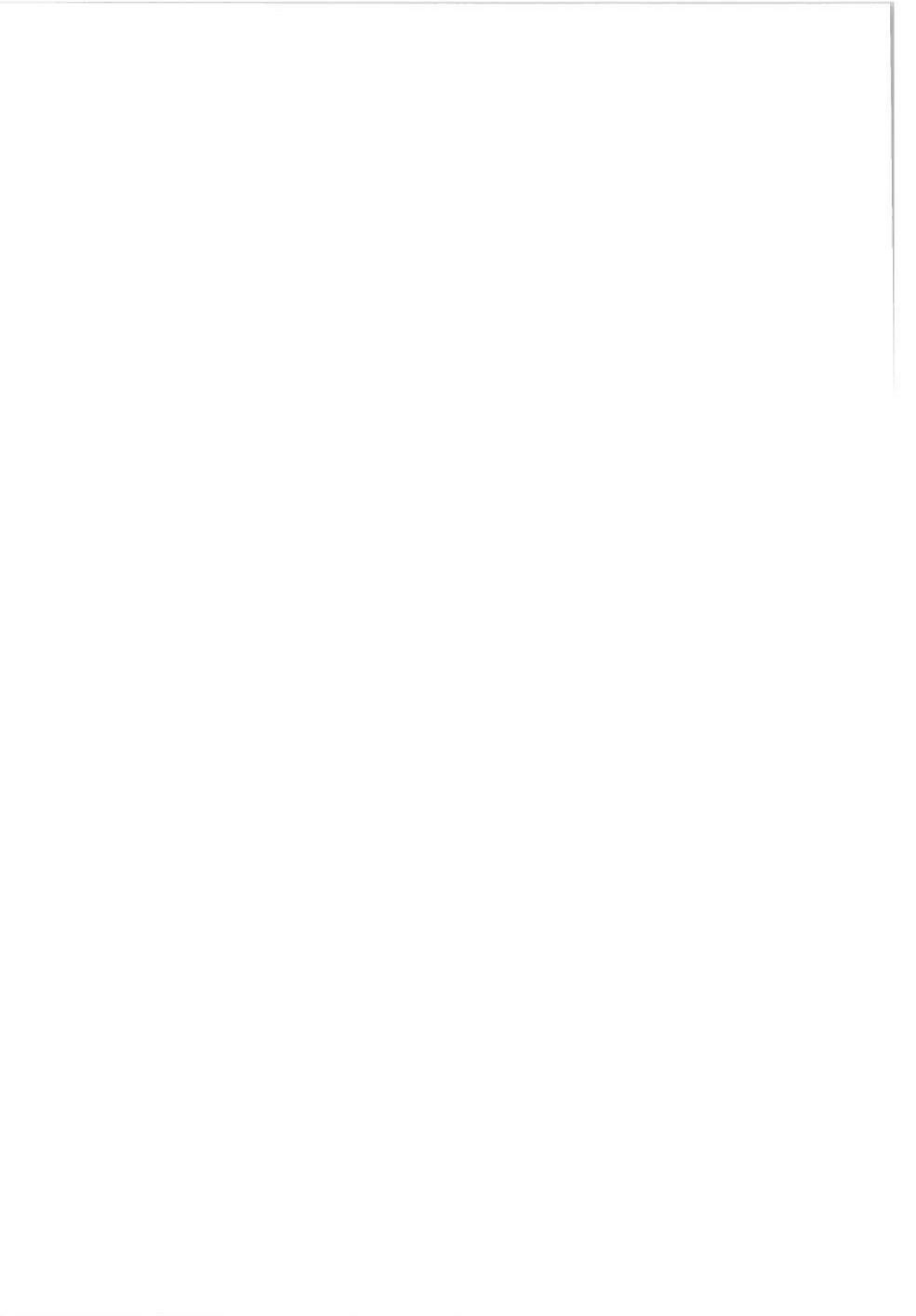
A la vista del trabajo realizado en las dos partes precedentes nos parece que podemos concluir que es peligrosa la disociación que se aprecia entre el contenido de nuestro Código Civil, interpretado y aplicado correctamente en la mayoría de las ocasiones por nuestro Tribunal Supremo, y las formulaciones literales contenidas en diversas Sentencias que insisten en que la donación *inter vivos* debe ser irrevocable y debe transmitir la propiedad en vida del donante. Estas dos últimas proposiciones nos parecen en realidad falsas, puesto que en nuestro sistema ciertamente no existe una modalidad típica de donación revocable y con transmisión de la propiedad en el momento de la muerte del donante (como fue históricamente la *donatio mortis causa*); en cambio, nuestro Código Civil no impide que la voluntad de las partes configure la donación siguiendo esos caracteres, siempre, claro está que no se excluyan algunos efectos *inter vivos*.

Ello nos lleva a la conclusión de que puede ser conveniente la adaptación de la letra del Código a lo que fue la voluntad del legislador, según entendemos haber demostrado, y a lo que resulta usual en su aplicación por el Tribunal Supremo en la mayoría de las ocasiones.

En ese sentido, nos parece que el tenor del art. 620 CC, podría quedar inspirado en el contenido del Proyecto de 1851, con el siguiente tenor «Las donaciones hechas para después de la muerte del donante pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes que queden a su muerte, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

El art. 639 CC merecería un retoque en el sentido de suprimir la palabra «algunos», para evitar la interpretación restrictiva de su alcance que suele aceptar parte de la doctrina y también la jurisprudencia, quedando redactado así «Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de los bienes donados...».

Pensamos que no es necesaria una modificación de mayor alcance, como la que vendría representada por la regulación típica y exhaustiva de la donación *mortis causa* como forma diferente tanto de la donación *inter vivos* como de las formas testamentarias. Lógicamente sí consideramos preciso que si se aborda una reforma como la propuesta se aporten en la Exposición de Motivos de la Ley las razones que explican la nueva redacción.



EL TESTAMENTO MANCOMUNADO: RAZONES PARA LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 669 DEL CÓDIGO CIVIL

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Universidad de Salamanca

1. El testamento mancomunado, también llamado «mutuo», en «mancomún» o de «hermandad», es aquel en el que dos o más personas otorgan su última voluntad en un mismo instrumento, «ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero» (art. 669 CC). Su nota definitoria radica en la pluralidad de declaraciones *mortis causa* contenidas en un solo testamento, entendido éste como instrumento formal (arts. 669, 773 y DT 2.º CC).

Se distinguen dos clases, según que entre las declaraciones de voluntad exista o no vinculación causal: si no existe, nos encontramos ante el llamado testamento mancomunado de «adición»; si, por el contrario, las declaraciones de voluntad aparecen causalmente vinculadas, de modo que se sujeta la eficacia de una a la otra, esto es, «están recíprocamente condicionadas», nos hallamos ante un testamento mancomunado «correspectivo». Lo relevante en la distinción es la vinculación causal entre las disposiciones y no su concreto contenido: es indiferente que sea en provecho de un tercero o recíproco entre los propios disponentes. Distinción que, como veremos, influye decisivamente en el régimen jurídico de su revocación unilateral.

El Código civil español ha optado por prohibirlo en todo caso, sancionando con la nulidad al testamento infractor: arts. 669 *pr*, 687, 733, 743 y Disposición Transitoria 2.^a *a contrario* CC. Por el contrario admiten y regulan su régimen jurídico las leyes 199 a 205 de la Ley 1 / 1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra [FN]; los arts. 49 a 52 de la Ley 3 / 1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco [LDCPV]; 137 a 140 de la Ley 4 / 1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia [LDCG]; y, por último, los arts. 102 a 107 de la Ley 1 / 1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, Aragón [LASCM].

Ley esta última que define con gran precisión este tipo de testamento en su artículo 91. 3 que dice: «*El testamento mancomunado es el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos*» y también, en el art. 105. 1, define las disposiciones correspectivas «*son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada de ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de un tercero. La correspectividad no se presume*». En Cataluña, como señala el Preámbulo de la Ley 40 / 1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, los cónyuges pueden obtener un resultado semejante al del testamento mancomunado mediante la combinación del heredamiento mutuo (art. 99) con el preventivo a favor de los hijos (art. 93 CS).

En esta comunicación me propongo examinar las razones que justificaron esta prohibición (*sub* 2) y sugerir y justificar su derogación (*sub* 3). Expondré, por último, los rasgos básicos de su régimen jurídico (*sub* 4).

El propósito de extender esta forma testamentaria a toda España es ya antiguo, como acredita la conclusión octava de la Ponencia del *Congreso Nacional de Derecho civil* celebrado en Zaragoza en 1946 que decía: «podrían pasar al Código civil general, con ámbito de aplicación en todos los territorios españoles, es decir, no como normas de aplicación territorial restringida, los siguientes principios e instituciones que actualmente sólo tienen ámbito foral: ... e) el testamento mancomunado»¹.

1 Pueden consultarse las conclusiones en *RGLJ* 180 (1946), pp. 588-603.

2. Las razones alegadas para fundar la prohibición al tiempo de la codificación fueron dos, ambas referidas a alguno de los rasgos considerados esenciales del testamento: por un lado, con ella se asegura la «libertad» en el otorgamiento (*sub a*); y por otro, se asegura también la «revocabilidad» propia de los actos de última voluntad (*sub b*).

Esta prohibición expresa un riguroso principio de unipersonalidad en el testamento, en tanto que debe ser un acto estrictamente individual, aunque deba distinguirse la unipersonalidad del personalismo (arts. 670, 671, 749, 775, 776, 794, 831, 875 III y 876 CC) pues éste puede resumirse en la exigencia de que sea el propio causante quien designe sucesor.

a) En primer término, con el testamento mancomunado se afecta la libertad del testador al otorgarse con «conocimiento» del otro testador. La falta de secreto o reserva respecto al contenido de la voluntad testamentaria puede provocar la captación, coacción o presión del otro otorgante; o, al menos, crea un riesgo de captación, vulnerándose con ello la exigencia de libertad en la formación de la voluntad testamentaria.

El testamento mancomunado quebranta «el sentido de intimidad y natural recogimiento y reserva que caracteriza actos de soberanía individual de naturaleza tan especial y típica como los de última voluntad»². Por tal razón «lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fé ó con la naturaleza de los testamentos, y que por otra parte daba lugar á sugerencias y violencias»³. Esta razón se ha expuesto con precisión más recientemente: «el ordenamiento prohíbe la creación de situaciones jurídicas que conllevan simplemente el riesgo de captación de la voluntad. Es decir, objetiviza la situación de riesgo, prohibiendo su constitución, y de esta manera corta de raíz la posibilidad de captación»⁴.

En sentido propio, es otro de los mecanismos enderezados a salvaguardar la libertad en la formación de la voluntad testamentaria, junto con los vicios de la voluntad testamentaria (art. 674 CC), con la prohibición de aquellas situaciones que entrañan un riesgo de captación (las llamadas

2 Felipe SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. VI. 1.º *Derecho de sucesión («mortis causa»)*, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1910, 2.ª edición, p. 334.

3 Florencio GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, *sub art.* 557.

4 Miguel COCA PAYERAS: *Comentario a la STS de 13 de febrero de 1984, CCJC 4 (1984)*, n.º 115.

«incapacidades de suceder relativas», arts. 752 a 755 CC), con la sanción de los terceros que hayan causado la restricción (arts. 674, 713 II, 742 I, II, 756. 5.º y 6.º, 852 y 853 CC) o asegurando el desinterés de quien conoce la voluntad testamentaria (art. 754 II y III CC) y, por último, con la prohibición de las condiciones captatorias (art. 794 CC).

b) La razón que, al tiempo de la codificación, justificó la prohibición con mayor intensidad fue la de asegurar la revocación unilateral del testamento⁵.

El argumento ha sido resumido así: «la posible revocación que uno hiciera de sus propias disposiciones frustraría la natural expectativa del otro. En este sentido se dice que la revocación del testamento que un esposo hiciera en vida del otro sin su conocimiento podría originar un fraude; posibilidad ésta que aumentaría si la revocación tiene lugar después de haber fallecido uno de los cointerrogantes por el cónyuge supérstite, ya que el premuerto, tal vez, habría realizado liberalidades en su favor o en beneficio de un tercero como consecuencia de las disposiciones *mortis causa* del sobreviviente que puede posteriormente modificar. De ahí que se afirme que permitir la revocación sería violar la fe de la reciprocidad, y si se declara irrevocable el testamento, es cambiar su naturaleza y contenido de acto de última voluntad en rigurosamente contractual. Se presentan, pues, como incompatibles con la necesaria ambulatoriedad de la voluntad humana en la disposición *mortis causa*, con la garantía que la irrevocabilidad representa de las disposiciones correspectivas»⁶.

Admitida la revocabilidad del testamento, pese a su mancomunidad, los riesgos se manifiestan de modo sucesivo. Primero en vida de los otorgantes, en virtud del eventual desconocimiento de la revocación unilateral, puesto que ni es una declaración recepticia, ni tampoco hay conexión tipológica entre tipos testamentarios (puede revocarse un testamento abierto con uno ológrafo, arts. 738 y 739 I CC) de modo que se hurta cualquier posibilidad de publicidad y pueden frustrarse las expectativas de los otorgantes. En segundo lugar, fallecido uno de los otorgantes, porque el superviviente, ya beneficiado él mismo

5 En este sentido, basta mencionar a Benito GUTIÉRREZ: *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, Librería de Sánchez, Madrid, 1871, 3.ª edición, pp. 171 - 172; o a Modesto FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, III, Imprenta F. Núñez Izquierdo, Salamanca, 1882, 2.ª edición, p. 116.

6 Elvira AFONSO RODRÍGUEZ: «El testamento mancomunado», *RCDI* 633 (1996), pp. 353 - 462, p. 385.

o un tercero, puede revocar sus propias disposiciones, frustrando las expectativas del fallecido en orden al mantenimiento de las disposiciones correspondientes.

3. Las razones que justifican la derogación de la prohibición contenida en el art. 669 CC consisten en rebatir los argumentos sostenidos como fundamento de la prohibición: por una parte, el riesgo de captación de la voluntad (*sub a*) y, por otra, los problemas propios de su revocación (*sub b*).

No obstante hay otros argumentos que contribuyen a corroborarlas: en primer término, la admisión del testamento mancomunado es conforme con la disciplina constitucional del derecho a la herencia (art. 33. 1 CE) puesto que no parece que el personalismo sea un rasgo que forme parte del «contenido esencial» del derecho a la herencia. Es más, las restricciones a la libertad o su simple sacrificio (y en eso consiste la norma que prohíbe otorgar este tipo de testamento) deben estar gobernadas por los principios de proporcionalidad (juicio entre el medio empleado y el fin perseguido con la prohibición) y de necesidad (si no hay un mecanismo técnico menos gravoso que evite los riesgos que congrega). En todo caso, con su admisión se ofrece otro mecanismo para ordenar la sucesión, del que los particulares pueden, o no, hacer uso.

En segundo lugar, cabe constatar, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que antes de la entrada en vigor del Código civil se otorgaban pacíficamente testamentos mancomunados en territorios «no» forales, sin que los problemas que se debatieran se refirieran a los riesgos alegados para su prohibición⁷.

Un tercer argumento concierne a la admisión en algunos Derechos civiles autonómicos (como he mencionado más arriba, *supra* 1) y su otorgamiento pacífico; e incluso, aunque temporalmente, fue admitido también por el propio Derecho estatal, como ocurrió en la Ley 49 / 1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, derogada por la Ley 19 / 1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (Disposición Derogatoria única). En realidad, esta admisión

7 Entre otras, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1862 (*Jurisprudencia Civil* (JC) VII, n.º 56); 9 de octubre de 1863 (JC VIII, n.º 222); 28 de junio de 1864 (JC IX, n.º 211); 27 de marzo de 1865 (JC XI, n.º 114); 22 de septiembre de 1866 (JC XIV, n.º 327); 1 de febrero de 1867 (JC XV, n.º 26); 27 de febrero de 1868 (JC XVII, n.º 58) ó 16 de junio de 1872 (JC XXVI, n.º 204).

estatal tiene otras manifestaciones, puesto que el legislador provee a los cónyuges (al menos a ellos) de la posibilidad de ordenar conjuntamente el patrimonio familiar: arts. 826, 827 y 831 CC (este último ampliado sustancialmente en virtud de la Ley 41 / 2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad).

a) La garantía de la libertad de los otorgantes. Podemos enfrentarnos al argumento desde dos perspectivas: en la primera, citando aquellas otras formas testamentarias en las que existe un riesgo parecido y no han sido prohibidas, como es el caso del testamento ológrafo. Como se ha dicho: «éste es criterio [el de la presión de un testador sobre el otro] poco consistente porque igual se puede influir desde fuera del acto del otorgamiento en la voluntad del otorgante», además «estas presiones se dan en muchos casos, y se darán con o sin testamento mancomunado, y son inevitables o indiscutibles o no posibles de probar, generalmente»⁸. De este modo lo razonable es, más que prevenir el riesgo con la prohibición, recurrir a su represión mediante el expediente técnico de los vicios de la voluntad testamentaria (art. 673 CC) e imponiendo, al menos, la forma notarial abierta para su otorgamiento que sino conjura sí previene el riesgo de captación. Así puede deducirse de los arts. 1 y 145 del Decreto de 2 de junio de 1944, Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.

La segunda perspectiva, consiste en delimitar la verdadera situación de riesgo de captación, que no es comparable con las incapacidades de suceder relativas en su posibilidad de prevenirlo antes que de prohibirlo.

En las incapacidades de suceder relativas (arts. 752 a 755 CC) la circunstancia que decide la prohibición no es únicamente el «conocimiento» de la última voluntad (art. 754 I y II CC), o la situación de debilidad o vulnerabilidad del testador, sea ésta ocasional (art. 752 CC, «última enfermedad») o intrínseca (arts. 221. 1.º y 753 CC), ni siquiera la relación de confianza entre el testador y el favorecido (art. 752 CC para el «sacerdote»). La circunstancia relevante es que el testador disponga «a favor» de tales sujetos: arts. 752 pr, 753 y 754 I CC. Frente a esta situación de riesgo de sugestión, lo procedente es prohibir

⁸ Manuel ALBALADEJO GARCÍA: *Comentarios del Código civil y Compilaciones Forales*, IX A, M. ALBALADEJO (dir.), Edersa, 1990, sub art. 669 CC, pp. 103 - 113, p. 108.

la sucesión para evitarlo, porque es muy difícil establecer un mecanismo de salvaguardia o prevención de tal riesgo, aunque fuera deseable mejorar sus límites (caso de la extensión de la regla del art. 753 II CC).

Como consecuencia necesaria de la derogación de la prohibición de testamento mancomunado debería derogarse, también, la regla que declara nula la institución hecha bajo condición captatoria (art. 794 CC), en la que se sujeta la eficacia de la propia institución a la existencia de un contenido testamentario predeterminado del favorecido.

Debe recordarse que la prohibición de testamento mancomunado en el *Proyecto de Código civil* de 1851, contenida en el art. 557, se seguía de la limitación del arbitrio del tercero (art. 558) y de la prohibición de las condiciones captatorias en el art. 559, precepto que decía: «*Toda disposición testamentaria que tenga por objeto captar algún lucro en testamento futuro, es nula*». Explicaba esta prohibición Florencio GARCÍA GOYENA diciendo que el «testamento es un acto muy serio y destinado á ejercer ampliamente la liberalidad: desdice, pues, enteramente su naturaleza que se convierta en un lazo ó artimaña de la avaricia».

b) El argumento de la revocación unilateral del testamento, en particular cuando es correspectivo. Para replicar a este argumento es preciso conciliar estas dos reglas: por una parte, el principio de protección de la confianza del otro otorgante (decisivo si el testamento mancomunado es correspectivo) y, por otra parte, la esencial revocabilidad de la declaración de última voluntad (en caso contrario se trataría de un contrato sucesorio, irrevocable por voluntad unilateral). Parece que existen mecanismos técnicos suficientes para evitar los dos peligros propios de la revocación.

Por una parte, en vida de los otorgantes, el desconocimiento puede evitarse imponiendo la publicidad de la revocación unilateral (que fluya la información), que se logra exigiendo la forma pública (incluso con la obligación del notario de comunicar la revocación) o bien ordenando el carácter recepticio de la revocación, que, de tal modo, no surtirá efecto sin el conocimiento del otro otorgante.

Por otra parte, en caso de que fallezca uno de los otorgantes, si el testamento contiene disposiciones recíprocas, se puede prevenir el riesgo de que la revocación frustre tal correspectividad, bien con la declaración de irrevocabilidad de tales disposiciones (sólo de ellas), siempre que el sobreviviente se haya aprovechado de ellas; o bien, puede autorizarse la revocación

con el efecto inmediato de la pérdida de eficacia de la disposición correspondiente o incluso de todo el testamento, siempre, claro es, que las partes no hayan previsto un efecto distinto.

4. El régimen jurídico del testamento mancomunado ofrece los siguientes problemas que me limito a enunciar.

a) En primer término, debe decidirse si deben limitarse los sujetos que pueden otorgarlo: si se restringe a los cónyuges o bien si se extiende a otros sujetos, según vínculos afectivos, más o menos intensos o si, sin más, se prescinde de vínculo alguno preestablecido por la ley. Así, en este último sentido, el art. 102. 1 LASCAM no establece más que la condición de pluralidad de aragoneses, «sean o no cónyuges o parientes»; o la ley 199 FN que señala, sencillamente, a «dos o más personas». Mencionan a los «cónyuges» exclusivamente los arts. 49 I LDPCV y el 137 LDCG.

Si son los cónyuges los que lo otorgan, debe preverse el efecto que las vicisitudes del matrimonio (nulidad, separación y divorcio) tengan sobre la subsistencia del testamento, puesto que parece razonable que, al menos, las atribuciones correspondientes (sobre todo aquellas que son en provecho recíproco) dependan de la suerte del matrimonio. En este sentido el art. 123 LASCAM y la ley 201 FN privan de eficacia a las disposiciones correspondientes.

b) En segundo lugar, si se sujeta su otorgamiento a la forma notarial para evitar el riesgo de captación o al menos disminuirlo (así, los arts. 49 II LDPCV y 136 I LDCG; y la ley 199 FN) o incluso para permitir una relativa publicidad de la revocación (francamente restringida por su simple incorporación a un documento público); o si no se juzga imprescindible de manera que la captación de voluntad se rige por las reglas generales. En este sentido el art. 96 LASCAM permite el testamento mancomunado «ológrafo». Tampoco hay problema en admitir el testamento mancomunado ológrafo pero imponer la forma pública para su revocación, con la consiguiente obligación de comunicación («advertencia») al otro otorgante que, de tal modo, podrá revocar a su vez.

c) En tercer lugar, debe decidirse cómo se resuelve el problema principal, la revocación del testamento, sobre todo en caso de disposiciones recíprocas y en el que la solución no puede ser uniforme durante la vida de ambos otorgantes o tras el fallecimiento de uno de ellos. No parece que merezca

regulación especial la revocación de las disposiciones que no lo sean (así el art. 106. 2 LASCМ).

Para el caso de revocación durante la vida de los otorgantes puede someterse la revocación unilateral a comunicación necesaria al otro otorgante, declarando incluso el carácter recepticio de la declaración revocatoria (así, art. 51 I LDCPV y ley 201 a) 2 FN) o incluso configurar una obligación legal de comunicación en cabeza del Notario que autoriza la revocación, con el fin de que el otro otorgante pueda conocer y reaccionar adecuadamente. Establecen esta obligación de comunicación del Notario los arts. 139. 2 LDCG y 106. 4 LASCМ aunque este último no prive de eficacia a la revocación desconocida, «sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar». Revocación que puede propagar su ineficacia a todas las disposiciones del testamento (arts. 51 II LDCPV, 139. 1 LDCG y ley 201 a) 2 segundo párrafo FN) o bien limitarla a las disposiciones correspectivas (arts. 106. 3 y 107. 2 LASCМ).

En caso de fallecimiento de un otorgante, puede negarse al superviviente la posibilidad de revocar las disposiciones correspectivas (esto es, en lo que atañe a las disposiciones recíprocamente condicionadas, el testamento es irrevocable), con o sin otro límite. Así el art. 52 LDCPV consagra este efecto si un cónyuge fallece en el año siguiente al otorgamiento del testamento; por su parte el art. 140 LDCG señala sin más la irrevocabilidad de las correspectivas. O bien pueden fijarse condiciones a la posibilidad de revocación. Así sólo se autoriza en caso de que concurra alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios en el art. 106. 3 LASCМ. Por su parte, establece como regla general la irrevocabilidad la ley 202 b) FN para luego mencionar dos excepciones, aunque la segunda concierna a bienes no vinculados por disposiciones correspectivas.

d) Por último, no parece imprescindible formular una norma que autorice la revocación de común acuerdo o simultánea (como hacen los arts. 50 LDCPV, 138 LDCG, 106. 1 LASCМ o la ley 201 a) 1 FN) ni tampoco reservar otra consecuencia a la revocación unilateral si así lo deciden los otorgantes (art. 106. 3 *in fine* LASCМ), preceptos menos oportunos si se admite la validez de los pactos o contrato sucesorio. Esta regla puede deducirse de la general de libertad por una parte y de una interpretación *ad minus ad maius* de las condiciones de la revocación unilateral, por otra.

Aunque si se declara la irrevocabilidad del testamento mancomunado parece razonable que se regule, también, la validez y alcance de los actos dispositivos *inter vivos*, a título oneroso y lucrativo, del otorgante superviviente respecto a aquellos bienes que estén vinculados a las disposiciones correspondientes. Así lo hacen las leyes 203 y 204 FN y el art. 107 LASC.M.

**JURISPRUDENCIA DE LA DGRN ANTE
TESTAMENTOS UNIPERSONALES
DE CÓNYUGES DE VECINDAD CIVIL COMÚN
QUE PRETENDEN LOS EFECTOS DE LA
INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS
EN TESTAMENTO MANCOMUNADO**
[Nota a la comunicación del profesor J. R. García
Vicente «El testamento mancomunado: razones para
la derogación del artículo 669 del Código civil»]

MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Universidad de Zaragoza

Conforme al artículo 669 del Código civil: *no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*

En su comunicación, el profesor GARCÍA VICENTE propone la derogación de este precepto y expone varias razones que muestran lo injustificado de esta prohibición. Creo que se puede aportar un argumento más en apoyo de dicha propuesta que se deduce del estudio de recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A pesar de la prohibición del Código civil, en la práctica, parece habitual que los cónyuges con vecindad civil común quieran lograr el mismo efecto de la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado. Como su ley personal no les permite testar en mancomún, acuden juntos a la notaría y otorgan sendos testamentos unipersonales, el mismo día y con números de protocolo seguidos (y están incluso presentes cada uno en el otorgamiento del testamento del otro).

Suele tratarse de testamentos en los que cada uno de los otorgantes nombra heredero universal a su cónyuge y además prevé un destino sucesor-

rio para los bienes que puedan quedar después de fallecer su consorte, a favor de parientes determinados, como sustitutos fideicomisarios en el residuo, esto es, sin establecer limitación alguna al cónyuge sobreviviente en las facultades de disposición *inter vivos* a título oneroso ni a título gratuito.

O sea, el que sobreviva de ambos hereda todos los bienes y, si queda algo cuando fallece el último de los cónyuges en su caudal que proceda de lo que heredó del primeramente fallecido, son llamados a recibirlo parientes concretos como sustitutos de residuo.

Es la misma técnica para disponer *mortis causa* que la prevista en la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte de 1999 para la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado: ambos testadores se instituyen recíprocamente herederos universales el uno del otro; fallecido el primero de los instituyentes, hereda el sobreviviente y, una vez que fallece este último, se da a los bienes el destino previsto por ambos, como prevé el artículo 104.2. En la práctica, por lo general, cada testador llama expresamente al residuo de sus bienes a sus propios parientes. Lo mismo prevé el legislador para el supuesto en que los otorgantes no hayan establecido expresamente el destino de los bienes una vez fallecidos ambos: los bienes procedentes del primer fallecido pasan a sus propios parientes y los del segundo fallecido a los suyos (número 3 del artículo 104 LS).

En mi opinión, el otorgamiento de testamentos unipersonales de esta manera por los testadores de vecindad común, muestra este evidente deseo. Pero hay que tener en cuenta que no pueden lograr el mismo efecto que la Ley de Sucesiones prevé para los testadores de vecindad civil aragonesa.

La jurisprudencia apunta los problemas prácticos que se han planteado. Son interesantes para esta cuestión las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6279) y de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7807). Expongo uno de los ejemplos resueltos por la Dirección General.

Se trata de dos cónyuges de vecindad civil común que otorgan sendos testamentos unipersonales el mismo día en la misma notaría con números de protocolos seguidos. La esposa instituye en su testamento heredero a su esposo y, además, para el residuo, nombra a ciertos sobrinos suyos (que no coinciden con los que serían llamados a su sucesión intestada según los artículos 946 siguientes y concordantes del Código civil). En su testamento, el esposo instituye heredera a su esposa y para el residuo que pueda quedar al

fallecimiento de ella, llama a ciertos sobrinos suyos que tampoco coinciden con los que serían llamados a su sucesión intestada. Años después fallece la esposa.

Al fallecer la esposa, se ejecuta lo dispuesto en su testamento y hereda su esposo todos sus bienes. Años después fallece el esposo sin haber otorgado nuevo testamento.

En el momento de fallecer el esposo, en el caudal relicto se encuentran bienes procedentes de la herencia que recibió de su esposa, por lo que hay que dar cumplimiento a lo dispuesto en el testamento de ella: dichos bienes son deferidos a los sobrinos que ella nombró como sus sustitutos fideicomisarios de residuo; es decir, se cumple el testamento de la esposa y, tal como ella dispuso, después de fallecer su esposo, heredan el residuo los sobrinos de la esposa.

Pero además, en el caudal se encuentran los bienes del propio esposo. Y respecto de la sucesión del esposo, se plantea un problema dado que no otorgó nuevo testamento después de fallecer su esposa: ¿se abre su sucesión abintestato o son llamados como herederos testamentarios los sobrinos que él nombró en su testamento unipersonal como sustitutos fideicomisarios? La verdad es que cuando el esposo otorgó el testamento parece claro que pensó en que su esposa le heredase si quedaba viuda y, para después del fallecimiento de ella, llamaba, como sustitutos de residuo, a sus sobrinos. No dijo nada expresamente para la eventualidad de que la esposa falleciese antes que él.

El artículo 912.3º del Código civil dice que la sucesión legítima (intestada) tiene lugar *cuando el heredero muere antes que el testador sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.*

En este caso, la esposa, que había sido instituida heredera en el testamento unipersonal del esposo, premurió al testador y lo cierto es que la sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los sobrinos no se previó expresamente como sustitución vulgar por el esposo en su testamento; por ello, podría mantenerse que no hay sustituto a los efectos de evitar la apertura de la intestada en los términos del 912.3º. Como la esposa murió antes que el testador, estaríamos ante un supuesto de premoriencia del instituido y no quedaría más remedio que abrir la sucesión intestada del esposo en lugar de llamar a las personas que el testador había previsto que fuesen sus sustitutos fideicomisarios de residuo si hubiese fallecido antes que su esposa.

Pero también es cierto que parece muy razonable pensar que la voluntad presunta del esposo era que le sucediesen esos sobrinos concretos, a quienes llamó a recibir el residuo, antes que sus herederos abintestato.

Esta última interpretación es la que parece más sensata a la Dirección General. Para evitar en este supuesto la apertura de la sucesión intestada del esposo, último en fallecer, afirma que la sustitución de residuo que el esposo ordenó en su testamento, implicaba la sustitución vulgar tácita a favor de los sobrinos llamados a dicho residuo. En las dos resoluciones que he citado, la Dirección General afirma que la sustitución de residuo implica la sustitución vulgar tácita y así, evita la apertura de la sucesión intestada del último en fallecer aunque haya premoriencia del instituido; de ese modo, se puede dar cumplimiento al testamento unipersonal del esposo que otorgó el mismo día que su esposa.

La Dirección General utiliza como argumento la solución que el Tribunal Supremo da en su jurisprudencia más reciente (salvo algunos supuestos aislados) a los mismos supuestos cuando hay testamentos en los que se prevé sustitución fideicomisaria. Si se nombra en testamento un sustituto fideicomisario, hay que interpretar que si el instituido en primer término no llega a heredar, se debe llamar al sustituto fideicomisario como si hubiese sido nombrado sustituto vulgar.

Según la Dirección General, sustitución fideicomisaria y sustitución de residuo no son tan diferentes a este respecto pudiendo calificarse el llamamiento de residuo como sustitución fideicomisaria; así que sobre *si ésta engloba la vulgar tácita, salvo supuestos aislados, la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo, como también la regulación de la institución en algunas regiones de derecho foral o especial (alude en la fundamentación a Navarra y Cataluña) y en la legislación extranjera, porque, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede si el primer llamado no lo hace* [número 3 del fundamento de derecho único de la RDGRN de 17 de septiembre de 2003].

Al margen de estas afirmaciones, a través de esta interpretación, con testamentos unipersonales otorgados por dos cónyuges el mismo día, en la misma notaría y conforme a un derecho en que no cabe celebrar testamento mancomunado, la DGRN permite que en la práctica se den los mismos efectos de la institución recíproca de herederos previstos en la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte de 1999: fallecido el primero de los cónyuges.

ges hereda el viudo instituido; una vez fallecido el segundo, en los bienes procedentes del primero son llamados los parientes del primer fallecido como sustitutos fideicomisarios de residuo y para recibir los bienes del último de los cónyuges en fallecer, son llamados los parientes suyos que él designó en su testamento como titulares de una sustitución vulgar tácita en el residuo.

En las resoluciones citadas no se encuentran los términos «institución recíproca» ni «testamento mancomunado», pero la interpretación de la Dirección General muestra, en mi opinión, su sensibilidad hacia el deseo de los cónyuges de vecindad común de instituirse herederos el uno al otro y establecer para después del fallecimiento del sobreviviente un destino sucesorio concreto para los bienes que puedan quedar en el caudal distinguiendo los procedentes de uno y de otro.

Me parece otro argumento favorable a la revisión de lo dispuesto en el artículo 669 del Código civil, propuesta por el profesor GARCÍA VICENTE.

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y RELACIONES DE CONVIVENCIA

M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA; MARIA YSÀS SOLANES
SUSANA NAVAS NAVARRO Y JUDITH SOLÉ RESINA

Grup de Recerca NOVIT, UAB¹

SUMARIO. 1. JUSTIFICACIÓN. 2. TIPOLOGÍA DE GRUPOS Y DERECHOS. 2.1. Tres posibles perspectivas. 3. SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y UNIONES ESTABLES DE PAREJA. 3.1. El marco legal vigente: los derechos en las Leyes Autonómicas. 3.2. La anomia en el ámbito estatal. Las soluciones jurisprudenciales. 3.3. Propuestas de *lege ferenda* para la regulación en las parejas de hecho en el Código Civil. 4. DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE EN LA LEY CATALANA DE ACOGIMIENTO PRIVADO DE PERSONAS MAYORES (LLEI 22/2000, DE 29 DE DICIEMBRE). 4.1. Acogimiento privado de personas mayores. 4.2. Efectos de

¹ En esta comunicación la redacción, coordinación general y los apartados 1 y 2 ha estado a cargo de M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera. El apartado 2.1. ha sido redactado por Susana Navas Navarro. El apartado 3 ha sido elaborado por Judith Solé Resina; el apartado 4, ha estado a cargo de M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera y Susana Navas Navarro, del apartado 5 se ha encargado Maria Ysàs Solanes y el apartado 6 ha sido elaborado por Susana Navas Navarro.

El trabajo se inserta en el Proyecto 2005SGR 00759 (Grup d'estudi del dret civil català (UB-UAB))

la extinción del pacto de acogimiento por muerte. 4.3. Derechos sucesorios. Cuestiones generales. 4.4. Fundamento de la atribución de derechos sucesorios en el acogimiento de personas mayores. 4.5. Técnica legislativa. 4.6. Derechos sucesorios de acogido y acogedor en la Llei 22/2000. 4.7. Planteamiento, como hipótesis, en el Código Civil. 4.8. Propuestas de *lege ferenda* a modo de conclusiones (derecho del Código civil y derecho catalán). 5. DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE EN LAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA DE AYUDA MUTUA (LLEI 19/1998, DE 28 DE DICIEMBRE). 5.1. Las situaciones de convivencia de ayuda mutua. 5.2. Extinción de la convivencia: clases de extinción. 5.3. Efectos de la extinción de la convivencia: extinción por muerte de uno de los convivientes. 5.4. La pensión periódica en caso de defunción. 5.5. Naturaleza jurídica de los efectos derivados de la extinción de la situación de convivencia de ayuda mutua. 5.6. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: PLANTEAMIENTO FRENTE A UNA FUTURA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES QUE INCIDA EN LAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA

1. JUSTIFICACIÓN

Una de las realidades característica de nuestra actual sociedad es la constatación de la aparición, junto a la familia, de diversas y variadas agrupaciones (o asociaciones) de personas entre las que se originan **vínculos, relaciones jurídicas o de hecho, según el caso, ya distintas, ya separadas, al menos en inicio, de las formas tradicionales de organización familiar.**

Conjuntos de personas, organizados generalmente a partir de relaciones de origen contractual, que son admitidos y regulados en textos normativos de diversa índole con alcance más o menos amplio. Una regulación que no sólo, como en una primera aproximación pudiera parecer, se contiene en textos de Derecho Privado sino también en los del ámbito del Derecho Público, preferentemente en el sector al que se atribuye la función de protección social de las personas (encargados de poner en práctica los servicios públicos de carácter asistencial).

Así pues, junto a las relaciones familiares y parentales —que pueden calificarse como tradicionales— tienen una determinada relevancia, en su consideración de grupo social organizado y merecedor de atención normati-

va, al menos las siguientes situaciones: las uniones no matrimoniales, homosexuales y heterosexuales, las situaciones de asistencia (privada) unilateral —acogimiento— o recíproca entre personas que conviven en un mismo domicilio y otros grupos cuasi familiares. Grupos que, algunos, se incardinan en la noción de familia pero que otros —como es sabido— no se acomodan, exactamente a dicho concepto (pese a su amplitud *ex art. 39 CE*)².

En una aproximación general, se puede describir la familia como grupo social organizado, formado por diversas personas que están unidas entre sí ya por los vínculos del parentesco y/ o a la vez por existir entre ellas una situación de convivencia institucionalizada y que es tomada en consideración por el ordenamiento jurídico a los efectos de establecer las reglas relativas a la subsistencia y a las relaciones personalísimas entre los miembros que la componen.

La *Llei 18/2003* de 4 de julio, *de suport a les famílies*³ (LSF) en la que se delimitan las bases y medidas para una política de apoyo y protección, ofrece un concepto sociológico de la misma que poco ayuda jurídicamente en lo que se refiere a su definición, pero que sí se acomoda a la referencia conceptual hecha. Describe la familia (art. 1.1 LSF) «como eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales». No obstante esta descripción abstracta que poco aporta, si es clarificador que el artículo 2 (letra a) de la LSF, cuando enuncia a los destinatarios de las medidas de apoyo, fundamentalmente de índole social y asistencial, que dicha ley prevé, se refiere y considera que son familia las situaciones regidas por el Código de Familia y la Ley de uniones estables, entre las que incluye, también, las derivadas de las situaciones de acogimiento de menores de edad (art. 2 c LSF).

2 En nuestro ordenamiento jurídico no existe una noción cerrada de familia, ni tampoco un único tipo de familia que sea el modelo al que deba ajustarse el grupo social merecedor de dicho *nomen*, sino que el conjunto de personas que compone una unidad se reconduce al concepto de familia si concurren en aquél los datos que, en cada tiempo, identifica (califica) la sociedad como tal. Esta indefinición inicial deriva no solo de que constitucionalmente, no existe una determinación en este sentido, el *art. 39 CE* dispone los grandes principios que deben regir en torno a la protección de la familia sin decantarse por un modelo concreto; sino también de que ha de irse adaptando a la evolución que se produce en la sociedad (M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, «Tema 1: La familia y las situaciones de convivencia», pág. 14 en *Derecho de familia vigente en Cataluña* (junto con María YSÀS SOLANES, Judith SOLE RESINA) Barcelona 2005 (2^a ed) .

3 Una lectura general de esta Ley en Isaac RAVELLAT BALLESTÉ, «Comentaris a la Llei del parlament de Catalunya 18/2003, de 4 de juliol, se suport a les famílies» en *La Llei De Catalunya*, Diari de dijous, 13 d'octubre de 2005.

Pues bien, precisamente porque no concurren los datos de la descripción ofrecida, en inicio, no tienen la consideración de familia ni la situación de convivencia de ayuda mutua —el art. 1 de la *Llei 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mutua* (LSCAM) se refiere a las relaciones de convivencia de dos o más personas en la misma vivienda habitual que no constituyen una familia—, ni la situación de acogimiento de personas mayores (*Llei 22/2000, de 29 de diciembre, d'acolliment de persones grans*, LAPG), en las que la condición de grupo deriva de la existencia de un contrato o pacto (art. 1 LAPG). No obstante, esto no es exacto, al menos en la legislación catalana ya que a los efectos de aplicación de las medidas de ayuda de la LSF, sí que pueden ser objeto de alguna de ellas (se las califica como situaciones equiparadas a la familia, art. 3 LSF).

Estos grupos de personas reclaman, como es sabido, una atención legislativa particular, tanto en lo que afecta al establecimiento y contenido del vínculo personal, como, principalmente al contenido patrimonial de la relación—situación; atención que han recibido en mayor o menor grado, al menos en el ámbito de las Comunidades Autónomas, tanto en la vertiente civil —por las Comunidades que tienen competencia en materia civil— como en la social.

En el ámbito estatal, sólo la reciente *Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* se ha ocupado de una de las cuestiones que se plantea con relación a las parejas homosexuales, las restantes situaciones están huérfanas de regulación; de ahí la necesidad de poner de relieve el tema que nos ocupa desde la experiencia de la normativa autonómica, particularmente la catalana.

En consonancia con la Ponencia, en lo que afecta al ámbito patrimonial interesa detenerse en **los derechos con ocasión de la sucesión mortis causa** que puedan preverse legalmente.

Conviene recordar que el **fundamento** en el que se asientan las actuales reglas del **Derecho de Sucesiones** parte del **derecho de propiedad** (ex art. 33 CE: «reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia»); una propiedad privada del causante cuya continuidad, con mayor o menor amplitud cuando se trata de límites a la libertad de testar (legítimas) o de la sucesión intestada, se atribuye a sus parientes (un concreto círculo de éstos) y que según el caso, se extiende al cónyuge.

Así **parentesco y matrimonio, familia**, se erigen como bases de la atribución de la legítima, en el caso de la sucesión testada, y de la delación intestada. Por no mencionar los supuestos en los que a ese dato personal se

une el de la procedencia de los bienes (reservas - troncalidad). A parte determinadas atribuciones y derechos que no son estrictamente sucesión pero que se vinculan a la muerte de la persona (subrogaciones, derechos de predetracción), se otorgan, también y como regla general, a parientes y familiares del causante.

Un ámbito en el que la necesidad de reforma se presenta con carácter urgente, en nuestro sistema, es el relativo al derecho de sucesiones para adaptarlo al **actual derecho de familia, a la realidad** de las necesidades sociales generadas con ocasión de nuevos grupos de personas —familia— cuasi parentesco y la preocupación por la protección de determinadas personas (menores - discapacitados - personas de edad avanzada) y la vinculación o gravamen de patrimonios afectos a destinaciones alimenticias / asistenciales, a través de la vía de la sucesión.

En la comunicación que se presenta, tomando como excusa la existencia de textos normativos, particularmente todos del ámbito de los Derechos civiles autonómicos, en los que se reconocen derechos vinculados a la muerte (sucesorios propiamente o no), a todos o algunos de los miembros de diferentes grupos (parejas hetero y homosexuales, convivientes, acogimiento de personas mayores), **se persigue ofrecer datos para iniciar una discusión y reflexión sobre la oportunidad de replantearse los fundamentos de las atribuciones sucesorias** y la conveniencia de extenderlo a otras vinculaciones personales.

De ahí que el debate deba ser más amplio y se extienda más allá de los supuestos que hoy reciben una regulación especial.

2. TIPOLOGÍA DE GRUPOS Y DERECHOS

Cuando se hace referencia a los derechos, derivados o consecuencia de la muerte de una persona, que se atribuyen a otra, legalmente, que no es familia ni pariente, en el sentido tradicional, importa fijar, de entrada, a qué grupo o conjunto de personas nos referimos y, sin perjuicio de lo que se desarrolla más adelante, interesa determinar la tipología de derechos que se previene en las normativas tomadas como referencia.

Las **categorías de grupos** que se incluyen en la cuestión que nos ocupa son las ya referidas. Haciendo una ordenación:

1.- Las relaciones de **pareja no matrimonial** cuyo dato común es que no existe un vínculo matrimonial entre sus miembros, ya se trate de parejas

heterosexuales, ya homosexuales. Son las conocidas como **uniones no matrimoniales.**

A su vez, en este grupo se ha de distinguir entre las **uniones institucionalizadas** y las **situaciones de mero hecho** (fácticas). Las primeras son las constituidas conforme a la legislación que les sea aplicable y cumpliendo los requisitos que se exigen. Las segundas son las que no están institucionalizadas ya porque no se quiere, ya porque no es posible.

2.- Las relaciones de **acogimiento de personas mayores de 65 años** de edad o afectadas por una deficiencia física o psíquica («discapacidad») — parte acogida — que se establecen por medio de un contrato, en virtud del que se integra a otra persona o personas —parte acogedora— en condiciones análogas a las que existen en las relaciones de parentesco (cf. art. 1.1 LAPG).

3.- Las relaciones de **asistencia o ayuda mutua:** agrupaciones de personas que pueden ser de 2 a 4 personas entre las que no existe parentesco en la línea recta, que se vinculan contractualmente con la finalidad de vivir juntas en un mismo domicilio y compartir la ayuda recíproca, los gastos comunes y el trabajo doméstico (cf. arts. 1 y 2 LSCAM).

En cuanto a la **tipología de derechos** que se atribuyen a consecuencia del fallecimiento, sin perjuicio de lo que se dice más adelante, éstos son de diversa índole y variedad. No todos, pese a que se vinculan a la extinción o disolución del grupo, tienen naturaleza sucesoria; pero entre los no sucesorios, no todos pertenecen a la misma categoría y, menos, naturaleza.

Haciendo una reordenación, la tipología, aproximativa, sería la siguiente:

- a) Los genuinamente **sucesorios**, en el sentido más estricto. Es decir, los derechos que se atribuyen implican sucesión del causante. En ocasiones se trata de derechos que se reconocen a todos los miembros del grupo, en otras sólo una de las partes goza de ellos. Y, dejando a parte los voluntarios, éstos se refieren o a la sucesión intestada o al reconocimiento del derecho a exigir una determinada cuota de la herencia.
- b) Los que pertenecen a la esfera de los denominados **derechos de predetracción viudal:** el derecho a detraer del caudal hereditario determinados bienes y que tiene naturaleza familiar.
- c) Se previenen, asimismo, derechos legales de **ocupación de la vivienda** en la que se desarrollaba la convivencia, al menos durante

el año siguiente al fallecimiento para el caso de que aquella fuera de propiedad y, también, en el contrato de arrendamiento (subrogación).

- d) Finalmente, se recogen una serie de derechos cuyo dato común es imponer determinadas **cargas a la herencia** que tienen o bien carácter alimenticio — asistencial (pensiones) o retributivo — de reequilibrio patrimonial de las prestaciones contractuales *post mortem*.

De la normativa en estudio no se sigue, con claridad, cuales sean **los fundamentos** en los que se apoya la atribución de tales derechos. En todo caso, son variados y si bien el punto de partida es, como se viene diciendo, la pertenencia a un determinado grupo, lo que como mínimo comporta la convivencia, junto a esta nota también entra en juego la dependencia económica: alimentos (necesidad) manutención (haber dependido económicamente de la persona fallecida), la de compensación económica en evitación de un enriquecimiento. Pero también, en ocasiones, se produce una llamada a lo que puede calificarse como cuasi parentesco, junto a una relación contractual en la que prima la relación asistencial (personal) sobre la económica, que es la que se «compensa» o retribuye, precisamente, mediante el reconocimiento de estos derechos.

2.1. Tres posibles perspectivas

La cuestión a dilucidar es si estas situaciones de convivencia pueden ser generadoras de derechos sucesorios o no, planteamiento a hacerse en una futura reforma del derecho de sucesiones. En principio, cabrían **tres** posibles perspectivas:

- a) **Cualquier situación de convivencia puede generar derechos sucesorios** siempre que se den unos requisitos mínimos, en concreto, la situación de dependencia del conviviente superviviente respecto del causante⁴. Este modelo es el que nos ofrece el mundo anglo-

4 Este modelo fue el que, en 1992, propuso P. SALVADOR CODERCH para el derecho catalán («Amor et caritas. La parella de fet en el dret successori de Catalunya» en *Setenes Jornades de dret català a Tossa*, El nou dret successori de Catalunya, Àrea de Dret civil, Universitat de Girona, PPU, Barcelona, 1994, 219 ss.).

sajón. Concretamente, en el **Reino Unido**⁵, la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* establece el derecho de cualquier conviviente que dependiera del causante de reclamar en concepto de derecho sucesorio una cantidad cuando lo dejado vía testamento o lo que le corresponda por la vía intestada o la combinación de ambos (o la ausencia de disposición al respecto) no sea suficiente para su adecuado sustento. Sin embargo, existen dos *standards* diferentes⁶:

- para el cónyuge superviviente (*the surviving spouse standard*) la previsión debe ser la razonable, según las circunstancias del caso, a la categoría de cónyuge independientemente de que se corresponda con lo necesario para vivir o no.
- para otros convivientes ya sean uniones de hecho u otras personas que convivan con el causante y que dependan de él (*the maintenance standard*): la previsión debe ser la razonable para su manutención y este es el criterio que debe regir la decisión del juez.

b) Sólo las situaciones de convivencia «familiar» cuyo origen estuviera en el matrimonio generarían derechos sucesorios. Este es el modelo que nos ofrece **Francia** o **Suiza**⁷. El primero sólo

5 Recientemente en el Reino Unido ha entrado en vigor la *Civil Partnerships Act 2004*, la cual se refiere sólo a parejas registradas del mismo sexo y que no prevé ningún derecho sucesorio. La razón de esto último, probablemente, se encuentre en lo que se advierte en el texto seguidamente y que demuestra que no hacía falta decir nada al respecto, pues, según las normas del derecho de sucesiones el conviviente superviviente goza de derechos sucesorios.

6 PARRY/CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1983, 101 ss; G. COCKBURN, «The legal protection of the family in matters of succession in English law» en COUNCIL OF EUROPE, *Proceedings of the 6th European Conference of Family Law, The legal protection of the family in the matters of succession*, CONF/FAM (2002) PRO, PROCEEDINGS CONFAM, 41 ss.

7 También debería citarse a Bélgica, cuya *Ley de 23 de noviembre de 1998* estableció la cohabitación legal e introdujo en el Código civil belga un nuevo Título V bis (arts. 1475 a 1479) y a Portugal que no atribuye consecuencias económicas de ningún tipo a la muerte de uno de los convivientes en la *Ley núm. 7/2001, de 11 de mayo*, que adopta medidas de protección de las uniones de hecho. Como se sabe, el primer país citado ha abierto la posibilidad de que las parejas homosexuales contraigan matrimonio mediante la Ley de 13 de febrero de 2003, *ouvrant le mariage à des personnes du même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, publicada el 28 de febrero de 2003 y entrada en vigor el 1 de junio de 2003.

regula el denominado PACS, *Pacte de solidarité civile*, mediante la ley n. 99-944, de 15 de noviembre de 1999, y en virtud de la cual se modificó el libro primero del CC añadiendo el título XII que lleva, ahora, por título «*Du pacte civil de solidarité et du concubinage*». En virtud de este pacto dos personas del mismo o diferente sexo organizan su vida en común, este contrato debe registrarse⁸. Esta ley no ha introducido ningún derecho sucesorio específico para estas situaciones de convivencia⁹. Por su parte Suiza, ha procedido a regular sólo las uniones estables homosexuales registradas mediante una ley que entrará en vigor en el 2007¹⁰. En esta norma no se prevén derechos sucesorios. Evidentemente, tampoco existen derechos sucesorios en las uniones de hecho heterosexuales que, actualmente, carecen de regulación en este país. Por tanto, en ambos países sólo existen, actualmente, derechos sucesorios para el cónyuge superviviente. Esta es la situación también de aquellos **derechos autonómicos** que, como destaca la profesora SOLÉ RESINA, al no ostentar, en principio, la CA competencias en materia civil no puede atribuir derechos sucesorios a pesar de regular las uniones estables. Concretamente, estarían en esta situación: **Andalucía** (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho), **Valencia** (Ley 1/2001, de 6 de abril), **Madrid** (Ley 11/2001, de 19 de diciembre), **Asturias** (Ley 4/2002, de 23 de mayo), **Canarias** (Ley 5/2003, de 6 de marzo), **Extremadura** (Ley 5/2003, de 20 de marzo) y **Cantabria** (Ley 1/2005, de 16 de mayo). En estas CCAA sólo el cónyuge superviviente gozaría de derechos sucesorios: los recogidos en el CC.

8 Art. 515-1. - *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*. En la doctrina, vid. C. MARTINI, THÉRY, «The PACS and marriage and cohabitation in France», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15/1 (2001), 135-158.

9 De hecho, la institución del PACS está a caballo del derecho de obligaciones y del derecho de familia (C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión europea*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 42-43). Esta podría ser también la configuración de las situaciones de convivencia de ayuda mutua en el derecho catalán.

10 *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe* (Lpart) de 18 de junio de 2004.

c) **Algunas situaciones de convivencia «familiar» independientemente de su origen generarían derechos sucesorios.** Este es el modelo que ofrece, por ejemplo, el derecho alemán o el danés y es el propio de parte nuestro derecho autonómico. En **Alemania** se procedió a regular la unión estable homosexual registrada mediante una ley de 2001 —la **Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft** (LPartG) de 16 de febrero de 2001— en la que se equipara plenamente al conviviente homosexual al cónyuge otorgándosele derecho a legítima, nombrándosele heredero en la sucesión intestada, creando vínculos de parentesco con la familia de su conviviente y calificándolo de «familiar» del causante (§ 10). En **Dinamarca** también se regula la unión estable homosexual en 1989¹¹ y ya entonces se modificó la norma relativa al derecho de sucesiones para atribuir idéntico derecho al conviviente homosexual superviviente que al cónyuge superviviente. En nuestro **derecho autonómico**, como bien pone de relieve la profesora. SOLÉ RESINA, no todos los derechos autonómicos atribuyen derechos al conviviente heterosexual¹², otros lo hacen tanto al conviviente homosexual como al heterosexual¹³ y algunos ordenamientos autonómicos equiparan el status de los convivientes al del cónyuge superviviente en relación con los derechos sucesorios¹⁴. Sólo en Cataluña se otorgan dere-

11 Ley de 1 de junio de 1989 sobre unión estable registrada (*Lov om registeret partneska*, núm. 372 modificada varias veces datando la última modificación de 1999 (ley núm. 360 de 2 de junio de 1999). El modelo de la Ley danesa es seguido por **Noruega** (*Lov om registreret partnerskap* núm. 40 de 3 de abril de 1993), **Suecia** (*Las om registrerat partnerskap*, núm. 1117, de 23 de junio de 1994), **Islandia** (*Lög um stödfeste samvist*, de 12 de junio de 1996) y **Finlandia** (*Act on Registered Partnerships*, en vigor desde 2002). Igualmente, **Holanda** mediante la *Ley de 5 de julio de 1997*, que reformó el Libro I del Código civil introduciendo la institución de la «pareja registrada» (tanto homosexual como heterosexual) en el Título VA. El matrimonio homosexual ha sido regulado, en este último país, por *Ley de 1 de abril de 2001*.

12 Es el caso de Cataluña (*Ley 10/1998*, de 15 de julio, de uniones estables de pareja).

13 Así, Aragón (*Ley 6/1999*, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas).

14 Así sucede en la *Ley balear 18/2001*, de 19 de diciembre, de parejas estables, en su art. 13, donde se indica que: «tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la *Compilación de Derecho civil balear* prevé al cónyuge viudo». También el art. 9 de la *Ley 2/2003*, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco. Igualmente, es esta la intención de la ley foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables.

chos sucesorios en la situación de acogimiento privado de personas mayores¹⁵. En todos estos supuestos se conceden derechos sucesorios a las situaciones de convivencia que pudieran calificarse de «familiares», así, la convivencia matrimonial (tanto heterosexual como homosexual), la extramatrimonial (tanto heterosexual como homosexual), la convivencia derivada de una situación de acogimiento de una persona mayor y/o discapacitada, si se considera que sería una situación familiar; en caso contrario, carecería de sentido la atribución de derechos sucesorios como lo ha (mal) hecho el legislador catalán. En cambio, las situaciones de convivencia no familiares, así, las situaciones de ayuda mutua recogidas en el derecho catalán¹⁶, no generarían propiamente derechos sucesorios entre los convivientes.

3. SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y UNIONES ESTABLES DE PAREJA

3.1. El marco legal vigente: los derechos en las leyes autonómicas

Hoy son 12 las leyes autonómicas vigentes en el territorio español que tienen por objeto regular las uniones estables de pareja¹⁷. Se trata de normas muy dispares entre sí que se distinguen, de entrada, ya en el propio concepto de pareja no casada o unión estable que acogen y porque establecen

15 Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores.

16 Ley 19/1998, de 28 de diciembre, de situaciones de convivencia de ayuda mutua.

17 Por orden cronológico de fecha de aprobación: Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (*DOG* núm. 2687, de 23 de julio de 1998. Abreviada como LUEP); Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables; Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de hecho de la Comunidad de Madrid; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables; Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho; Ley canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho; Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho; Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; y Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

distintos requisitos personales y formas de constitución¹⁸. Datos de los que se sigue que, en rigor, puede afirmarse que no regulan el mismo tipo de rela-

18 En cuanto a los *requisitos personales*, la ley catalana (arts. 1, 19 y 20) exige la mayoría de edad y la inexistencia de cualquier tipo de impedimento matrimonial: así, de vínculo matrimonial previo, de parentesco (en línea recta o colateral hasta tercer grado, en el caso de heterosexuales, y hasta el segundo en homosexuales), o de condena por muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos (curiosamente este último impedimento sólo opera con relación a las uniones heterosexuales).

La ley de Navarra (art. 2.1), la ley del Principado de Asturias (art. 3.1), y la ley del País Vasco (art. 2.1), requieren que los componentes de la unión sean mayores de edad o menores emancipados, y señalan como impedimentos de la unión el vínculo matrimonial previo o la relación estable con otra persona, y el parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado, todo ello con independencia de la orientación sexual. La Ley de Cantabria establece requisitos similares pero matiza que si es posible constituir la unión entre personas casadas separadas judicialmente (art. 4.4b)

También la ley de las Islas Baleares (art. 2), permite a los menores emancipados constituir una unión estable. En este caso los impedimentos se concretan en la existencia de vínculo matrimonial previo o pareja estable y el parentesco en línea recta o colateral hasta el tercer grado.

Por su parte, la ley aragonesa (art. 1 y 4) requiere, nuevamente, la mayoría de edad y establece como impedimentos el vínculo matrimonial previo y la pareja estable con otra persona, y el parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado. Idénticos requisitos personales establecen las leyes de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 3), de Valencia (art. 2)

La ley de la Comunidad de Madrid (art. 2) reclama la mayoría de edad e impide la constitución de la unión cuando existe vínculo matrimonial únicamente en el supuesto en que los cónyuges no se hallen separados judicialmente. Respecto al parentesco prohíbe la unión entre parientes en línea recta y colateral hasta el tercer grado. En idéntico sentido se pronuncian la ley de Extremadura (art. 3) y la ley de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 2).

En lo que se refiere a los *modos de constitución de la unión estable*:

La Ley catalana prevé dos posibilidades: el otorgamiento de escritura pública en la que se manifiesta la voluntad de constituir la unión (única forma de constituir una unión estable homosexual —arts. 19 y 21—) y la constitución automática que, respecto de las uniones heterosexuales, se produce cuando han transcurrido dos años de convivencia ininterrumpida o, antes de cumplirse este término, si existe descendencia común.

La ley navarra (art. 2.1), la asturiana (art. 3.2) y la canaria (art. 1) contemplan también dos modos de constitución: la pareja, hetero u homosexual, se constituye de forma automática transcurrido un año de convivencia, salvo que antes tengan descendencia común o hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público. Mantienen entre ellas, sin embargo, ciertas diferencias: la ley navarra no hace referencia expresa al Registro de uniones de hecho, en cambio, la asturiana equipara la inscripción en el Registro con la formalización de un documento público a los efectos de constitución de la unión, y para la ley canaria (art. 4) la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho tendrá efectos declarativos y carácter voluntario.

Para las leyes balear (art. 1.2), aragonesa (art. 2), valenciana (art. 3), vasca (art. 3) y cántabra (art. 6) la inscripción de la pareja en un Registro creado con este fin, es constitutiva. También lo es para las leyes de Extremadura (art. 4) y Madrid (art. 1) que, sin embargo, exigen la previa convivencia (por un plazo de doce meses según la ley madrileña).

Por último, la ley de Andalucía (art. 5) requiere la constitución mediante declaración de voluntad prestada en comparecencia personal de los interesados ante el titular del órgano encargado del

ciones, ni, por supuesto su objeto es el mismo; menos su contenido. A lo que se agrega que la mayoría determinan su ámbito de aplicación, mediante criterios muy variados¹⁹.

Registro correspondiente, o ante el Alcalde, Concejal o funcionario en quien delegue, en la que manifiesten su consentimiento de mantener una relación de convivencia estable, aunque admite también que dicha declaración se efectúe mediante otorgamiento de escritura pública o «por cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho». La inscripción en el Registro de Parejas de Hecho tiene efectos declarativos, aunque es imprescindible para la atribución de los efectos que la ley atribuye a la unión. Nótese que resulta cuanto menos curioso que sea precisamente esta norma, la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la que establezca mayores requisitos de forma a las uniones de hecho —muy similares a los requisitos de forma del matrimonio— pues se trata de una de las normas autonómicas que menos efectos civiles reconoce a estas uniones; así, aunque permite el pacto en este sentido, no prevé para el caso de la disolución de la unión ningún efecto patrimonial o pensión económica ni tampoco ningún derecho sucesorio entre convivientes.

19 Los arts. 1.1 y 20.2 Ley catalana 10/1998, establecen que ésta será de aplicación a las uniones heterosexuales y homosexuales, respectivamente, cuando al menos uno de los dos miembros de la pareja tengan vecindad civil en Cataluña, optando, de este modo, por el criterio del estatuto personal de los convivientes, de forma que esta ley podrá aplicarse a uniones estables de pareja que tengan su residencia habitual fuera de Cataluña y, en cambio, en principio, no será de aplicación a las uniones residentes en Cataluña cuando ninguno de sus miembros tenga vecindad civil catalana. En idéntico sentido se pronuncia la ley de las Islas Baleares (art. 2.2); y en una línea muy similar se expresa la Ley navarra 6/2000, que dispone (art. 2.3) que se aplicará a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Otras leyes, en cambio, optan por definir su ámbito de aplicación en función de la vecindad administrativa, y no de la vecindad civil, de los componentes de la unión. Así:

- La ley del Principado de Asturias (art. 2) establece que será aplicable a las parejas estables cuyos miembros estén empadronados en cualquiera de los concejos de Asturias.
- La ley valenciana (art. 1.3) se reconoce aplicable cuando al menos uno de sus miembros se halle empadronado en la Comunidad Valenciana.
- Las leyes de la Comunidad de Madrid (art. 1.2), de Extremadura (art. 2.4) y de Cantabria (arts. 4 y 5) exigen que al menos uno de los miembros de la pareja se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid.
- La ley del País Vasco (art. 2.2) requiere que al menos uno de los integrantes de la pareja tenga su vecindad administrativa en Euskadi, sin distinguir, añade, en el caso de la otra parte, su nacionalidad.
- La ley de la Junta de Andalucía (art. 2) dispone que será de aplicación cuando al menos uno de los miembros de la pareja tenga su residencia habitual en cualquier municipio de Andalucía y ninguno de ellos se encuentre inscrito en otro registro como pareja de hecho (parece adquirir así un cierto carácter supletorio); y
- La ley canaria (art. 2.2) exige que ambos miembros de la pareja estén empadronados en alguno de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Por fin, la ley aragonesa omite toda referencia en cuanto a su ámbito de aplicación.

No es difícil de imaginar que, de acuerdo con los criterios de aplicación sentados en todas estas normas, en algunos casos pueden concurrir hasta cinco leyes autonómicas en la regulación de una determinada unión estable. Así, cuando uno de sus miembros tiene vecindad civil catalana y el otro navarra, se hallan empadronados respectivamente en Valencia y en Asturias y fijan su residencia

Con relación al contenido de estas normas autonómicas hay que señalar que algunas de ellas se limitan a establecer concretas disposiciones que afectan a determinados aspectos de esta forma de convivencia o modelo familiar, y que atañen primordialmente al derecho público²⁰; en otros casos, y en ocasiones sin renunciar a regular también aquellos puntos, otorgan efectos civiles a la propia existencia de esta forma de convivencia²¹, y disponen los modos de constitución, y las causas y efectos de su disolución en vida o por causa de muerte, incidiendo de este modo en el ámbito personal, familiar y patrimonial de sus componentes y de quienes se relacionan con ellos, hasta el punto de que algunos de estos cuerpos legales se constituyen —porque parece que así lo pretenden— como verdaderos regímenes jurídicos de estas relaciones de convivencia —suponen un régimen jurídico propio paramatrimonial para estas uniones—²².

La cuestión de la distribución de las competencias entre cada una de las Comunidades Autónomas y el Estado, especialmente referida a la competencia legislativa en materia civil es, ni qué decir tiene, clave en el tratamiento de este tema. Aunque no es este el lugar indicado para detenernos sobre esta cuestión, no puede perderse de vista que sólo algunas de las comunidades autónomas que han legislado sobre uniones estables de pareja tie-

habitual en Granada —siempre, claro está, que se cumplen los requisitos personales y de constitución que cada una de estas leyes establecen y que también varían de unas a otras—. En otros casos, en cambio, en principio, ninguna ley resultará aplicable, así cuando los convivientes tienen vecindad civil andaluza y residen en Cataluña.

20 En esta línea están la Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables; Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho; Ley canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho; y Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho.

21 Con relación a las consecuencias de la falta de competencia para legislar en materia civil de algunas de las CCAA que han aprobado leyes especiales en esta materia, puede verse. Cristina AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, «La aplicación de las Leyes de Parejas no casadas por parte de los tribunales», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2004, págs. 528 ss.

22 Así, la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables; Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; y Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Esta última dispone expresamente que «La presente Ley tiene por objeto regular el régimen jurídico aplicable a aquellas personas que acuerden constituirse en pareja de hecho y se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria» (art. 1).

nen competencia en materia de legislación civil, por lo que el resto ha de limitarse a establecer normas de derecho público —en algunos casos, sin embargo, parece que alcanzan el ámbito de los derechos civiles²³—.

Por otra parte, hay que recordar también que no existe una norma de ámbito estatal que tenga por objeto la regulación de las uniones estables de pareja²⁴.

En este punto, abordamos la cuestión que nos ocupa, la del estudio de los efectos de la disolución de la unión estable de pareja por causa de muerte de uno de los convivientes, dentro de este marco legal señalado. En este apartado nos limitaremos a señalar los efectos que, en su caso, cada una de las leyes autonómicas reconoce a favor conviviente sobreviviente, y no sólo los que técnicamente pueden calificarse de derechos sucesorios, sino también aquellos otros efectos civiles que se originan con la muerte del conviviente y responden a una finalidad de protección de la familia o del sobreviviente. La calificación de estos derechos como derechos sucesorios o como

23 Así lo apreció el Tribunal Superior de Justicia de Madrid respecto de la ley de uniones de hecho de esta Comunidad, que interpuso una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (por Auto de 7 de noviembre de 2003), admitida a trámite por Providencia de 10 de febrero de 2004, contra los artículos 3, 4, 5, 8 y 9, por posible infracción del artículo 149.1.8º CE.

En el mismo sentido, la SAP Granada de 2 de febrero de 2004 afirma en el FJ primero que la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho «llega a ocuparse de las relaciones personales y patrimoniales en el marco de las parejas de hecho. Algunas de las normas tienen un contenido claramente civil».

24 Aunque sí existen en el ámbito estatal algunas normas que toman en consideración, a distintos efectos, a las uniones estables, éstas no precisan requisitos personales o de constitución respecto a esta forma de convivencia. Así, el artículo 101 CC que configura la constitución de una unión estable por parte del acreedor de una pensión compensatoria como causa de la extinción de este beneficio; el artículo 320.1 CC, que justifica la concesión de la emancipación judicial a los hijos mayores de dieciséis años que lo soliciten cuando quién ejerce la potestad conviviere con persona distinta del otro progenitor; la D.A. 3ª Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que faculta a los miembros de la pareja estable heterosexual a adoptar en forma conjunta; los artículos 8.2, 9.3 y 13.3 a) de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, que regulan la utilización de estas técnicas por parte de parejas no casadas; y los artículos 12.4, 16.1 b) y 24.1 LAU, que equiparan la unión estable de pareja al matrimonio a efectos de desistimiento y vencimiento del contrato de arrendamiento de vivienda, subrogación al mismo, u obras realizadas por el arrendatario afectado de minusvalía, respectivamente.

También se refieren a las uniones estables de pareja, la Disposición Adicional 10ª de la Ley de 7 de julio de 1981 -sobre prestaciones de la Seguridad Social y pensión de viudedad-; el art. 10.1 de la Ley sobre el Derecho de Asilo; los arts. 219 y 391 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el art. 3 de la Ley Orgánica de Habeas Corpus; y los arts. 23, 153, 424, 443, 444.2, 454 y 617.2 del Código Penal.

meros efectos *post mortem* de la unión estable de pareja tiene gran trascendencia práctica, pues no hay que olvidar que estos últimos se reconocen a cualquiera de los miembros de la pareja sometida a una determinada ley; mientras que los derechos sucesorios que se originan dependen de la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, que es la que rige la sucesión por causa de muerte.

Para determinar el alcance de estos derechos, resulta imprescindible valorar el trato fiscal que reciben las transmisiones por causa de muerte entre convivientes en las autonomías con competencias sobre el impuesto de sucesiones. También apuntaremos esta cuestión.

Debemos analizar una por una las leyes catalana, aragonesa, navarra, balear, vasca y andaluza, que son las que en mayor o menor medida regulan la sucesión entre convivientes u otorgan algún tipo de beneficio al sobreviviente. Veremos que las demás leyes autonómicas no inciden en esta materia.

La solución de la sucesión en las uniones estables de pareja en el ámbito estatal se reserva para un momento posterior, pues ningún precepto legal de este ámbito se refiere expresamente a este tema, ni en una ley especial, ni en los preceptos que el Código Civil dedica a regular la sucesión por causa de muerte, ni entre las disposiciones que, dentro del mismo cuerpo legal, otorgan beneficios viuales o familiares al sobreviviente en caso de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

3.1.1. CATALUÑA. Los derechos sucesorios del conviviente superviviente en la ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja

De las 12 leyes autonómicas vigentes sobre la materia, la catalana es la única que **regula diferenciadamente las parejas homosexuales y las heterosexuales** (a cada tipo de parejas le dedica uno de los dos capítulos de la ley) estableciendo sendos regímenes jurídicos. Aunque en muchos extremos los efectos que les otorga son idénticos, en el ámbito de los derechos sucesorios que la ley reconoce al conviviente sobreviviente existen diferencias sensibles en función de la orientación sexual de la pareja.

Así, a la extinción de la unión por defunción, la ley catalana reconoce al conviviente sobreviviente una serie de derechos similares a los derechos viuales familiares establecidos a favor del cónyuge sobreviviente (arts. 35 y 36 CF), aunque con un ámbito más restringido para los homosexuales que

para los heterosexuales. A los primeros, por contra, les otorga derechos sucesorios que no reconoce a los convivientes heterosexuales. El preámbulo de la ley catalana justifica esta diferencia de trato en que la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia, mientras que la pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee.

Desde luego que esta justificación de la diferencia de trato deja de tener sentido tras la reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio —por Ley 13/2001, de 1 de julio que reconoce el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio—, y se hace necesaria la adaptación de la ley catalana a esta nueva realidad familiar. Puede pensarse ahora que también los homosexuales que conviven en pareja sin casarse lo hacen porque descartan voluntariamente el matrimonio, no hay ningún fundamento para reconocer al sobreviviente de una pareja homosexual, en caso de su disolución por causa de muerte, más o mayores derechos sucesorios o beneficios que los que se reconocen al conviviente sobreviviente heterosexual.

La modificación de la ley catalana puede efectuarse desde esta perspectiva «a la baja», sobre la base de que los convivientes homosexuales renuncian a los derechos sucesorios y otros beneficios que tienen su origen en la muerte de uno de ellos en tanto rechazan el matrimonio²⁵; pero, desde luego que también puede reformarse «a la alza», con base en otros argumentos completamente distintos que expondremos más adelante. En todo caso, de lo que no cabe duda es de que ***de lege ferenda* la ley catalana debe equiparar ambos tipos de uniones a efectos de la sucesión del conviviente sobreviviente.**

Actualmente, la regulación vigente en Cataluña reconoce al conviviente sobreviviente tras la muerte de su pareja derechos de distinta naturaleza. De un lado, otorga tanto a los convivientes sobrevivientes de las parejas homosexuales como a los de las heterosexuales, derechos o beneficios que técnicamente no pueden calificarse como derechos sucesorios porque existen al margen de la sucesión; de otro, atribuye al conviviente sobreviviente de parejas homosexuales, derechos en la sucesión intestada de su pareja.

25 Este es el motivo por el que parece que la ley catalana no concede derechos sucesorios a los convivientes heterosexuales.

3.1.1.1. Derechos por causa de muerte entre convivientes heterosexuales

El artículo 18 de la LUEP otorga al conviviente heterosexual: a) el derecho a la propiedad de las ropas, mobiliario y enseres que constituyen el ajuar común; b) los derechos a vivir en la vivienda común y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto durante el año siguiente a la muerte de su pareja; y c) el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento.

Los dos primeros apartados de este precepto establecen normas paralelas a las que dispone el Código de Familia de Cataluña respecto a los efectos *post mortem* del matrimonio; en concreto, al artículo 35 CF que otorga al cónyuge sobreviviente el derecho de predetracción, y al artículo 36 CF que le reconoce el año de viudedad —«any de plor»—.

Requisito necesario para que se generen estos derechos es la convivencia en el momento en que sucede la muerte que —de igual modo se exige en caso de matrimonio— fundamenta su atribución. No se requiere un período mínimo de convivencia, pero es imprescindible que el premuerto y el sobreviviente hayan constituido una unión estable de pareja por lo que si dicha constitución se ha producido de forma automática, la convivencia habrá durado al menos dos años, salvo que antes hayan tenido los convivientes descendencia común (art. 1 LUEP). No hará falta un período mínimo de convivencia cuando la constitución se haya producido por la formalización de escritura pública.

El derecho a la propiedad de las ropas, el mobiliario y el ajuar de la vivienda común es un derecho de predetracción y no un derecho sucesorio, porque los bienes que configuran su objeto están excluidos del haber hereditario, esto es, no siguen el destino sucesorio señalado por la voluntad del premuerto o de la ley, sino que tienen un destinatario concreto: el favorecido con los derechos de predetracción excluye de toda participación en estos bienes a los sucesores por título originario del premuerto. Por este motivo no se computan en el haber hereditario, no se imputan en la participación de la herencia, y no están sujetos a la responsabilidad derivada de la sucesión *mortis causa* en concepto de deudas de la herencia o del causante.

Entre los bienes objeto del derecho de predetracción se exceptúan «las joyas u objetos artísticos, u otros que tengan un extraordinario valor atendido el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto», en especial «los muebles de procedencia familiar de propiedad del conviviente premuerto o en la parte

que le pertenece» (art. 18.1 LUEP). Una comparación con la normativa matrimonial permite observar una gran similitud a estos efectos, pero el conviviente resulta ser de peor condición que el cónyuge, porque este último tiene derecho a los muebles de procedencia familiar siempre que el premuerto no disponga de los mismos en un acto de última voluntad en favor de otras personas; mientras que en la disolución de la unión estable de pareja por muerte, aquellos bienes quedan siempre excluidos de la predetracción.

El conviviente superviviente que no sea usufructuario universal de la herencia también tiene el derecho a habitar la vivienda común con la facultad de tomar posesión y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto en consonancia con el nivel de vida que haya mantenido la pareja y con la importancia del patrimonio:

El derecho a habitar toda la vivienda común debe entenderse en el sentido de que si el conviviente premuerto era titular del arrendamiento al tiempo de su muerte, el sobreviviente goza de un derecho preferente de subrogación en el contrato, de acuerdo con el artículo 16.1 a) LAU. Si, en cambio, la vivienda era propiedad del conviviente premuerto, esta propiedad se transmite a sus herederos con la carga de un derecho de habitación legal a favor del conviviente sobreviviente, con una duración de un año después de la muerte. Para hacer efectivo este derecho con la urgencia que requiere, el artículo 18.2 LUEP, igual que el artículo 36 CF respecto al cónyuge sobreviviente, confiere al conviviente el derecho a tomar posesión de la vivienda de forma unilateral sin necesidad de reclamación judicial, que podría comportar un excesivo retraso.

El derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto no es, en rigor, un derecho de alimentos, pues se le otorga al conviviente sobreviviente con independencia de cuál sea su situación económica y tiene, además, carácter temporal. Para la determinación de la cantidad económica en que han de concretarse estos alimentos se estará al nivel de vida mantenido por la pareja y a la importancia del caudal hereditario que habrá de corregir los desequilibrios que pudiera haber entre el nivel de vida llevado por los convivientes y la capacidad económica real²⁶. En este caso,

26 Josep SOLE FELIU, «Comentari al art. 18 LUEP» en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Joan EGEA FERNÁNDEZ y Josep FERRER RIBA, Directores), Tecnos, Madrid 2000, pág. 1212.

sin embargo, puede que el acreedor, para hacer efectivo su derecho, tenga que ejercitar la reclamación judicial y esperar al final del procedimiento, que puede alargarse más allá del año siguiente a la muerte del conviviente²⁷.

Tampoco estos derechos, paralelos a los que se conocen como año de viudedad o «*any de plor*» que se otorgan al cónyuge sobreviviente —art. 36 CF— son propiamente sucesorios, sino que forman parte del peculiar régimen jurídico de la familia catalana. En este sentido, en Sentencia de 8 de junio 1993, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña definía el año de viudedad como «un beneficio viudal de urgencia i de una duración limitada, para que durante el primer año de viudedad el cónyuge sobreviviente pueda vivir en consonancia con su posición social y la cuantía del patrimonio del cónyuge premuerto».

Los derechos regulados en el artículo 18.2 LUEP no se originan cuando el premuerto hubiera atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia con una duración superior a un año, supuesto en que quedan absorbidos por el usufructo universal. Aunque, dado que el conviviente heterosexual no tiene, en la ley catalana, derecho a la sucesión intestada del premuerto, el usufructo universal deberá haberle sido atribuido por testamento, a diferencia de lo que sucede en caso de matrimonio. Este dato explica la diferencia que existe entre la unión y el matrimonio (el artículo 36 CF que parte de la base que en la sucesión intestada del premuerto el cónyuge sobreviviente es usufructuario universal).

Los derechos reconocidos al conviviente superviviente a los que nos venimos refiriendo son independientes de otros derechos que le puedan corresponder en virtud de la defunción del premuerto, y se pierden por nuevo matrimonio del sobreviviente, cuando este pasa a convivir maritalmente con otra persona —sin necesidad de que la nueva relación constituya una unión estable de pareja en los términos de la propia LUEP y con independencia de la orientación sexual de la misma— y cuando el conviviente sobreviviente incumple gravemente sus deberes respecto los hijos o hijas comunes.

De otro lado, son causas de extinción de estos derechos: la muerte del superviviente beneficiario, el transcurso de un año sin haber ejercitado la reclamación del derecho, y la renuncia del beneficiario.

El tercer apartado del artículo 18 LUEP dice que «**si el difunto era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse**

27 Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions*, pág. 417.

en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos». Esta remisión ha de entenderse referida al artículo 16.1 b) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que prevé la posibilidad de que el conviviente sobreviviente se subrogue en el contrato de arrendamiento cuando el difunto fuera el único arrendatario de la vivienda común. Sin embargo, hay que tener presente que, según requiere este mismo precepto, para que proceda la subrogación es necesario que la relación de convivencia se haya mantenido un mínimo de dos años o haya dado lugar a descendencia común, por lo que no todos los convivientes sobrevivientes en los términos de la LUEP gozan de este derecho; habrá que excepcionar los casos en que, habiéndose formalizado por escritura pública, la muerte del titular del arrendamiento se produzca antes de que transcurran los dos años de convivencia y sin haber tenido descendencia común. Aparece así una contradicción entre ambas normativas que tiene su origen en la adopción por parte de cada una de ellas de diferentes conceptos de «relación estable de pareja».

3.1.1.2. Derechos entre convivientes homosexuales por causa de muerte

Al regular la unión estable de pareja homosexual, la LUEP reconoce a favor del conviviente sobreviviente, al tiempo de la disolución de la unión por muerte, los mismos derechos vistos respecto el conviviente heterosexual —que a su vez se asimilan en gran medida a los que se otorgan al cónyuge sobreviviente— con excepción del derecho a ser alimentado durante un año a cargo al patrimonio del premuerto. El conviviente goza, pues, de los siguientes derechos: el derecho a la propiedad de las ropas, del mobiliario y de los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común; el derecho a vivir en la vivienda común durante el año siguiente a la muerte de su pareja; y el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento si el difunto era el único arrendatario (art. 33 LUEP).

En el **derecho de predetracción**, igual que el conviviente heterosexual, el homosexual es de peor condición que el cónyuge, pues este último tiene derecho a los muebles de procedencia familiar siempre que el premuerto no disponga de ellos en un acto de última voluntad a favor de otras personas, mientras que en las uniones estables estos bienes quedan siempre excluidos de la predetracción (art. 33.1 LUEP).

El párrafo segundo del artículo 33 LUEP se refiere al **derecho del conviviente superviviente a habitar la vivienda común durante el año**

siguiente a la muerte. Aunque no se dice expresamente hay que interpretar que, como el cónyuge (art. 36 CF) y el conviviente heterosexual (art. 18.2 LUEP), el homosexual tiene el derecho a habitar toda la vivienda común y la facultad de tomar posesión de la misma de inmediato sin necesidad de reclamación judicial. Ante el silencio de la ley, hay que interpretar también que este derecho es independiente de otros que puedan corresponder al sobreviviente en virtud del fallecimiento del premuerto. No se origina este derecho en el caso que el premuerto hubiera atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia con una duración temporal superior a un año —necesariamente por testamento, pues no se prevé como efecto de la sucesión intestada—.

El derecho a habitar la vivienda común se pierde si durante el año en el que se halla vigente el interesado se casa o «pasa a vivir maritalmente con otra persona», aunque la nueva relación no pueda calificarse de unión estable de pareja en los términos de la LUEP y con independencia de su orientación sexual. De otro lado, el transcurso de un año sin ejercitar la reclamación del derecho, la muerte del sobreviviente beneficiario o su renuncia, actúan como causas de extinción de este derecho.

A diferencia del cónyuge superviviente (art. 36 CF) y del conviviente heterosexual sobreviviente (art. 18.2 LUEP), el conviviente homosexual no tiene derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, en consonancia con el nivel de vida que ha mantenido la pareja y la importancia del patrimonio. Resulta difícil comprender la razón de esta discriminación.

Sin embargo, la distinción más significativa en relación con los efectos legales de la extinción por muerte de la unión estable de pareja hetero y homosexual se sitúa en orden a los derechos sucesorios que se reconocen sólo a favor del conviviente sobreviviente homosexual.

3.1.1.3. Derechos sucesorios entre convivientes homosexuales

Ante todo hay que advertir que estos derechos — y el resto que otorga la ley— sólo afectan a las parejas estables que se hallan reguladas por la LUEP, de forma que se excluyen para aquellas que no reúnen los requisitos personales o formales exigidos.

La LUEP atribuye al conviviente superviviente de una unión estable de pareja homosexual una serie de derechos en la sucesión testada y en la sucesión intestada de su pareja. Requisito indispensable para el nacimiento de

todos ellos es la existencia de convivencia en el momento de la muerte. En la **sucesión intestada** (art. 34 LUEP), son los siguientes:

a) Si concurre con descendientes o ascendientes, el conviviente que no tenga medios económicos para su adecuada sustentación puede ejercitar una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, **hasta la cuarta parte de la herencia**. También puede reclamar la parte proporcional de los frutos y las rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte del conviviente o su valor en dinero.

Se trata de un derecho similar a la denominada «*cuarta viudal*» que el Código de Sucesiones reconoce al cónyuge sobreviviente (arts. 379 a 382 CS). De hecho, la doctrina mayoritaria defiende que las disposiciones del Código de Sucesiones sobre la cuarta viudal deben entenderse aplicables supletoriamente al conviviente homosexual²⁸.

El derecho a la cuarta parte de la herencia procede únicamente cuando el acreedor la necesita para su adecuado mantenimiento. Su cuantía se limita pues, de un lado, a la cuarta parte de la herencia, pero aún dentro de este límite, a lo que es indispensable para proporcionar al sobreviviente medios económicos suficientes para su adecuada subsistencia, aunque el importe de la cuarta parte del caudal hereditario sea superior (art. 34.2 b LUEP). Para fijar la cuantía del crédito se han de deducir los bienes y derechos que el premuerto ha atribuido al conviviente en su herencia, aunque éste los renuncie, junto con los propios del sobreviviente y las rentas o salarios que éste percibe, que deben ser capitalizados, a este efecto, al interés legal del dinero (art. 34.2 a LUEP).

Este derecho se pierde por renuncia posterior a la muerte del causante; por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del sobreviviente antes de reclamarla; por su muerte sin haberlo reclamado; y por prescripción pasado un año a contar desde la muerte del causante (art. 34.2 c LUEP).

b) Si no existen descendientes ni ascendientes del premuerto, en concurrencia con colaterales de éste, dentro del segundo grado de consanguinidad

28 Miquel MARTÍN CASALS, «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998 pág. 186; Encarna ROCA i TRIAS (Lluís PUIG i FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol II, *Dret de la persona i Dret de família*, valència 1998 (5ª ed.), pág. 486; Josep SOLE FELIU, «Comentari al art. 41 LUEP» op. cit. *Comentaris al Codi de Família*, pág. 1241; entre otros autores.

o adopción, o de hijos o hijas de estos si han premuerto, el conviviente sobreviviente tiene derecho a **la mitad** de la herencia (art. 34.1 b LUEP).

e) Si faltan también las personas indicadas en el apartado anterior, el conviviente tiene derecho a **la totalidad** de la herencia (art. 34.1 c LUEP).

Como es sabido, el Código de Sucesiones de Cataluña dispone en la sucesión intestada, que el cónyuge ocupa la segunda posición en el orden sucesorio, después de los hijos y descendientes del premuerto (art. 333 CS), y por delante de los padres y ascendientes (art. 335 CS). Queda patente que los derechos sucesorios que la LUEP reconocen al conviviente superviviente en la sucesión intestada de su pareja no le equiparan al cónyuge, sino que le otorgan una peor condición, ya que únicamente le corresponde la totalidad de la herencia a falta de descendientes, ascendientes y colaterales dentro del segundo grado.

Tampoco se reconoce a favor del conviviente el «usufructo viudal universal» que se otorga al cónyuge sobreviviente en la sucesión intestada de su consorte cuando no le corresponde ser heredero intestado; esto es, cuando concurre con hijos o descendientes del causante. Es este un beneficio sucesorio, independiente del régimen económico matrimonial y de las necesidades económicas del viudo, de naturaleza legitimaria. El usufructo viudal universal no se origina en los casos de nulidad del matrimonio o divorcio previos a la muerte del causante. En los casos de separación habrá que estar a lo que dispone el art. 334 CS (art. 331.3 CC), de modo que tanto si el cónyuge sobreviviente se halla separado por sentencia firme como si está separado de hecho carece del derecho al usufructo universal. El usufructo se mantiene mientras subsista la viudedad; el cónyuge viudo pierde este derecho si contrae matrimonio o pasa a vivir maritalmente con otra persona (art. 331.3 CS).

En orden a la capacidad sucesoria del conviviente superviviente se aplican las reglas previstas en los arts. 9 y siguientes del CS. No rigen, en cambio, las causas de desheredación ya que el conviviente no es legitimario²⁹.

En definitiva, puede afirmarse que la LUEP establece un nuevo orden sucesorio *ab intestado* de aplicación exclusiva a los supuestos de uniones estables de pareja homosexuales y que modifica, de este modo, el orden sucesorio *ab intestado* en la sucesión del conviviente, que pasa a ser el siguiente: 1) en primer lugar la sucesión corresponde a los hijos y luego el resto de

29 Josep SOLE FELIU, op. cit., «Comentari al art. 41 LUEP en *Comentaris al Codi de Família*, pág. 1240.

descendientes; 2) a falta de hijos y descendientes, suceden los ascendentes; 3) en defecto de ascendentes suceden por mitades el conviviente homosexual y los parientes colaterales hasta el segundo grado o sus hijos, si han premuerto; 4) a falta de todos ellos, el conviviente hereda la totalidad de la herencia. Por aplicación de las reglas generales (arts. 340, 347 y 348 CS); 5) seguidamente, cuando no existe conviviente, suceden el resto de colaterales hasta el cuarto grado; y 6) en último lugar la *Generalitat*³⁰.

Con todo, no se ha de olvidar que la ley que rige la sucesión de las personas es la ley personal del causante, que puede no ser la catalana—cuando tenga una vecindad civil distinta a la catalana— aunque la unión estable estuviera sometida a la LUEP. En este caso el art. 34 LUEP no podrá interferir en el orden de sucesión establecido por la ley personal del causante³¹; la ley sucesoria deberá ser determinada conforme al art. 9.8 CC³².

En la **sucesión testada** de su pareja, el conviviente sobreviviente goza del mismo derecho que en la intestada de hasta una cuarta parte del valor de la herencia (art. 35 LUEP), que podrá reclamar en aquellos casos en los que habiendo otorgado testamento, el premuerto hubiera omitido al conviviente o le hubiera atribuido bienes y derechos el valor de los cuales, unido al de sus propios bienes y rentas y salarios que este perciba, capitalizados a estos efectos al interés legal del dinero, fuera insuficiente para su adecuada subsistencia. También en este caso la cuantía del crédito se limita a los bienes o dinero necesarios para proporcionar al superviviente los medios económicos suficientes para su adecuado mantenimiento, aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior.

El conviviente pierde su derecho en la sucesión testada por renuncia posterior a la muerte del causante, por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del superviviente antes de reclamarlo, por su muerte sin haberlo reclamado, y por la prescripción en el plazo de un año a contar desde la muerte del causante.

30 Encarna ROCA i TRIAS, op. cit., *Institucions*, Vol II, pág. 457.

31 En este sentido, M^a Esperanza GINEBRA MOLINS, «Los derechos de «successió intestada» reconocidos a las parejas homosexuales en la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, *d'unions estables de parella*», *Actualidad Civil*, n^o 3, 2000, pág. 1228.

32 Albert FONT SEGURA, «La sucesión hereditaria en derecho interregional», *Actualidad de Derecho Civil*, n^o 1, 2000, pág. 68.

3.1.1.4. La doctrina del TSJC

Nos parece oportuno señalar en este lugar la doctrina que recientemente ha tenido ocasión de expresar el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al resolver sobre la validez del pacto de supervivencia celebrado entre convivientes, porque los argumentos expuestos resultan igualmente aplicables al tema que nos ocupa. Ciertamente, en la Sentencia de 13 de febrero de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña defiende la validez del pacto de supervivencia celebrado entre los miembros de una unión estable de pareja heterosexual con el argumento de que «si las uniones no matrimoniales encajan en el concepto de familia que se deriva de la Constitución, instituciones pensadas y reguladas para proteger determinados intereses patrimoniales de la familia matrimonial, se pueden hacer extensivas a la familia que se deriva de una unión estable de pareja» (FJ 2º).

Este mismo argumento serviría para defender la extensión de los derechos de los cónyuges a los convivientes heterosexuales en la sucesión intestada aunque, por ahora, la LUEP no altera, según se ha visto, el orden de la sucesión intestada establecido en el Código de Sucesiones de Cataluña, ni otorga al conviviente sobreviviente ningún derecho sucesorio.

3.1.2. ARAGÓN. Los derechos del conviviente superviviente en la ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas

La Ley aragonesa atribuye al conviviente superviviente, sin distinguir si se trata de una pareja homo o heterosexual, los siguientes derechos:

- a) Derecho al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar (art. 9.1 Ley 6/1999); y
- b) Derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año (art. 9.2 Ley 6/1999).

La primera de estas previsiones otorga al conviviente superviviente un trato similar al que el artículo 84 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, del régimen económico matrimonial y viudedad, brinda al cónyuge supérstite en caso de disolución por muerte del consorcio conyugal. Dicho precepto reconoce al

cónyuge el derecho a «detracer de los bienes comunes, como ventajas, sin que sean computados en su lote, sus bienes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial»; así como el «ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio; además de cualesquiera otros bienes comunes que, como tales ventajas, le conceda la costumbre local».

En cambio, no existe una norma paralela al artículo 85.2 g) de la Ley 2/2003, que conceda un beneficio similar al conviviente supérstite: este precepto establece para el mismo supuesto antes indicado —disolución por muerte del consorcio conyugal— el derecho del cónyuge sobreviviente a adjudicarse con preferencia en su lote, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento el matrimonio tuviera su residencia habitual. En este punto el conviviente sólo goza, de acuerdo con la Ley 6/1999 del derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el año posterior a la muerte.

Por lo que se refiere a los derechos en la sucesión del premuerto, la Ley 6/1999, de parejas estables no casadas equipara al conviviente supérstite al cónyuge sobreviviente a efectos de **sucesión voluntaria**, al establecer que los miembros de la pareja no casada podrán testar de mancomún (art. 15); podrán otorgar pactos sucesorios (art. 16); y podrán ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia (art. 17), en los términos previstos en la legislación sucesoria aragonesa.

Por el contrario, no se reconoce derecho alguno a favor del conviviente sobreviviente en la **sucesión intestada** de su pareja, a diferencia del cónyuge viudo que sucede al causante en los bienes no recobrables ni troncales, a falta de parientes con derecho preferente y ascendientes (art. 202.2 Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón).

Respecto la **sucesión legal**, es de señalar la gran diferencia de trato que otorga el derecho aragonés al conviviente supérstite respecto al cónyuge sobreviviente. Es sabido que recientemente, el legislador aragonés se ha preocupado especialmente de proteger al cónyuge sobreviviente. Con esta finalidad ha elaborado la Ley 2/2003 que modifica parcialmente la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de Aragón, y regula con detalle el derecho de viudedad. En su virtud, reconoce a favor del cónyuge sobreviviente el derecho de usufructo viudal —de larga tradición en Aragón— que califica de derecho de familia de extensión universal. No siendo titular del usufructo de viudedad, o resultando insuficientes los frutos comunes, podrá el cónyuge tras la disolución del régimen económico de comuni-

dad por muerte, deducir del patrimonio de la comunidad alimentos para sí y las personas que convivan con el matrimonio mientras continúen viviendo en casa (art. 71.2 Ley 2/2003). Tampoco esta medida se extiende al conviviente superviviente.

3.1.3. NAVARRA. Los derechos del conviviente superviviente en la ley foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables

La Ley Navarra equipara a todos los efectos relacionados con los derechos sucesorios el conviviente supérstite y el cónyuge superviviente, introduciendo las modificaciones oportunas a la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo:

Así, de una parte, en la **sucesión forzosa** y en relación con el usufructo legal de fidelidad, se añade un segundo párrafo a la Ley 253 con la siguiente redacción: «Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro superviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley» (art. 11.1 Ley 6/2000).

De otra parte, en la **sucesión intestada**, el conviviente se equipara al cónyuge en el orden de llamamiento en la sucesión legal de bienes no troncales. Para ello se modifica el apartado 5 de la Ley 304 que queda redactado como sigue: «5. El cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme la Ley 254» (art. 11.2 Ley 6/2000).

Por último se equipara también el conviviente al cónyuge superviviente a efectos de la prohibición de actuar como contador-partidor de la herencia del premuerto establecida en la Ley 341 (art. 11.3 Ley 6/2000).

Con todo, la situación en la que queda el conviviente sobreviviente no es plenamente equiparable a la del cónyuge. También en Navarra es de peor condición:

Así, a diferencia del cónyuge supérstite, ninguna previsión reconoce un derecho de predetracción a favor del conviviente sobreviviente a la disolución de la unión por muerte. En este sentido, la Ley Foral 90 establece que a la disolución de la sociedad de conquistas «Por derecho de mejoría o ventajas, pertenecerán en propiedad al cónyuge sobreviviente, sin que le sean computadas en su parte en las conquistas, las ropas y efectos de uso personal, así como los demás objetos de ajuar de casa cuyo valor no fuere excesivo conforme a la posición de la familia y a los usos sociales. También podrán

detraerse como ventajas los instrumentos de trabajo de un valor no proporcionado al patrimonio común».

Por su parte la Ley 91 dispone que en la liquidación de la sociedad de conquistas, en caso de muerte del otro cónyuge, es de adjudicación preferente para el sobreviviente la vivienda que fuere la residencia habitual del matrimonio. Tampoco existe una previsión paralela a favor del conviviente supérstite.

3.1.4. BALEARES. Los derechos del conviviente superviviente en la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables

El art. 13 de la Ley 18/2001 dispone que «Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo». De esta forma se equiparan los derechos sucesorios de los miembros de las parejas no casadas a los de los cónyuges en la sucesión voluntaria, forzosa y legal.

Respecto de los derechos familiares que nacen de la extinción por muerte de la unión estable, el art. 12 de esta misma ley señala que el sobreviviente tiene: a) derecho a la propiedad de la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin que se computen en el haber hereditario. Se entienden excluidos los objetos artísticos o históricos, los bienes de procedencia familiar y los de valor extraordinario atendiendo al nivel de la pareja; y b) si el causante era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establece la legislación sobre arrendamientos urbanos.

El párrafo primero de dicho artículo atribuye al conviviente el derecho de predetracción equiparable al que el art. 3 DL 79/1990, de 6 de septiembre, Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares reconoce a favor del cónyuge viudo. La segunda parte de este precepto es una mera remisión a la facultad de subrogación del conviviente en el contrato de arrendamiento cuando el premuerto era el único arrendatario, que ya reconoce la LAU.

3.1.5. PAÍS VASCO. Los derechos del conviviente superviviente en la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco

El art. 9 Ley 2/2003 equipara las parejas de hecho inscritas a los matrimonios en cuanto al régimen sucesorio contenido en el Derecho Civil foral.

Establece que «a los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas. Así, en relación con el régimen sucesorio y en función del Derecho Civil foral aplicable en cada caso: 1. Podrán pactar que a la muerte de uno de ellos el otro pueda conservar en usufructo la totalidad de los bienes comunes; 2. Podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad, pudiendo ser revocado o modificado por los miembros de la pareja; y 3. Podrán nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio». De este modo se equiparan los derechos de convivientes y cónyuges en la sucesión voluntaria de la pareja.

Como resultado de dicha equiparación en la sucesión forzosa y en la sucesión *ab intestado*, puede afirmarse que:

de un lado, se reconoce al conviviente los derechos legitimarios, previstos para el cónyuge sobreviviente, en el art. 58.1 Ley 3/1992: el derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, si concurre con descendientes o ascendientes; y en defecto de estas personas, el derecho al usufructo de dos tercios de todos los bienes.

De otro, en la sucesión *ab intestado*, el art. 69 de la Ley 3/1992 establece que a falta de descendientes y ascendientes sucederá el cónyuge viudo con preferencia a los colaterales, en todos los bienes no troncales; el mismo derecho tendrá el conviviente superviviente.

Ya en el ámbito de los derechos o beneficios familiares que se originan con la muerte de uno de los miembros de la pareja, el art. 6.2 c) de la Ley 2/2003 reconoce «el derecho del superviviente, en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes, cuando existiese convivencia y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio». Este beneficio no se halla previsto en términos similares a favor del conviviente superviviente.

3.1.6. ANDALUCIA. Los derechos del conviviente superviviente en la ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de Andalucía

La Ley andaluza contiene una única previsión relativa la cuestión que nos ocupa: el art. 13 de la Ley, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho,

establece que «en el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año».

Se trata de una norma de contenido claramente civil que establece un efecto para después de la muerte de uno de los convivientes a favor del sobreviviente, aunque no es propiamente una norma sucesoria.

3.1.7. La falta absoluta de derechos sucesorios en el resto de leyes autonómicas

Las leyes que se indican a continuación no reconocen ningún derecho sucesorio, ni ningún beneficio familiar a favor del conviviente sobreviviente tras la muerte de su pareja:

- Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho;
- Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de hecho de la Comunidad de Madrid;
- La Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables;
- Ley canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho;
- Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho; y
- La Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho.

3.1.8. La cuestión fiscal: la equiparación al matrimonio a efectos del impuesto de sucesiones

El artículo 31 de la **Ley catalana 25/1998**, modificado por el art. 9.1 de la Ley 31/2002 indica que los miembros de las uniones estables reguladas por la Ley 10/1998 se asimilan a los cónyuges a los efectos del impuesto de sucesiones y donaciones. Por lo que en materia fiscal, se puede afirmar que a estos efectos existe una equiparación absoluta entre convivientes y cónyuges.

El art. 18 de la **Ley aragonesa 6/1999**, de 26 de marzo, establece que «los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, **que no tengan carácter tributario**, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada»

El art. 12 **Ley 6/2000 de Navarra** regula que «los miembros de una pareja estable son considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones» y realiza las modificaciones oportunas a las Normas para la exacción de los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados aprobadas por la Diputación Foral Navarra el 10 de abril de 1970.

El art. 9 **Ley valenciana 1/2001**, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho dicta «los derechos y obligaciones establecidos en la normativa valenciana de Derecho Público serán de aplicación a los miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios».

La D.F.2ª de la **Ley balear 18/2001**, de 19 de diciembre dispone «la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el marco de sus competencias normativas, regulará por ley el tratamiento fiscal específico para los miembros de las parejas estables previstas en esta norma y **equipará su régimen**, en la medida que sea posible, al de los cónyuges»

El art. 9 **Ley 11/2001**, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la **Comunidad de Madrid** dice «los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho Público para los miembros de parejas que hayan contraído matrimonio, serán de aplicación a los miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios».

La **Ley 4/2002**, de 23 de mayo, de parejas estables del Principado de **Asturias** no dedica ningún precepto a esta cuestión.

El art. 20 de la **Ley andaluza 5/2002**, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho ordena que «a los efectos tributarios y beneficios fiscales en el régimen tributario y fiscal autonómico, la convivencia por unión estable de una pareja se **equipará** al matrimonio siempre que la misma y su acreditación reúnan los requisitos previstos en esta Ley».

El art. 12 **Ley 5/2003**, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de **Canarias**, dispone que «los derechos y obligaciones establecidos en la normativa de Derecho Público de la

Comunidad Autónoma de Canarias, serán de aplicación a los miembros de la pareja de hecho, especialmente en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios. Lo anterior no será de aplicación a la tributación conjunta respecto al tramo autonómico del IRPF».

El art. 13 **Ley 5/2003**, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la **Comunidad Autónoma de Extremadura** prevé que «los miembros de una pareja de hecho serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal autonómica a los efectos de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones».

El art. 10 **Ley vasca 2/2003**, de 7 de mayo dispone que «se otorgará, en el marco de las competencias normativas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el **mismo tratamiento fiscal** a las parejas de hecho unidas por matrimonio».

La D.A.4ª de la **Ley cántabra 1/2005**, de 16 de mayo, modifica el apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Cantabria 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado, para asimilar los cónyuges a los componentes de las parejas de hecho inscritas a los efectos de reducciones de la base imponible en las adquisiciones *mortis causa*.

3.2. La anomia en el ámbito estatal. Las soluciones jurisprudenciales

El conviviente supérstite carece de derechos sucesorios legales en el Código Civil español.

Así, no se contempla expresamente la sucesión del conviviente en las normas relativas a la sucesión intestada (arts. 912 CC). Además, hasta la fecha, los tribunales no han optado por considerar la posibilidad de la aplicación analógica del art. 944 CC —analogía *legis*— que llama al cónyuge a la sucesión abintestato, en defecto de descendientes y ascendientes, en la sucesión del conviviente supérstite, que algunos autores defienden sobre la base de la identidad entre las situaciones de matrimonio y convivencia extramatrimonial³³. Tampoco se ha atendido hasta ahora a una interpretación extensiva del concepto de cónyuge —analogía *iuris*,

33 Aunque, como se verá más adelante, otras normas matrimoniales sí han sido aplicadas por los Tribunales a las uniones de hecho con base en el procedimiento de la analogía *legis*.

aunque es ésta otra de las soluciones que ha propuesto la doctrina para otorgar al conviviente supérstite los mismos derechos sucesorios que ostenta el cónyuge³⁴.

De igual manera, en la sucesión forzosa, el Código Civil español no otorga expresamente derecho a la legítima al conviviente sobreviviente. Y en el mismo sentido antes visto, el derecho a la legítima que la ley reconoce al cónyuge (arts. 807.3 y 834 y ss CC) no se aplica por analogía al conviviente, ni parece que pueda derivarse de una interpretación extensiva de la norma a favor del mismo.

Por otra parte, el Código Civil no contiene ninguna limitación o prohibición en cuanto a la posibilidad de disponer voluntariamente para después de la muerte a favor del conviviente, por lo que es válida la institución de heredero o el otorgamiento de legados en su favor. Aunque en la práctica la discriminación de trato legal entre el cónyuge y el conviviente sobreviviente en la sucesión testamentaria se ha concretado en un distinto trato fiscal, cuestión hoy resuelta en buena medida y a la que ya nos hemos referido en páginas anteriores.

Ante la falta de regulación legal en el ámbito estatal, es preciso efectuar un análisis de las soluciones jurisprudenciales más recientes relativas a esta materia que nos informe sobre los instrumentos empleados por los tribunales en la búsqueda de la justicia material del caso concreto.

Como cuestión previa se ha de advertir que el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a los homosexuales derivado de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, replantea el debate sobre la utilidad y eficacia de la regulación de las uniones estables de pareja homosexuales y heterosexuales, y muy especialmente, sobre la conveniencia de que exista un régimen jurídico propio paramatrimonial.

La reforma no supone derogación ni modificación de la legislación autonómica, no obstante, es de prever que en la práctica convierta en inefectivos los regímenes jurídicos específicos de la unión homosexual porque una parte de los que antes de la modificación optaban por la constitución de la unión, luego de la reforma preferirán contraer matrimonio. Con todo, dichos regí-

34 Como proponen algunos autores. Ver por todos, Agustín ROMERO PAREJA, «Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales», *LA LEY*, núm. 5757, 9 de abril de 2003, págs. 3 y ss.

menes jurídicos seguirán siendo aplicables a los convivientes que opten por no contraer matrimonio, y en algunos casos, en aquellas relaciones que carezcan de los requisitos legales exigidos.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede afirmar que, en tanto que núcleo familiar, la pareja estable es, sin duda, acreedora de la protección a la familia que enuncia la Constitución Española y en este sentido, desde luego, debe ser objeto de una adecuada regulación³⁵, que no resulta en la medida en que sería deseable, de la normativa vigente. Y es que, a pesar de que en muchos efectos —en la esfera civil, fiscal y de función pública— se equiparan las uniones estables al matrimonio, sobre la base en los principios de igualdad y de no discriminación, en absoluto se extienden a las uniones estables todas las medidas previstas por nuestro ordenamiento para la protección de la familia matrimonial. Probablemente porque hasta el momento, el legislador se ha preocupado en mayor medida por proporcionar a esta institución un régimen jurídico específico que acabe con las lagunas legales existentes en la materia, que por cumplir con el mandato constitucional de asegurar la protección de la familia en estos modelos de convivencia.

La resolución del conflicto de leyes que han de aplicarse a una unión estable de pareja ha de solucionarse acudiendo a la analogía, a la norma de conflicto establecida en el art. 9 CC. Pues bien, cuando, de acuerdo con el criterio determinado en este precepto resulta aplicable una determinada ley autonómica que otorga unos concretos efectos jurídicos a esta unión, desde luego, deberán serles reconocidos.

El problema se plantea cuando a una determinada unión, atendiendo dicha norma de conflicto, no le es aplicable ninguna de las leyes autonómicas vigentes que contienen un estatuto jurídico especial para esta institución; y cuando la ley que resulta aplicable no regula los efectos de la unión, en lo que al ámbito del derecho privado se refiere, o regula sólo algunos. De for-

35 En este sentido, el Consejo General del Notariado propone «fijar las condiciones, requisitos y forma de los contratos que permitan reconocer a estos ciudadanos los derechos que se derivan de una convivencia ordenada, como son el derecho a heredar con preferencia a otros y con las mismas exenciones y bonificaciones que los demás; el derecho a un tratamiento civil y fiscal adecuado de la vivienda que comparten; a visitas hospitalarias; a pensiones e indemnizaciones; a recibir protección en caso de violencia doméstica; a hacer la declaración de la renta conjunta y a la supresión de legítimas salvo que sean a favor de menores e incapaces, entre otros.» En línea: <http://www.westlaw.es/westlaw/aldia?pet...OTICIA&idNoticia=1065513656753&wid=NONE> (Última consulta: 2 de enero de 2006).

ma que, cuando se plantea un conflicto concreto, no existe una previsión legal en orden a los efectos jurídicos —y en lo que aquí interesa, a los efectos civiles— de dicha unión.

La primera cuestión que se suscita, en este caso, es la de si estamos ante una verdadera laguna de ley o si, por el contrario, la falta de regulación legal, y más concretamente, la falta de atribución de efectos civiles a la unión, responde a la voluntad del legislador central —o autonómico, en las comunidades que no han regulado la institución o han optado por otorgarle solamente beneficios de carácter público— de no atribuir dichos efectos jurídicos a las uniones estables, en otras palabras, responde a la voluntad de legislador de «respetar el libre albedrío», como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de diciembre de 1994³⁶. Desde luego, esta última resulta la interpretación que mejor se acomoda al hecho de que pudiendo otorgar efectos jurídicos a una relación, se opte por no hacerlo.

Pero es innegable que los Tribunales que conocen de los conflictos originados en el seno de las uniones estables, que surgen prácticamente siempre con motivo de la disolución o ruptura de la convivencia por muerte o voluntad unilateral, vienen reconociendo sistemáticamente algunos efectos jurídicos a estas uniones, como también excluyen otros efectos de forma sistemática³⁷. Así:

36 La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1994 dicta así: «La inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad a establecer una situación de facto a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio y de quien, también pudiendo a partir de determinada fecha, no quiere la ruptura de un vínculo anterior. ...»

37 En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 afirma que más allá de la simple «analogía legis» y extrayendo razones del entramado jurídico del Ordenamiento, según una auténtica operación de «analogía iuris»... es preciso acudir a los principios generales del derecho... En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de Oct. 1994, dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 Dic. 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade que no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente

Existe reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la aplicación analógica del régimen económico matrimonial a la unión de hecho. No surge, por tanto, comunidad de bienes sin pacto previo de los convivientes³⁸. Sin perjuicio de lo anterior, se admite la posibilidad de que los convivientes pacten expresa o tácitamente su voluntad de someterse a reglas equivalentes a las de un determinado régimen matrimonial. Entonces, pueden someterse, por ejemplo, al régimen de sociedad de gananciales y hacer comunes las ganancias.

Con todo, el Alto Tribunal trata de evitar que la relación de hecho —concretamente la ruptura de la convivencia— pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes. En multitud de sentencias se reconoce a uno de los convivientes, tras la ruptura de la relación, el derecho a percibir una indemnización sobre la base de la doctrina del enriquecimiento injusto³⁹. Aunque recientemente, de modo definitivo tras las Sentencias de

perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de las normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el CC (el propio art. 96) y la L. 29/1994, de 14 nov., de Arrendamientos Urbanos (cuyo art. 16.1b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del TC y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado».

38 En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2003 dispone que «en el caso presente, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirán iguales (art. 393, segundo párrafo, CC) pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es esta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa —siempre en relación con el caso presente— llegar al absurdo de entender que una de las partes —la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala— deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales.»

39 Puede verse, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992, que afirma que «una reiterada doctrina jurisprudencial tiene reiterado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio... En cuanto al primer requisito, ha de reconocerse como, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el señor B durante los años de convivencia con la señora M. Se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que los de hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la señora M. Hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no

27 de marzo y 5 de julio de 2001, el Tribunal Supremo varía su argumentación. Sostiene que «si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base a la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente considera más adecuada la aplicación analógica del artículo 97 del CC»⁴⁰. De modo que la indemnización se concede sobre la base del nacimiento del derecho del conviviente a una pensión compensatoria.

También en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha atribuido otro efecto propio del matrimonio a las uniones estables. Mediante la aplicación de principios generales del derecho ha obtenido el resultado de la asignación del uso de la vivienda familiar a la parte conviviente más débil, como medio para evitar un desamparo, atendiendo al interés más digno de protección⁴¹.

retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes enunciados, ya que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la señora M. Y el beneficio reportado al señor B. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal «a quo», porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en la forma que está probado lo vino realizando la señora M. Es evidente, por último, que no existen precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa...»

40 La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001 dispone: «ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho...no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino como destacó la referida sentencia más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy hábil, por cierto, dada la ausencia de regulación al respecto. Pues bien, ante tal anomia, ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho «more uxorio» encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, son algunos efectos recogidos para las sentencias de separación y divorcio por el Código Civil, y así su art. 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero».

41 En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 atribuye el uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje, asignado a la vivienda al conviviente perjudicado por la situación de hecho, explicando que se trata de una situación «de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por la ley. Ni, desde luego, por la costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 CC y matiza el ap. 4 del mismo artículo...»

También como resultado de la aplicación del principio de protección al conviviente perjudicado, la STS de 17 de enero de 2003 reconoce a la conviviente que había convivido aproximadamen-

En aplicación del mismo principio general, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003, aunque sin admitir que atribuya al conviviente sobreviviente derecho sucesorio alguno⁴², reconoce a favor del mismo una indemnización fijada en la cuarta parte de todos los bienes propiedad del conviviente premuerto, que viene a añadirse a la cantidad de cuatro millones que ya tenía percibida, al derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar y al derecho a la utilización vitalicia de la vivienda familiar⁴³.

La cuestión de los derechos sucesorios entre convivientes bien podría tener un desenlace similar al que se ha producido en sede de derecho a la subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda. Ciertamente, la STC 222/1992, de 11 de diciembre, decidió la inconstitucionalidad del artículo 58.1 LAU de 1964, «en la medida que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido», con base en una interpretación amplia del término «familia» del art. 39 CE⁴⁴, y cuestionando que en caso de matrimonio el cón-

te 20 años con el demandado el derecho a una indemnización que alcanza un tercio de los bienes adquiridos por aquél.

Puede verse una crítica a los argumentos de estas decisiones del TS en Manuel PULIDO QUERERO, «El principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho: ¿un nuevo principio general del derecho?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 568, 6 de marzo 2003, págs. 6-7.

42 Afirma la Sentencia de 17 de junio de 2003 que «la comunidad de vida, o el haber gozado de una consideración social y material equiparada a la de su compañero, no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del señor C., que genera una obligación resarcitoria ya nacida en la vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada.»

43 Puede verse el comentario de esta Sentencia de Marta PEREZ ESCOBAR, «Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003», *Actualidad Civil*, 2004-1, págs. 740-748.

44 En esta línea la STC 222/1992 afirma que «nuestra Constitución no ha identificado el término familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otras (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar...»

yuge deba recibir un trato más beneficioso que el que merece el conviviente de una unión de hecho, cosa que atentaría contra el principio de igualdad⁴⁵. Con la declaración de inconstitucionalidad se equiparan los derechos de cónyuges y convivientes en lo que se refiere a la subrogación en la vivienda arrendada, equiparación que hoy queda recogida en el art. 16.1 b) de la LAU de 1994, que contempla como beneficiario de la subrogación *mortis causa* a «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso, bastará la mera convivencia».

Asimismo, resulta especialmente relevante el Fundamento Jurídico Cuarto, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001 tras conceder a uno de los miembros de la unión estable de pareja, con motivo de la disolución por ruptura de la relación de la misma, el derecho a la pensión compensatoria por aplicación analógica del art. 98 CC, el Tribunal Supremo afirma:

«de no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del art. 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identi-

45 En este sentido dispone la STC 222/1992 que «sin duda que la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el Ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio...Cuestión ya distinta es, sin embargo, si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del Ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja...esta pregunta no admite respuestas radicales o genéricas, pues tan cierta es la relevante diferenciación de partida entre unas situaciones y otras (matrimoniales y no matrimoniales) como la imposibilidad de zanjar toda duda al respecto con el argumento de que cualquiera ha de asumir las consecuencias, favorables y desfavorables, de no haber ejercido el derecho a contraer matrimonio».

dad de razón...Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el art. 14 de la Constitución, precepto fundamental en cuanto garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre».

A otros efectos, en cambio, se mantiene la improcedencia de la aplicación analógica de la normativa matrimonial. De especial relevancia resulta la cuestión relativa al derecho del conviviente de percibir a la muerte de su pareja, una pensión de viudedad. En este sentido ha de recordarse que el artículo 174 de la Ley de la Seguridad Social de 1994, atribuye este derecho al cónyuge superviviente y la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica el Código Civil, otorga este derecho a quienes no pudieron contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente; más allá de esta norma transitoria, no existe ninguna referencia a la posibilidad de que el conviviente goce de este beneficio.

Sobra decir que la mayoría de la doctrina aboga por la necesidad de atribuir este derecho a los convivientes. Sin embargo, basándose en argumentos constitucionales analógicos o de interpretación conforme a la realidad social, el Tribunal Constitucional ha sostenido de forma reiterada (Sentencias 184/1990, 29, 30, 31, 35 y 38/1991; 77/1991; y 66 y 123/1994, entre otras) la constitucionalidad de la norma y la improcedencia de aplicar, en este caso, por analogía la normativa relativa al matrimonio⁴⁶.

3.3. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL

Cualquier propuesta de regulación de la materia pasa necesariamente por plantear el fundamento o justificación del reconocimiento en cada caso

46 Aunque existen sendos Votos particulares a la STC 184/1990 formulados por el Magistrado GIMENO SENDRA y LÓPEZ GUERRA. En el primero defiende la aplicación del art. 160 LGS al conviviente superviviente, por identidad de razón con la situación del viudo; y en el segundo, se aboga por la inconstitucionalidad de dicho precepto por vulnerar el principio de igualdad.

de los distintos derechos que las leyes otorgan a una persona en la sucesión de otra. Básicamente en la sucesión intestada y en la forzosa o legitimaria. Resulta del mismo modo esencial la determinación y correcta valoración de los principios generales del derecho que se desprenden de nuestro ordenamiento y que han de regir esta materia; muy especialmente el principio de protección a la familia y el principio de igualdad o no discriminación.

Básicamente se trata de decidir si conviene equiparar los convivientes a los cónyuges a efectos de los derechos sucesorios que puedan serles reconocidos o si, por el contrario, han de ser objeto, en mayor o menor medida, de un trato diferenciado.

Partimos de la base de que el fundamento de la sucesión intestada del cónyuge superviviente se encuentra en la existencia de un vínculo de convivencia basado en una relación de afectividad. Así se desprende del art. 945 CC que excluye al cónyuge de la sucesión intestada en los supuestos de separación judicial o de hecho. En el mismo hecho se basa la atribución de la legítima al cónyuge que efectúa el art. 834 CC, según el cual es condición para la atribución de la misma que los cónyuges no se hallen separados al tiempo de la muerte. Es precisamente la existencia de esta relación la que permite presumir que la voluntad del causante en cuanto al destino de su patrimonio para después de su muerte tomaría en consideración al sobreviviente. Del mismo modo puede hablarse de la existencia de un sentimiento de deber hacia las personas más próximas y de respeto a sus expectativas sucesorias⁴⁷.

La identidad de razón entre la sucesión del cónyuge y del conviviente superviviente es indiscutible porque el fundamento para la misma es idéntico: la existencia de una relación de convivencia basada en una relación de afectividad al tiempo de la muerte del causante. De ahí que la falta de derechos sucesorios *ab intestato* del conviviente sobreviviente resulte una situación ilógica imposible de justificar.

En este sentido, el principal argumento con el que la doctrina contraria a la equiparación de los derechos sucesorios del conviviente respecto al cónyuge sobreviviente defiende su posición, el de que los convivientes al rechazar el vínculo matrimonial renuncian a los derechos que derivan de la existencia de este vínculo, aunque con toda probabilidad pueda resultar válido con

47 En este sentido Marta PEREZ ESCOBAR, «Derechos sucesorios del conviviente superviviente. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003», *Actualidad Civil*, 2004-1, pág. 745.

relación a otros efectos jurídicos, no alcanza a los efectos sucesorios que, como se ha dicho, no dependen de la existencia de matrimonio, sino de la existencia de una relación de convivencia y afectividad al tiempo de la muerte del causante, y guardan una estrecha relación con los intereses familiares y, por ende, con la protección a la familia que deben garantizar los poderes públicos también respecto las familias no basadas en el matrimonio.

En conclusión, en nuestra opinión, todo apunta a la necesidad de que *de lege ferenda* se equiparen completamente los derechos sucesorios legales entre cónyuges y convivientes, tanto respecto la sucesión legal o forzosa como en la intestada.

Dicha equiparación ha de abarcar, también, los beneficios viudales previstos por la ley como efectos *ex lege post mortem* del matrimonio, que se fundamentan de igual modo en la existencia de la convivencia al tiempo de la muerte del causante; esto es, el derecho de predetracción que el art. 1321 CC atribuye al cónyuge sobreviviente sobre las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la familia.

Desde luego que el reconocimiento al conviviente de idénticos derechos que el cónyuge habrá de ir acompañado de una revisión completa de cuantas normas de derecho sucesorio toman en consideración al cónyuge, a cualquier efecto, que ha de tender a eliminar diferencias hoy subsistentes. Así, sin ánimo de exhaustividad, habría que revisar las normas relativas a las reserva hereditaria viudal (art. 968 CC) que, en caso de considerarse conveniente su subsistencia, deberían otorgar igual trato al conviviente sobreviviente que al cónyuge viudo: de un lado, la prohibición de disponer del cónyuge viudo debería hacerse extensiva al conviviente sobreviviente; y de otro, habría de operar no sólo cuando el cónyuge viudo contrae nuevo matrimonio sino también cuando pasa a convivir maritalmente con otra persona⁴⁸. Del mismo modo, sería conveniente modificar el art. 959 CC relativo a las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, extendiéndolas a la conviviente sobreviviente embarazada al tiempo de extinción de la relación de convivencia. Y convendría hacer una referencia expresa a la nulidad de la disposición a favor de la pareja de hecho del o de la Notario autorizante del

48 Puede verse un análisis de la discriminación que genera esta figura en la regulación vigente del Código Civil en Matilde CUENA CASAS, «Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio», *LA LEY* n° 6210, 15 de Marzo de 2005, Ref. D.62, págs. 9-10.

testamento (art. 754 CC); a la condición de indigno para suceder del condenado por atentar contra la vida del conviviente del testador (art. 756.2 CC); y a la validez de la condición impuesta al conviviente instituido heredero o legatario de no contraer matrimonio o no convivir de forma marital con otra persona (art. 809 CC).

4. DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE EN LA LEY CATALANA DE ACOGIMIENTO PRIVADO DE PERSONAS MAYORES (LLEI 22/2000, DE 29 DE DICIEMBRE)

Antes de entrar en el tema se hace necesario fijar los términos del debate. De una parte, como se ha hecho respecto de los derechos que se prevén para las uniones heterosexuales y homosexuales, conviene hacer una relación, siquiera breve, de determinados efectos que se vinculan a la extinción del pacto de acogimiento por muerte de una de las partes, de otra —que es el tema que nos ocupa— los derechos, propiamente de carácter sucesorio en caso de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas. También, interesa referirse a las *cuestiones de política legislativa* que al respecto se suscitan.

4.1. Acogimiento privado de personas mayores

La figura del acogimiento de las personas mayores y/o discapacitadas⁴⁹ es conocida en la mayor parte de derechos autonómi-

49 El término «discapacidad» se ha introducido, recientemente, en el vocabulario jurídico a través de diferentes leyes tanto autonómicas como estatales (así, vid. la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del código civil, de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*; BOE núm. 277, de 19 de noviembre) para hacer referencia a aquellas personas que padecen alguna anomalía física o psíquica que, en la mayoría de los casos, implica la dependencia de otra persona u otras personas, pero que no necesariamente supone falta de capacidad o incapacitación, si bien estos supuestos también quedarían comprendidos en el término «discapacidad».

El término «discapacidad» ha sido definido por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) como «*término relativo a déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Denota los aspectos negativos de la interacción entre el individuo con una condición de salud y su entorno (factores contextuales y ambientales)*». Ahora bien, desde 1980, la misma OMS ha sustituido este término por el de «*limitación en la actividad*» al ser considerado el primero como término peyorativo. Por esta nueva expresión entiende «*las dificultades que un individuo puede tener en la ejecución de sus actividades. Una limitación*

cos, en su vertiente de servicio social a prestar por las respectivas administraciones públicas⁵⁰.

Junto a este tipo de acogimiento que se regularía principalmente desde el derecho público⁵¹, se encuentra, también en alguna legislación autonómica, la figura del acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas que se contempla desde la vertiente privada (como contrato de carácter civil). En el presente trabajo tomamos como referencia la regulación civil que hace la *Llei*

en la actividad puede ser leve o grave en términos de cantidad o de calidad en la ejecución de la actividad, en la extensión, en la intensidad esperada en relación con una persona sin esa condición de salud» (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación internacional del funcionamiento, discapacidades y estados de salud*, 54ª Asamblea mundial de la salud, Ginebra, 2001, ed. IMSERSO, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 11 ss). Así, «discapacidad» es una expresión más amplia, al comprender más supuestos que las respectivas voces jurídicas «incapacidad», «falta de capacidad» o «incapacitación» (al respecto, vid. el *Llibre blanc de la gent gran amb dependència*, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar social, 2002, 22).

También, Jaume RIBALTA I HARO/ Esther ARROYO I AMAYUELAS, «Dels donats als acollits. La Llei 22/2000, d'acolliment de persones grans» en Antoni VAQUER I ALOV, *El dret privat del Pallars Sobirà*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2001, 69, nota núm. 108. A pesar de lo incorrecto de la expresión, desde un punto de vista jurídico, utilizaremos el término referido por ser el utilizado por la ley que analizamos.

50 Iván JIMÉNEZ-DYBAR, «El acogimiento familiar de ancianos. Nuevas líneas de la política familiar: alternativas a la institucionalización de los mayores», V. 3, núm. 2, 2001, <http://www.geriatrianet.com> (fecha consulta: 16 de noviembre de 2005).

51 Vid. entre otras normas autonómicas, *Ley 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano, modificada por Ley 2/1998, de 26 de noviembre y por Ley 18/1999, de 31 de diciembre y por Ley 6/2003, de 30 de diciembre* (Asturias, BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2004), *Llei 11/2001, de 13 de julio, d'acolliment familiar de persones grans* (Cataluña, DOGC núm. 3437, de 24 de julio de 2001), *Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores* (Navarra, BO Navarra de 13 de diciembre de 2002), *Decreto 318/2003, de 26 de junio de la Conselleria de asuntos sociales, empleo y relaciones laborales* (Galicia) que regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores y personas con discapacidad (DO. Galicia núm. 145, de 29 de julio de 2003), *Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores* (BOJA, núm. 84, de 29 de julio de 1999, Boletín oficial de la Junta de Andalucía), *Decreto 23/2004, de 3 de febrero, por el que se regula la protección jurídica a las personas mayores* (BOJA, núm. 25 de 6 de febrero de 2004), *Orden 52/2005, de 26 de enero, de la Consejería de Familia y de Asuntos Sociales por la que se regula la concesión de ayudas individuales para el acogimiento familiar de personas mayores* (BOCM núm. 29, de 4 de febrero de 2005, Boletín oficial de la Comunidad de Madrid).

Recientemente, en la doctrina, vid. Antonio M. ROMÁN GARCÍA, «Consideraciones básicas de la normativa autonómica sobre tutela de personas mayores» en Domingo BELLO JANEIRO / Carlos MALUQUER DE MOTES I BERNET, *La tutela de las personas mayores*, Santiago de Compostela, 2004, págs. 71 ss.

22/2000⁵², de 29 de diciembre, *d'acolliment de persones grans*, que es la única en la que se regula desde el ámbito privado⁵³.

El contrato de acogimiento, tal y como está regulado en la Ley catalana, se define como el pacto entre quien va a ser acogido y el acogedor por medio del cual se establece una relación de convivencia entre ambos, convivencia que se ha de producir en la misma vivienda habitual, que tiene por finalidad procurar la subsistencia y asistencia del acogido por parte del acogedor y la creación de una situación de trato entre ambas partes similar a la parental, a cambio de un precio (cesión de bienes y otras obligaciones) (art. 1.1. LAPG). El pacto de acogimiento de personas mayores es un contrato bilateral, oneroso conmutativo, *intuitu personae* (fundado en la confianza) y de tracto duradero. El acogimiento exige que las partes no estén unidas por el vínculo de parentesco entre ellas hasta el segundo grado (art. 3. 1 LAPG), a partir del tercer grado de parentesco (tíos — sobrinos; bisnietos — bisabuelos) cabe el acogimiento.

Puede ser acogida a partir de la edad de 65 años bien por razón de su edad, bien por su discapacidad física o psíquica o por requerir atenciones especiales, una persona, una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental. (arts. 1.1 y 2 y 3. 2 y 3 LAPG). Puede acoger una persona o una pareja casada o unida de manera estable, más joven que la parte que se acoge si es un acogimiento por razón de edad, y que, en su caso, haya obtenido la declaración de idoneidad de la administración (arts. 1, 2 y 3 LAPG)⁵⁴.

Para este contrato de acogimiento, además de lo que puedan acordar las partes, prevé la ley un contenido mínimo *inter vivos* y ciertos efectos a la hora de su extinción por causa de muerte, efectos entre los que debe distinguirse los sucesorios de los no sucesorios.

52 DOGC núm. 3304, de 12 de enero, corrección de errores en DOGC núm. 3304, de 4 de diciembre de 2002. Abreviada como LAPG.

53 Catalunya es la única Comunidad Autónoma en la que existe una doble regulación de este acogimiento. De una parte, la Llei 22/2000, que es la que se analiza en la presente comunicación, primera en el tiempo, y la Llei 11/2001, de 13 de julio, titulada «*d'acolliment familiar de persones grans*» en la que se norma desde el punto de vista social. Mientras la primera Llei se aprobó a iniciativa del Departament de Justicia, la segunda lo fue por el Departament de Benestar Social.

54 Para el estudio general de este acogimiento M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA «*L'acolliment de persones grans*» en *Parelles heterosexuales i homosexuals, Ajuda Mutua, Acolliment de persones Grans*, SOLÉ RESINA, (Coordinadora) y Maria YSÀS, Barcelona 2005, págs. 137 a 183.

4.2. Efectos de la extinción del pacto de acogimiento por muerte

Las previsiones que hace la *Llei 22/2000*, se contienen en los arts. 7, 8 y 9 y se centran en las siguientes cuestiones: la vivienda, el nacimiento de una obligación a cargo de la herencia y la sucesión por causa de muerte. Contrasta esta regulación con la que se hace en la *Ley Foral 34/2002, de Navarra* sobre acogimiento familiar de personas mayores (LFAPM), en la que no se prevén efectos sucesorios y para los demás, se dispone que «se estará a la voluntad expresada por las partes en el pacto de acogimiento» (art. 11.1 LFAPM).

4.2.1. Vivienda y ajuar doméstico

Las previsiones legales, en este ámbito, se contienen en el artículo 7 LAPG, al que se titula «Efectos de la extinción respecto a la vivienda». La regulación que se ofrece, en cierta medida, es paralela a la estudiada respecto de las uniones no matrimoniales. Se ha de recordar que si acudimos a los antecedentes legislativos⁵⁵ de la LAPG, descubrimos que, en realidad, la regulación de este tipo de acogimiento formaba parte de una ley más amplia que pretendía normar todas las situaciones de convivencia diferentes del matrimonio y en la que se concedían derechos sucesorios⁵⁶. De dicha ley, por razones de oportunidad política, se desgajó la *Llei 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella*, que otorga derechos sucesorios en caso de uniones estables homosexuales (arts. 34-35 LUEP) —como se estudió en el apartado anterior— derechos similares a los que se atribuyen en caso de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas, y también regula, como se vio, otros efectos derivados de la extinción de la unión por muerte de uno de los miembros de la pareja. Posteriormente a aquella, vio la luz la *Llei 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua*⁵⁷ que no confirió derecho sucesorio alguno a los convivientes pero sí ciertos efectos para después de la muerte —que se comentan en el apartado

55 Vid los que se citan más adelante en este texto.

56 *Projecte de llei sobre relacions de convivència diferents del matrimoni* (BOPC, Boletín oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 242, de 30 de diciembre de 1997) cuyo capítulo IV, en los arts. 39-45, se refería al acogimiento de personas mayores.

57 *DOGC* núm. 2801, de 8 de enero de 1999. Abreviada como LSCAM.

siguiente — y, en último término, en el año 2000, se publica la ley en estudio, la LAPG, que atribuye determinados efectos derivados de la extinción del pacto por muerte y ciertos derechos sucesorios.

En relación a la vivienda y al ajuar doméstico, conforme a esta normativa se han de distinguir diferentes situaciones (art. 7 LAPG):

1. *Fallecimiento de la parte acogida propietaria de la vivienda.* La parte acogedora tiene derecho a seguir viviendo en la misma en la que se desarrolló la convivencia y hacer uso del ajuar de la casa durante un año que empieza a computarse a partir del momento del fallecimiento (art. 7.1 LAPG).

2. *Fallecimiento de la parte acogedora que es propietaria de la vivienda.* Si la parte acogedora era la propietaria de la vivienda se concede el derecho, a la parte acogida, a continuar viviendo en la misma y utilizar el ajuar de la casa durante un año (art. 7.3 LAPG).

En ambos casos, debe entenderse que la propiedad de la vivienda pasará a los herederos de la parte acogida o acogedora fallecida con la carga del derecho de habitación legal a favor de la parte acogedora o acogida.

El derecho, en cierta medida, recuerda al «any de plor», pero, en este caso, bastante lejanamente ya que no se establece derecho de alimentos alguno a favor de la parte superviviente, pues lo único en lo que se asemeja es en el derecho de habitación legal, en el que se comprende el uso de los bienes que componen el ajuar doméstico, un uso que no es un nuevo derecho sino que está integrado (forma parte) en el de ocupación de la vivienda.

3. *Fallecimiento de la parte acogida o acogedora titulares de un arrendamiento.* En este caso, no se prevé ninguna norma especial. El legislador ha optado por hacer una remisión a lo que dispone la legislación en materia de arrendamientos urbanos (art. 7.2 LAPG). A tenor del art. 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo pueden subrogarse en el contrato a la muerte del arrendatario, el cónyuge, el conviviente que lo fuera en relación análoga de afectividad, los descendientes, los ascendientes, los hermanos y las personas que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento. Teniendo en cuenta los requisitos personales para celebrar el contrato de acogimiento, únicamente en el último de los casos enunciados (la minusvalía más ser pariente en tercer grado) es posible que tenga lugar la subrogación, si además la convivencia al menos ha durado dos años.

La decisión de remitir a la normativa de arrendamientos contrasta si se compara esta situación de acogimiento de personas mayores con la regulación de otras situaciones de convivencia (art. 6 LSCAM).

4.2.2. *El reequilibrio patrimonial de las prestaciones contractuales post mortem*

Dispone el artículo 9 LPAG que, en los casos en que se haya producido una notable desproporción entre las prestaciones asistenciales y económicas de la parte que acoge en interés de la acogida, respecto de las compensaciones, tanto por actos *inter vivos* como por vía sucesoria, que aquellas hayan recibido de éstas, la parte acogedora tiene derecho a reclamar una indemnización económica a los herederos de las personas acogidas. El derecho reconocido consiste en un crédito a reclamar una suma de dinero; una única suma de dinero no una pensión.

Este crédito, jurídicamente tiene la consideración de *carga hereditaria*, los herederos responden siempre, con el límite del patrimonio hereditario. La norma prevé las vías a través de las que se puede determinar el derecho:

- a) por un acto de autonomía privada: acuerdo entre acreedor (el acogedor) y el deudor (los herederos del acogido);
- b) acudiendo al arbitraje: realmente, a pesar de la dicción legal, no se trata aquí de un auténtico arbitraje sino que lo que se quiere indicar es que puede acudir a una tercera persona que sea la quien lo fije, o
- c) dejando que sea la autoridad judicial la que lo haga.

Asimismo se enuncian los *criterios* de cuantificación que se han de tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización y que son: a) Los pactos de las partes; b) Los medios económicos de la parte acogedora; c) El montante económico de la contraprestación que efectuó el acogido; d) El tiempo que haya durado la convivencia, y e) El montante del patrimonio hereditario del acogido.

La acción para reclamar el reconocimiento de este derecho está sometida, según la ley, a un plazo de prescripción de un año a contar de la muerte de la persona acogida.

Mediante este derecho se pretende, de alguna manera, corregir la posible desproporción económica que se haya podido producir a consecuencia de la duración, generalmente y de las circunstancias en las que se ha desarrollado el acogimiento. El pacto de acogimiento delimitado en la ley es claramente oneroso (arts. 1. 1 y 6.4 LAPG) y se elimina toda posible contingencia que implique aleatoriedad

Este derecho se reconoce únicamente a la parte acogedora, no exige, en inicio, que el acogimiento haya tenido una duración determinada, como sucede con respecto a los derechos sucesorios (para los que se requiere que la convivencia haya durado un mínimo de 4 años, arts. 8.1 y 9.1 LAPG) y, literalmente, según el precepto, únicamente opera en el caso de sucesión testada de la parte acogida.

Se plantea la duda acerca de si, pese a la presentación legal de este derecho, puede extenderse a los casos en que la sucesión sea intestada. A favor de considerar su extensión el argumento de que si el fundamento del derecho se halla en evitar el enriquecimiento injustificado, la misma razón existe en una sucesión que en la otra⁵⁸. En contra, que en la sucesión intestada —como se verá— la parte acogedora, según la situación en la que esté, puede más fácilmente reequilibrar su empobrecimiento que en la sucesión testada cuando el testador no lo ha tenido en cuenta, ya que en aquella puede llegar a no concurrir con otros herederos.

4.3. Derechos sucesorios. Cuestiones generales

En este apartado, como se dijo al inicio, nos centraremos especialmente en el estudio e implicaciones de los *derechos sucesorios*, que la ley catalana 22/2000 (LAPG) confiere a *acogedor* y *acogido* y formulará una propuesta de *lege ferenda* respecto de los *derechos sucesorios* del (o de los) *acogido(s)*; plantearemos la cuestión relativa a los posibles derechos sucesorios en caso de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas respecto del Código civil y, en último término, estableceremos nuestras *propuestas de lege ferenda a modo de conclusiones*.

58 En opinión de María del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (op cit *Parells heterossexuals*, págs. 178 a 180) se ha de interpretar que el derecho previsto tiene carácter general.

Puesto que es sólo la *ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores*⁵⁹, la que regula la atribución de derechos sucesorios en caso de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas, haremos sólo referencia a ella.

No se van a estudiar los derechos sucesorios derivados de la situación de acogimiento privado de personas mayores y/o discapacitadas desde la perspectiva histórica⁶⁰, ya que la lejana figura de los «donats» no implicaba la atribución de derechos sucesorios, sino la entrega de la persona y/o de sus bienes a cambio de recibir asistencia y protección por parte de la persona a la cual se entregaba⁶¹.

Por su parte, la exposición de motivos de la LAPG⁶² alude —junto a la referencia histórica a los «donats»— al *derecho comparado* como una de las fuentes consultadas a la hora de legislar acerca del acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas⁶³. Parece que el principal derecho comparado que se tuvo en cuenta fue el *derecho francés*⁶⁴ representado, en su momento, por la *Loi núm. 89-475 du 10 juillet 1989*, la cual ha sido modificada por la *Loi de modernisation social núm. 2002-73 du 17*

59 A pesar del título que el legislador catalán ha dado a esta ley, en su seno, se regula también el acogimiento de personas que presenten cualquier tipo de «discapacidad», aunque no sea una «persona mayor», esto es, de la «tercera edad» (art. 1.1 LAPG).

60 El lector puede consultar este estudio histórico en Jaume RIBALTA I HARO/ Esther ARROYO I AMAYUELAS, op. cit., «Dels donats als acollits», págs. 33 ss.

61 Jaume RIBALTA I HARO/ Esther ARROYO I AMAYUELAS, op. Cit., «Dels donats als acollits», págs. 34 ss.

62 A parte de los antecedentes de los que existe una constancia oficial que se citan en el texto, con anterioridad, entre los años 1984 — 1990, también se detectan intentos de regulación de la situación de acogimiento de personas mayores. Obran en nuestro poder dos textos, uno de 1984, en el que se excluyen los efectos sucesorios y el acogimiento se modela a imagen y semejanza del de menores de edad. En el otro, de la *Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya* fechado en 1990, llama la atención que se determina que los acogedores y sus descendientes ocupan en la sucesión del acogido la misma posición que los hijos adoptados en forma plena, pero el acogido no adquiere derecho alguno por ministerio de la ley en la sucesión del acogedor. Además regula la posibilidad de continuación en la vivienda en caso de extinción por muerte y se prevén beneficios fiscales.

63 En este sentido, se advierte que «...i de les diverses solucions que ofereix el dret comparat, que s'han analitzat degudament, hom arriba al convenciment que és procedent establir una regulació de les situacions de convivència..».

64 Así, al menos lo atestigua el trabajo realizado por Joan EGEA FERNÁNDEZ/ Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La problemàtica de la vellesa i el dret civil. Consideracions a l'entorn de la rellevància de la condició de persona anciana en el futur codi de família de Catalunya», *Materials de les vuitenes jornades de Dret català a Tossa, 1994*, coord. Àrea de Dret civil, Universitat de Girona, Valencia, 1996, págs. 177 ss.

janvier 2002⁶⁵. Sin embargo, esta ley no puede servirnos como modelo en lo concerniente a los derechos sucesorios, puesto que no recoge derecho sucesorio alguno ni contiene mención alguna al respecto. En cambio, regula las cuestiones relativas al pacto de acogimiento⁶⁶. Así, en el derecho francés, en el supuesto de acogimiento de personas mayores y/o incapacitadas son de aplicación las normas generales de derecho de sucesiones contenidas en el *Code civil*⁶⁷. Por ello, el estudio de los derechos sucesorios se hará a partir de la estructura y los principios sucesorios del derecho catalán.

4.4. Fundamento de la atribución de derechos sucesorios en el supuesto de acogimiento de personas mayores

Antes de adentrarnos en el estudio detenido de los derechos sucesorios que atribuyen los arts. 8 y 9 LAPG al acogedor, conviene plantearse diferentes cuestiones que son, en definitiva, de política legislativa, esto es, la necesidad de atribuir derechos sucesorios en el supuesto que estudiamos, lo que supone plantearse el *fundamento de la atribución y la técnica legislativa* a emplear para regular esta materia.

Un primer extremo a plantearse es la *necesidad o no* de otorgar derechos sucesorios en el supuesto de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas y qué sentido tiene dicha atribución.

En contra de la necesidad de otorgar derechos sucesorios militaría la idea de que el fundamento de la figura que estudiamos es sólo la *convivencia*, sin que ello implique necesariamente la idea de *familia*. En consecuencia, bastaría con la celebración del contrato de acogimiento (art. 1.1 LAPG)

65 Ambas leyes pueden consultarse en <http://www.famidac.net> (fecha de la consulta: 16 de noviembre de 2005).

66 El *Decreto núm. 2004-1136 du 21 octobre* establece un modelo de contrato a este respecto (JO du 26 octobre 2004).

67 De especial relevancia para este supuesto es la norma del art. 909 *Code civil* a tenor de la cual «*les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.*

Sont exceptées:

1° *Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus».*

con causa onerosa (art. 1.274 CC)⁶⁸, puesto que el acogedor recibe ya una contraprestación a cambio de su servicio consistente en la asistencia y protección. Ello, sin perjuicio, de que el acogido realice a su favor alguna atribución *inter vivos* o *mortis causa* (art. 4 LAPG). Como otro *argumento en contra*, se añadiría que el elemento preponderante en la situación de acogimiento es el *lucrativo*: se acoge o se debe acoger a personas mayores y/o discapacitadas por el beneficio económico que ello puede reportar al acogedor. Entonces, si ya reciben una contraprestación, ¿por qué sobre compensarlos con derechos sucesorios?⁶⁹. Finalmente, como último *argumento en contra* se podría indicar que si, realmente, se hubiera querido fundamentar esta atribución en la *familia*, se habrían asignado derechos sucesorios *recíprocos* a acogedor y a acogido en las respectivas sucesiones, lo que no se ha hecho, ya que sólo se han otorgado derechos sucesorios a favor del acogedor pero no del acogido.

Los *argumentos* que se pueden señalar *a favor* de la atribución de derechos sucesorios son más débiles que los argumentos en contra. Con todo, se puede indicar, por un lado, el fundamento de la atribución descansaría en la idea de *familia* y no sólo en la pura convivencia y, por otro lado, otro argumento en pro sería el intento, por parte del legislador, de *estimular a los particulares a celebrar contratos de este tipo* en cuanto solución a las situaciones de dependencia de las personas mayores y/o discapacitadas en nuestra sociedad.

Como se comentó (apartado 4.4.1), los precedentes legislativos de la LAPG, ponen en evidencia que la normativa sobre este tipo de acogimiento se integraba en una ley más amplia que pretendía abarcar todas las situaciones de convivencia diferentes del matrimonio y en la que se concedían derechos sucesorios. Ley que, por diversas razones, se dividió dando origen a las tres que se analizan en la presente comunicación: la LUEP, que otorga derechos sucesorios para las uniones estables homosexuales (arts. 34-35 LUEP), derechos que son muy similares a los que se atribuyen en caso de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas; la LSCAM que no confirió derecho

68 La LAPG alude a la contraprestación (así, arts. 1.1, 2.3), lo que ha llevado a la doctrina a calificar al pacto de acogimiento de oneroso (María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., *Parells homosexuals*, pág. 155; Jaume RIBALTA I HARO/Esther ARROYO I AMAYUELAS, op. cit., «Dels donats als acollits», pág. 69).

69 Jaume RIBALTA I HARO/Esther ARROYO I AMAYUELAS, op. Cit., «Dels donats als acollits», pág. 80.

sucesorio alguno a los convivientes pero sí ciertas efectos para después de la muerte —que se comentan en el apartado siguiente— y, en último término, la LAPG, que sí atribuye determinados derechos sucesorios. Del *iter* legislativo expuesto se deriva, a nuestro modo de ver, que los derechos sucesorios que se delimitan en esta última situación de convivencia derivada de un contrato de acogimiento lo son a imagen y semejanza de la LUEP.

La cuestión que, seguidamente, debemos plantearnos es el porqué de esta atribución y porqué, en contraste, no se otorgan derechos sucesorios en el supuesto de situaciones de convivencia de ayuda mutua. La respuesta se puede encontrar, a nuestro entender, en el *fundamento* de dicha atribución, cual sería la *familia* cuyo elemento clave es la *convivencia*⁷⁰. Así, en la LSCAM habría situación de convivencia pero no habría situación familiar; mientras que, en los otros dos supuestos (LUEP y LAPG), habría situación de convivencia y habría situación familiar. De hecho, la LAPG caracteriza la relación entre acogedor y acogido⁷¹ como *cuasiparental* (art. 1.1 «*en condicions semblants a les relacions de parentiu...*»)⁷², aunque no necesariamente deba existir relación de parentesco entre ambos⁷³. Se trata de ofrecer un entorno familiar a las personas mayores y/o discapacitadas a la par que se intentarían buscar soluciones que descarguen económicamente a la administración pública a la que corresponde el desempeño de servicios sociales (asistenciales) en esta materia⁷⁴. El aumento considerable de pobla-

70 Encarna ROCA TRIAS, «Familia, familias y derecho de familia», *ADC* 1990, págs. 1066 ss.

71 La LAPG permite que tanto acogedor como acogido sean una o dos personas (art. 1.1). Nosotros por razón de exposición haremos referencia a «acogedor» y a «acogido» en el bien entendido que, en dicha expresión, incluimos la situación plural que pudiera darse.

72 Un argumento en contra puede extraerse de la exposición de motivos de la LAPG, la cual alude a la procedencia de regular situaciones de convivencia entre personas *que no constituyen familia* pero que comparten una misma vivienda. Sin embargo, el argumento pierde valor cuando se constata que, en este aspecto, la exposición de motivos en cuestión cita literalmente la exposición de motivos de la LSCAM, lo cual es debido, a buen seguro, al origen de ambas leyes. Esto es, el Proyecto de ley que, en el año, 1997, pretendía regular todas las situaciones de convivencia diferentes del matrimonio. A ello deben añadirse las consideraciones de la doctrina. En efecto, se ha advertido que «*quan s'assenyala que mitjançant aquest contracte es tendeix a l'acceptació (de l'acollit) en condicions semblants a les relacions de parentiu no s'indica res en concret, no denota cap contingut específic*» (María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *op cit*, *Parelles heterosexuales*, pág. 154).

73 El art. 3.1 LAPG advierte que entre acogedor y acogido no debe existir parentesco hasta el segundo grado. Más allá del segundo grado es posible la existencia de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas que sean, a su vez, parientes del acogedor.

74 Vid. el *Pla Integral de la Gent Gran* (Generalitat de Catalunya, Departament de benestar social, Barcelona, 1993, págs. 151 ss). En la doctrina, Encarna ROCA TRIAS, «La autonomía per-

ción de la tercera edad, en nuestros días, y el importe económico que ello implica⁷⁵, hace necesario el planteamiento de alternativas que, en cualquier caso, respeten la dignidad de la persona mayor y/o discapacitada.

Esta argumentación encuentra un escollo, cual es la falta de atribución de derechos sucesorios al acogido en la sucesión del acogedor. En efecto, si el fundamento de la institución es la familia, como consideramos que así es en la ley catalana, los derechos sucesorios se otorgarían de modo recíproco a los sujetos que forman parte de la relación obligatoria, que dimana del pacto de acogimiento, como sucede en el caso de la situación familiar dimanante de las uniones estables de pareja. Si el fundamento fuera exclusivamente la situación de convivencia entonces no se otorgaría derecho sucesorio alguno como se hace en la LSCAM. En la LAPG se produce una asintonía ya que, a pesar de que el fundamento es la familia, en cambio, no se atribuyen derechos sucesorios a ambos sujetos (acogido y acogedor). Por ello, lo que debería hacerse es revisar el fundamento: o es la familia y debe de *lege ferenda* bilateralizarse la norma y otorgar derechos sucesorios también al acogido o lo es la convivencia y, entonces, deben suprimirse también de *lege ferenda* los derechos sucesorios atribuidos al acogedor.

Por otro lado, si de lo que se trata es de buscar soluciones a las situaciones que la tercera edad plantea en nuestra sociedad caben otras alternativas, sin necesidad de atribuir derechos sucesorios, fundamentadas en el puro derecho patrimonial. Estas posibles vías serían el *contrato de alimentos*, el *contrato de renta vitalicia*, el *censo*, el *violari*, *contrato de seguro*, etc...⁷⁶.

Además, cabría otra posible solución, cual es la que se ha arbitrado en el derecho alemán, mediante la figura de la *Betreuung*⁷⁷, en virtud de la cual, se designa un consejero cuidador (*Betreuer*) que orienta y asesora a la persona

sonal. Fundamento de la gestión de los intereses de la tercera edad en Cataluña» en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pág. 821.

75 *Libre blanc de la gent gran amb dependència*, 30 ss. Vid, también *Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones»*, *Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas* dictada en Bruselas el 16 de marzo de 2005. COM (2005) págs. 94 final.

76 Sobre estas otras posibles soluciones puede consultarse Joan EGEA FERNÁNDEZ/Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, op. cit., «La problemàtica de la vellesa i el dret civil», págs. 131 ss.

77 Esta institución fue introducida mediante la *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz-BtG)* que vino a modificar el BGB en este punto (§§ 1896 ss).

mayor al margen de su falta o no de capacidad⁷⁸ y que no, necesariamente, ha de convivir con la persona a la cual aconseja. En este sentido, la solución se daría dentro del derecho de la persona y no del derecho de sucesiones, ni en el derecho patrimonial. El legislador debería considerar más seriamente esta posible regulación, en un futuro, puesto que se ajusta más a la realidad social de las personas mayores y/o discapacitadas, las cuales prefieren vivir de forma más o menos independiente en su propia vivienda y ocasionalmente recibir ayuda externa por parte de terceras personas que no residen de forma permanente en el hogar⁷⁹. Téngase en cuenta que, salvo en casos muy concretos (v. gr. enfermos del Alzheimer o demencia senil), actualmente, una persona mayor⁸⁰ suele mantener su plena capacidad de obrar hasta pasados los 80-85 años⁸¹.

78 BIENWALD, *Betreuungsrecht*, Bielefeld, 1999, págs. 44 ss; JÜRGENS/KRÖGER/MARSCHNER/WINTERSTEIN, *Das neue Betreuungsrecht*, Munich, 1999, núms. 44 ss.

79 En el *Llibre blanc de la gent gran amb dependència* (44 ss) se destaca el hecho de que las personas concernidas desean mantener su entorno familiar antes que acudir a una residencia cuyo entorno social les resulta extraño. Pero, además, se pone de manifiesto que las mismas prefieren estar en su propio hogar y, ocasionalmente, ser cuidadas o asistidas por una tercera persona que no convive en el hogar. Esta tercera persona, de preferencia, es un familiar (el denominado *cuidador informal*); pero, puede no serlo, situación cada vez más frecuente en nuestra sociedad con la incorporación de ese cuidador informal (mujeres de entre 45 y 60 años que no trabajan y que sólo ostentan estudios primarios) al mercado de trabajo (al respecto, vid. CARLOS MALUQUER DE MOTES I BERNET, «Personas mayores: la normalidad del presente» en DOMINGO BELLO JANEIRO/CARLOS MALUQUER DE MOTES I BERNET, *La tutela de las personas mayores*, Santiago de Compostela, 2004, págs. 51 ss; *Atención a las personas en situación de dependencia en España. Libro blanco*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, http://www.imersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas_libroblancodependencia-01.pdf).

No deja de ser paradójico que, en el año 2002, se haga un estudio donde los resultados que se arrojan son radicalmente contrarios al acogimiento privado de personas mayores y/o discapacitadas y, a pesar de ello, se haya promulgado una ley como la LAPG que propugna una medida para nada deseada por el segmento social afectado. La consecuencia es que, hasta la fecha, no se ha celebrado ningún pacto de acogimiento sometido a la LAPG.

80 No deja de ser problemático lo que se entienda por «persona mayor»: ¿la que ha cumplido 65 años? ¿la jubilada?, etc... Con dicha expresión se corre el riesgo de una posible discriminación o de la creación de un nuevo estado civil que suponga la creación de una categoría de personas sólo por razón de la edad; criterio, por lo demás, arbitrario (críticas a esta forma de proceder en la reflexión pueden verse en JOAN EGEA FERNÁNDEZ/CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, op. cit., «La problemática de la velesa i el dret civil», págs. 139 ss).

81 *Llibre blanc de la gent gran activa*, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar Social, 2002, págs. 23 ss.

Las situaciones en las que puede estar la persona mayor «de edad» o de la «tercera edad» que se detectan son, fundamentalmente tres:

1º.- *Personas mayores que gozan de una buena y razonable salud física y psíquica que pueden desenvolverse por sí mismas pero que con el transcurso del tiempo (alargamiento de la vida) necesitarán ayuda o consejo en algunos ámbitos de su vida.*

También se han de mencionar dos instituciones, en la línea de la *Betreuung*, creadas, en este caso, por la jurisprudencia suiza. La primera se conoce como *Beirat* y en virtud de ella se presta asistencia a la persona en estrecha relación con el personal sanitario pero, en ningún caso, el cuidador puede representar a la persona a la que asiste. La segunda es la *Beistand* en la que, además de la asistencia que comprende el *Beirat*, se representa legalmente a la persona afectada⁸².

En definitiva, parece que para proteger adecuadamente al segmento de la población que representan las personas mayores y/o discapacitadas no es absolutamente necesario otorgar derechos sucesorios pues existen otros mecanismos y vías de protección y, si se quieren conceder, debe hacerse sobre el fundamento de la familia y, consiguientemente, de forma recíproca, tanto para acogedor como para acogido. Sea lo que fuere, resultan más acertadas las vías que toman por norte el derecho de la persona como la alemana y la suiza por ajustarse más a la realidad social de nuestros mayores.

4.5. Técnica legislativa

Otra cuestión es la concerniente a la técnica legislativa utilizada o a utilizarse para regular la materia de la que tratamos, *¿en una ley especial? ¿integrarla en la normativa del Código correspondiente (v. gr. Código civil o Codi de Família)?*. El legislador catalán ha optado por una ley especial, como hizo con la LUEP y la LSCAM, al margen del *Codi de Família*, en la idea probablemente de que no se trataba de verdaderas situaciones familiares; éstas sólo son aquellas que se asientan en un matrimonio. No obstante, en la fase actual de desarrollo del derecho civil catalán —etapa de codificación (*Llei 29/2002*, de 30 de diciembre, *Primera llei del Codi Civil*

2ª.- *Personas que están aquejadas por alguna enfermedad o minusvalía física o psíquica que no afecta a su autogobierno propiamente, pero que requieren de una protección específica.*

3ª.- *Personas mayores que tienen limitada, judicialmente, su capacidad por haber sido incapacitadas antes de llegar a la situación de «personas mayores»* (M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA/SUSANA NAVAS NAVARRO, «La situación jurídica de las personas mayores» en *Los derechos de las personas mayores y la realidad de la tercera edad*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Cátedra «Norberto Bobbio de igualdad y no discriminación» Universidad Carlos III (en prensa).

82 Sobre ello, detenidamente, vid. LANDOLT, *Pflegerecht*, Band II: Schweizerisches Pflegerecht, Berna, 2003, págs. 317-318.

de Catalunya)— existe el propósito de incorporar a un solo texto legal —el Código Civil de Cataluña— en el libro correspondiente (Segundo, que es el que abarca Persona y Familia) todas las reglas civiles derivadas de estas leyes en estudio⁸³.

No parece que el legislador estatal deba regular esta materia en una *ley especial*⁸⁴, sino que debería hacerlo, como lo ha hecho el legislador alemán, esto es, revisar las normas sobre capacidad/incapacidad de la persona para ajustarlas a la realidad social y, en ellas, arbitrar soluciones para las personas mayores y/o discapacitadas⁸⁵.

4.6. Derechos sucesorios de acogido y de acogedor en la Llei 22/2000

Aunque pudiera considerarse innecesaria la atribución de derechos sucesorios en caso de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas, debemos estudiar los atribuidos de *lege lata* por la LAPG, puesto que ac-

83 Son suficientemente significativas las palabras que, acerca de la técnica legislativa en materia civil, se contienen en el Preámbulo de la *Llei 29/2002, Primera llei del Codi Civil de Catalunya*. En el apartado I se dice que «*La técnica legislativa de les lleis especials, que sovint s'ha emprat per adaptar-se tant a un aspecte (se refiere a las necesidades de la realidad) com a altre (el que impone la adaptació a las Directivas comunitarias), s'ha mostrat com a greument perjudicial per a la claredat, la sistemàtica i la coherència interna del pret civil*».

A lo que agrega que «*Per aquestes raons, es considera que un codi que pugui superar aquests reptes ha de tenir una estructura que permeti anar incorporant les noves regulacions o les modificacions de les ja existents sense que se'n resentí greument la sistemàtica*».

84 La ley especial contiene en su supuesto de hecho un elemento diferenciador respecto del supuesto de hecho de la ley general, elemento diferenciador que en el caso que estudiamos no existe: no lo es por el grupo de personas a las que afecta, ni por la relación que se regula por el derecho patrimonial ni por los derechos sucesorios atribuidos que bien pueden formar parte del CC o del CS. En este último caso, después de la regulación de la cuarta viudal (Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milán, 1986, págs. 10 ss).

85 En otro orden de consideraciones, deberían revisarse las normas sobre capacidad relativas a los menores de edad a los cuales se les reconoce, a nivel internacional (*Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989*) y nacional (*Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil*, BOE, núm. 15 de 17 de enero de 1996), toda una serie de derechos, entre los cuales, destacan los *derechos de participación*, que permiten plantear, en nuevos términos, todas las cuestiones relativas a su capacidad tanto en la órbita *personal* (Susana NAVAS NAVARRO, «Le bien-être de l'enfant», *Fampra.ch* 2/2004, págs. 126 ss) como *patrimonial* (M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA/SUSANA NAVAS NAVARRO, «El patrimonio del menor. Su participación en este ámbito» en GARRIDO MELERO/FUGARDO, *El patrimonio. Sus protocolos*, V. II, Barcelona, 2005, págs. 65 ss).

tualmente son derecho vigente. Así, en primer lugar, haremos referencia a los *derechos sucesorios de acogido* y, en un segundo momento, nos centraremos en los *derechos sucesorios de acogedor* en las sucesiones respectivas, puesto que ellos ostentan también derechos sucesorios en las correspondientes familias de origen, de las que provienen⁸⁶.

4.6.1. *Derechos sucesorios de acogido de lege ferenda*

Debe destacarse que la LAPG no atribuye ningún derecho al acogido en la sucesión del acogedor, a salvo, claro está, de aquellos derechos que voluntariamente el acogedor quisiera atribuirle y que, por ello mismo, siguen las reglas generales sobre el derecho de sucesiones.

A nuestro modo de ver, si se quiere persistir, por parte del legislador catalán, en la atribución de derechos sucesorios sobre la base de una determinada situación familiar, en este supuesto, debería *de lege ferenda* *bilateralizarse la norma*, de suerte que *el acogido ostentara los mismos derechos que el acogedor en la sucesión de éste*, máxime si se tiene en cuenta que una de las obligaciones del acogido —y que forma parte del contenido del pacto de acogimiento— es, precisamente, la contribución de éste a las cargas familiares colaborando con el propio trabajo o bien económicamente (art. 2.2 LAPG). Esta es, en definitiva, la regulación prevista en la LUEP para las uniones estables homosexuales, de la que trae, en el sentido visto, causa la LAPG.

4.6.2. *Derechos sucesorios de acogedor*

En relación con el acogedor conviene diferenciar tres situaciones: la primera, relativa a las posibles *atribuciones voluntarias por causa de muerte* que el acogido pudiera disponer a favor del acogedor; la segunda, la denominada *cuarta acogedora (cuarta acollidora)*⁸⁷ consistente en la *cuarta parte del valor de la herencia del acogido* y, la tercera, el *llamamiento del acogedor como heredero intestado*.

86 JAUME RIBALTA I HARO/ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, op. cit. «Dels donats als acollits», pág. 80.

87 ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, *Manual de Dret civil català*, dir. por Ferran BADOSA COLL, Madrid/Barcelona, 2003, pág. 510; MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., *Parells homosexuals*, pág. 183.

4.6.2.1. Atribuciones voluntarias por causa de muerte

El acogido puede atribuir al acogedor, en la sucesión voluntaria, tanto el título de *heredero* como de *legatario* (art. 102 CS). Asimismo cabe la posibilidad que el acogido otorgue donaciones *mortis causa* a favor del acogedor (arts 392-396 CS). Estas atribuciones voluntarias se rigen por la normativa general que les es propia (básicamente, el CS). Todo ello, sin perjuicio de atribuciones *inter vivos* (v. gr. donaciones) que no impide la LAPG, antes bien las admite ampliamente (art. 4 LAPG) ya sean donaciones directas como indirectas⁸⁸.

La LAPG admite, en el art. 5, que el pacto de acogida finalice por voluntad de las partes de común acuerdo o por voluntad de una de ellas al decaer normalmente la confianza que fundamenta la situación de acogimiento⁸⁹. En estos casos sería conveniente establecer *de lege ferenda* una *presunción iuris tantum de revocación* de las atribuciones voluntarias realizadas a favor del acogedor o del acogido, según el supuesto, de forma similar a la presunción establecida en el art. 132 CS en caso de disposiciones voluntarias entre los cónyuges para el supuesto de separación judicial o de hecho, divorcio o nulidad del matrimonio. No nos parece, sin embargo, que quepa la aplicación analógica de la norma del art. 132 CS al supuesto del acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas por cuanto no existe la «identidad de razón» que reclama el art. 4.1 CC.

En relación con las *causas de indignidad* (art. 11 CS), no estaría de más *de lege ferenda* una referencia expresa al acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas⁹⁰ para el caso de que no se haya prestado la asistencia y protección al acogido por parte del acogedor. En este caso, cabe

88 A favor de la prohibición de donaciones *inter vivos* entre acogido y acogedor se manifiesta Esther ARROYO I AMAYUELAS, op. cit., *Manual*, pág. 510.

89 GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., *Parells heterosxeuals*, pág. 171.

90 Es este el criterio que se ha seguido en la modificación del Código Civil introducida por la Ley 4/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, en la indignidad, agrega un nuevo caso (nº 7), conforme al que incurra en causa de indignidad, en la herencia de una persona con discapacidad, las personas «que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del CC». Con todo, como se observa, no se refiere a las personas mayores. Sobre esta cuestión vid. Luis PUIG FERRIOL, «La protección del discapacitado: aspectos sucesorios» en *Protección jurídica patrimonial y patrimonial de los discapacitados*. Xornadas e Seminarios. Escola de Administración Pública (Dir. Domingo BELLO JANEIRO). Xunta de Galicia 2004, págs. 302 y ss.

a tenor del art. 5 c) LAPG la resolución del pacto de acogimiento, pero ésta *per se* no implica ni presunción de revocación de disposiciones a favor del acogedor ni indignidad del acogedor para suceder al acogido, por lo que una referencia legal a la misma nos parece más que justificada si se pretende dar una acabada protección al acogido. Esto es así, si no se quiere reconocer *de lege ferenda*, una *prohibición de suceder* del acogedor al acogido (cfr. art. 147 CS) mientras dure la situación de acogimiento⁹¹, pero entonces la regulación que mejor se correspondería con el supuesto sería la que concede el derecho de la persona. Una vez finalizada ésta la prohibición para suceder desaparecería.

En otro orden de ideas, como propuesta de *lege ferenda*, debería establecerse la prohibición de que acogedor pudiera adquirir *inter vivos* bienes del acogido, exceptuando por supuesto los que se ceden a través del contrato de acogimiento, prohibición similar a las contempladas en el art. 1459 CC para evitar el conflicto de intereses que, a estos efectos, pudiera existir.

4.6.2.2. Cuarta parte del valor de la herencia

Otro de los derechos sucesorios que atribuye la ley al acogedor en la sucesión del acogido es el *derecho a exigir la cuarta parte del valor de la herencia* (arts. 8-9 LAPG)⁹². Ni la LAPG ni el CS regulan las cuestiones sucesorias relacionadas con esta cuarta. En consecuencia, en el estudio de las mismas, vamos a tomar en consideración principalmente las normas relativas a la *cuarta viudal* (arts. 382-389 CS) por cuanto se trata de un supuesto similar, esto es, el cónyuge es familia pero no pariente, al supuesto objeto de estudio. Haremos igualmente las referencias oportunas a la *cuarta legítima*, *cuarta falcidia*, *cuarta trebeliánica* y a la *cuarta a la que se*

91 Por esta solución, se manifiesta, Esther ARROYO I AMAYUELAS, op. cit., *Manual*, pág. 510.

92 No vamos a hacer cuestión aquí de la *naturaleza jurídica* de este derecho sucesorio. A nuestro modo de ver, sirve como ejemplo las diferentes teorías que en torno a la naturaleza jurídica de la cuarta viudal se han planteado. Respecto de ésta, actualmente, la doctrina considera que se trata de un derecho sucesorio atribuido por la ley y ésta, nos parece también, la naturaleza jurídica de la cuarta a la que nos referimos (Encarna ROCA TRIAS/Lluís PUIG FERRIOL, *Institucions del dret privat de Catalunya*, V. III, *Dret de successions*, 6ª ed., Valencia, 2004, págs. 571-572). En todo caso, esta cuarta no confiere al acogedor, por el mero hecho de tener derecho a reclamarla, el título de heredero.

refiere el art. 34 LUEP⁹³ por cuanto de dichas normas pueden extraerse *principios generales* (analogía *iuris*) aplicables a cualquier cuarta en el derecho sucesorio catalán y, concretamente, a la cuarta acogedora.

A) Presupuestos de existencia

Como presupuestos para el nacimiento de la cuarta vamos a tratar los *presupuestos subjetivos*, los *objetivos* y los *temporales*, puesto que para la exigencia de la cuarta parte del valor de la herencia por el acogedor no existen especiales requisitos de forma.

— Presupuestos subjetivos

El sujeto legitimado para exigir la cuarta es el *acogedor*. Si se trata de dos acogedores (art. 1.1 LAPG), tendrán derecho a sólo una cuarta parte del valor de la herencia *conjuntamente*, esto es, se repartirán sólo una cuarta parte que, salvo disposición diversa, en su caso, del testador, corresponderá por mitad a cada uno de ellos (art. 8.1 y 9.1 por remisión LAPG). Si uno de ellos renuncia a la parte que le corresponde de la cuarta y dicha renuncia no se hace a favor de un tercero, lo que implicaría aceptación de la misma (art. 19 CS), la parte a la que se renuncia *no acrecerá* a la parte del otro acogedor, sino que provocará un *incremento sucesorio* (art. 41 CS) de la cuota del heredero (testado o intestado, en su caso), puesto que no se dan los requisitos para que nazca la institución del acrecimiento⁹⁴ (arts. 38-42 CS). En caso de varios acogedores, no es preciso litisconsorcio activo para reclamar la parte que corresponda de la cuarta.

El acogedor tiene derecho a la cuarta parte del valor de la herencia o a la cuota que le corresponda en esa cuarta parte, si son varios los acogedores, tanto en concurrencia con un heredero (ora voluntario, ora intestado) como cuando es él el llamado como heredero voluntario a la herencia del acogido.

93 En otro orden de consideraciones, también guarda similitud la cuarta a la que se refiere el art. 34 LUEP atribuida al conviviente homosexual a la cuarta viudal recogida en el CS. También es un caso de situación familiar pero no de parentesco (Anna CASANOVAS MUSSONS, *Manual de Dret civil català*, dir. por Ferran BADOSA COLL, Madrid/Barcelona, 2003, pág. 579).

94 Tampoco se da el acrecimiento entre legitimarios siendo la legítima un derecho sucesorio atribuido legalmente (art. 376 CS) ni en la cuarta viudal (art. 379 CS). En esta dirección, *vid.* Encarna ROCA TRIAS/Lluís PUIG FERRIOL, *op. cit.*, *Institucions* V. III, *Dret de Successions*, pág. 105.

En este último supuesto, nos parece que debe existir unidad de título, de suerte que aceptándose la herencia se entiende aceptada la cuarta y repudiándose la herencia se entiende que se renuncia a la cuarta. No pueden, pues, aceptarse y repudiarse ambos títulos (el de acogedor y el de heredero) de forma independiente⁹⁵.

Las normas sobre *indignidad para suceder* son aplicables al acogedor que tenga derecho a la cuarta parte del valor de la herencia del acogido (art. 11 CS)⁹⁶. Debe reiterarse, en este punto, la necesidad de que exista —de *lege ferenda*— una causa de indignidad referida al acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas.

— Presupuestos objetivos. Concurrencia con otras cuartas

El objeto de la acción que corresponde al acogedor (art. 8.1) es la *cuarta parte del valor de la herencia* junto con la *parte proporcional de frutos y rentas de la herencia* desde la muerte del causante (art. 8.2 LAPG, cfr. art. 379.2 CS para la cuarta viudal)⁹⁷. La LAPG guarda silencio acerca de cómo deba interpretarse esta expresión, por lo que debemos acudir a las normas del CS que se refieren a una cuarta similar a la que estudiamos aquí. Concretamente, a las normas sobre la cuarta viudal (arts. 379-386 CS). En consecuencia, se trata de la cuarta parte de la herencia *líquida* del acogido (cfr. art. 382 CS)⁹⁸, esto es, una vez se han detraído las deudas y cargas hereditarias (cfr. art. 383 CS). Para la determinación de esta cuarta pueden tomar-

95 De forma similar se ha planteado por la doctrina para el supuesto del legitimario nombrado heredero proponiéndose idéntica solución que la recogida en el texto (Encarna ROCA TRÍAS/Lluís PUIG FERRIOL, op. cit., *Institucions*, V. III, *Dret de Successions*, pág. 540).

96 Así lo advierte la doctrina tanto para el legitimario (art. 357 CS) como para el cónyuge que tenga derecho a exigir la cuarta parte del valor de la herencia en concepto de «cuarta viudal» (Anna CASANOVAS MUSSONS, op. cit., *Manual*, pág. 760).

97 La doctrina ha criticado, con razón, que sólo se prevea la posibilidad de reclamar los frutos y las rentas para el caso de que la cuarta se dé en la sucesión intestada y nada se diga en caso de sucesión testada; aunque fuera vía remisión como hace el art. 9.1 LAPG. Por ello se considera, y nos mostramos de acuerdo, que la remisión que hace el art. 9.1 LAPG debe referirse también al apartado 2 del art. 8 y no sólo a los apartados 3 y 4 del mismo precepto (María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., *Parelles heterosexuales*, pág. 184).

98 La misma norma se encuentra en caso de cuarta legítima (art. 355.1 CS), cuarta falcidia (art. 274.1 CS) y la cuarta trebeliánica (art. 233.1 CS). A este respecto se podría aludir a un principio del derecho de sucesiones catalán en el sentido de que para la detracción de las cuartas se atiende siempre al *valor líquido* o *herencia líquida* del causante y el mismo principio debe valer para la cuarta acogedora (analogía *iuris*).

se en consideración las normas correspondientes a la determinación de la cuarta falcidia sin previa deducción de legítimas ni obligación de formar inventario (cfr. art. 383.3 CS). En relación con el *activo* y el *pasivo* de la *herencia* del acogido debe tenerse en cuenta la norma del art. 277 CS en relación con la detracción de la cuarta falcidia.

A nuestro modo de ver, en caso de *conurrencia de cuartas cuando el acogedor en cuanto heredero voluntario tenga derecho a ellas*, esto es, la *cuarta falcidia*, la *cuarta trebeliánica*, y la *cuarta acogedora*, deberá tenerse en cuenta lo que advierte la doctrina en relación con la compatibilidad entre la cuarta falcidia, la cuarta legítima y la cuarta trebeliánica. Así, tiene derecho a la cuarta acogedora además de a la cuarta falcidia (cfr. art. 282.1 CS). El heredero acogedor puede retener una cuarta parte en concepto de falcidia una vez deducidos los legados. Esta cuarta forma parte de la herencia sometida al fideicomiso y sobre ésta se detrae la cuarta trebeliánica (cfr. art. 282.2 CS)⁹⁹.

Debe destacarse que no se exige como requisito de detracción de la cuarta acogedora, como sí sucede en caso de cuarta viudal (art. 380 CS), la situación de necesidad, de subvenir a la *adecuada manutención* del acogedor. A nuestro modo de ver, de *lege ferenda*, debería introducirse este requisito como se ha hecho con la cuarta que se atribuye al conviviente homosexual en caso de muerte o declaración de fallecimiento del otro conviviente (art. 34.1 a LUEP). Esta sería una forma de no sobre compensar al acogedor que ya ha recibido una contraprestación por su servicio, además de posibles atribuciones voluntarias *inter vivos* o *mortis causa*, o posibles alimentos. Así, si con lo que ha recibido no tiene suficiente para mantener su nivel de vida como lo tenía antes de la muerte del acogido podría reclamar la cuarta parte, si bien entendida ésta como límite máximo, de suerte que si tuviera suficiente para alcanzar dicho nivel con una cuota inferior, sólo tendría derecho a ésta y no a toda la cuarta¹⁰⁰.

— Presupuestos temporales

Requisito necesario para que nazca el derecho a exigir esta cuarta parte del valor de la herencia es el hecho de que la *convivencia* haya durado,

⁹⁹ Encarna ROCA TRÍAS/Lluís PUIG FERRIOL, op. cit., *Institucions*, V. III, *Dret de Successions*, pág. 425.

¹⁰⁰ Anna CASANOVAS MUSSONS, op. cit., *Manual*, pág. 760.

como mínimo, *cuatro años* (art. 8.1 y 9.1 LAPG). Dicho plazo, como bien ha indicado la doctrina, es puramente arbitrario y puede ser objeto de modificación en el futuro¹⁰¹. En cualquier caso, la norma tiene carácter imperativo y no dispositivo; no puede modificarse el plazo por voluntad de las partes.

A tenor del art. 3.4 LAPG, el pacto de acogimiento debe durar, como mínimo, tres años. No se alcanza a comprender porqué un solo año más de convivencia, esto es, los cuatro años referidos, es requisito necesario para el nacimiento de derechos sucesorios tales como la cuarta parte y el llamamiento del acogedor como heredero intestado en la sucesión del acogido (art. 8.5 LAPG). Podría haberse considerado como plazo para derivar derechos sucesorios los tres años que ya exige la LAPG como necesarios para la *consolidación* de la situación de acogimiento.

B) Pago, cálculo e imputación

La cuarta parte del valor de la herencia, además de la parte proporcional de frutos y rentas, debe satisfacerse o en bienes de la herencia o en dinero a elección de los herederos (arts. 8.1 y 9.1 LAPG; cfr. art. 379.1 CS). Se trata de una obligación facultativa respecto de la cual habrá de tenerse en cuenta las normas del art. 234 CS en materia de pago de la cuarta trebeliánica cuando no se detrajo en vida del heredero fiduciario y son sus causahabientes quienes la reclaman.

A la cuarta se imputan las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* que haya recibido el acogedor del acogido (así, donaciones o legados), aunque en este último supuesto renunciara a recibirlas (art. 8.3 LAPG; cfr. 382 CS). Las donaciones podrán ser reducidas para pago de la cuarta parte si se hicieron con la intención de defraudarla (cfr. art. 383.2 CS).

El acogido puede atribuir el título de heredero al acogedor. En este caso, el título de heredero absorbe al de acogedor, lo que significa que no pueden aceptarse o renunciarse de forma independiente. Pero sí deberán diferenciarse la cuota que corresponda a la cuarta acogedora y la cuota que le corresponda en cuanto heredero voluntario¹⁰².

101 María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., *Parells heterossexuals*, pág. 182.

102 María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., *Parells heterossexuals*, pág. 183.

C) Acción de reclamación

La acción para reclamar la cuarta acogedora, así como la parte proporcional de frutos y rentas, prescribe al cabo de un año a contar desde la muerte de la persona acogida (art. 8.4 y 9.1 LAPG). El plazo de un año se corresponde con el plazo prescrito en el art. 34.2 c LUEP para reclamar la cuarta parte a la que tiene derecho el conviviente homosexual en caso de muerte o declaración de fallecimiento del otro conviviente. Si se compara con el plazo de cinco años que arbitra el art. 384.4 CS para la acción reclamando la cuarta viudal, nos parece que el plazo de un año es excesivamente breve.

Se trata de una acción personal (art. 8.1 LAPG) al tener la cuarta consideración de derecho de crédito¹⁰³. En todo caso, el acogedor puede solicitar que se anote preventivamente en el Registro de la propiedad su demanda en reclamación de la cuarta (cfr. 386 CS).

D) Extinción y renuncia

No ha lugar a la cuarta parte del valor de la herencia cuando el pacto de acogimiento se extingue por causas diferentes a la muerte o declaración de fallecimiento de la persona acogida (v. gr. si voluntariamente se pone fin al mismo según indica el art. 5.1 a, b, c, d, y f LAPG). Aunque, en realidad, lo que sucederá es que no nacerá el derecho a reclamar la cuarta por falta de uno de los presupuestos.

Se extingue también por el transcurso de un año a contar desde la muerte o declaración de fallecimiento del causante (prescripción, ex art. 8 LAPG).

También se extinguiría la acción si el legitimado falleció antes de ejercerla (cfr. art. 384.2 CS).

La renuncia a la cuarta acogedora se da *a posteriori*, una vez dados los presupuestos de nacimiento de la misma. Esta renuncia puede ser expresa o tácita.

4.6.2.3 Llamamiento como heredero intestado

Otro de los derechos sucesorios que se atribuyen al acogedor es el que corresponde al *heredero intestado* del acogido, si no hay descendientes,

103 María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit. *Parells homosexuals*, pág. 183.

cónyuge o conviviente estable, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado o si no existen herederos intestados por derecho de representación de aquellos (art. 8.5 LAPG). Con razón se ha indicado que se altera el orden de suceder ab intestado establecido en los arts. 330-348 CS puesto que a los colaterales de tercer y cuarto grado se antepone al acogedor con el que no necesariamente ha de haber relación de parentesco alguna¹⁰⁴.

A tenor del art. 3.1 LAPG acogido y acogedor no pueden tener relación de parentesco hasta el segundo grado, lo que no impide que lo tengan en tercero o cuarto grado. Entonces, si no existen descendientes, cónyuge o conviviente estable, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado y el acogedor es colateral de tercer o cuarto grado, se plantea la cuestión de si es llamado a la sucesión del acogido en cuanto acogedor o en cuanto pariente de tercer grado. A nuestro entender, siguiendo el tenor del art. 8.5 LAPG, parece que sería llamado como heredero intestado en cuanto acogedor, de suerte que el título de «acogedor» desplazaría al de «pariente colateral de tercer grado» a los efectos de la sucesión intestada.

En cuanto heredero intestado, al acogedor se aplican las normas generales contenidas en el CS.

4.7. Planteamiento, en cuanto hipótesis, en el Código Civil

Como hemos manifestado más arriba, no nos parece acertado atribuir al acogedor derechos sucesorios que tienen su fundamento en la idea de familia, si no se *bilateralizan* las normas y es sólo el acogedor el que tiene derechos sucesorios en la sucesión del acogido y no a la inversa. Este primer dato es el que debe tener presente el legislador estatal en caso de que quisiera regular la situación de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas otorgándoles derechos sucesorios. En definitiva, se trata de una cuestión de política legislativa que no debe olvidar la estructura de la sucesión en el Código civil.

Seguidamente planteamos, hipotéticamente, los posibles derechos sucesorios de acogedores y acogidos en el seno del Código civil diferenciando según se trate de la *sucesión testada* o de la *intestada*.

104 Esther ARROYO I AMAYUELAS, op. cit., *Manual*, págs. 510; María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., *Parelles heterosexuats*, pág. 183; Encarna ROCA TRIAS/LLUÍS PUIG FERRIOL, op. cit., *Institucions*, V. II, *Dret de la persona i Dret de família*, (6ª ed.), pág. 280.

En la sucesión testada

En primer lugar, tanto acogedor como acogido pueden recibir *atribuciones voluntarias* en las respectivas sucesiones (así, ser nombrados herederos, legatarios, recibir donaciones mortis causa, etc...).

Si no fueran nombrados herederos, acogedor y acogido podrían ostentar en la sucesión testada derechos similares a los del cónyuge, el cual es familia pero no pariente como sucede en el caso objeto de análisis. Habida cuenta de la estructura de la sucesión en el Código civil que se da, como se conoce, sobre la base de los *tercios*, y de la *conurrencia del acogedor o del acogido con el cónyuge supérstite*, resultaría lo siguiente:

i) concurrencia de acogedor o de acogido con el respectivo cónyuge supérstite:

- podría concurrir el acogedor o el acogido con el cónyuge *supérstite* en el usufructo del tercio destinado a mejora, en el caso de que existan hijos o descendientes (art. 834 CC);
- si concurriera con ascendientes, tendría derecho al usufructo de la mitad de la herencia junto al cónyuge supérstite (art. 837 CC);
- si no existieran ni descendientes ni ascendientes, tendría derecho al usufructo de las dos terceras partes de la herencia en concurrencia con el cónyuge sobreviviente (art. 838 CC).

ii) no concurrencia de acogedor o de acogido con el respectivo cónyuge supérstite:

- si no existiera cónyuge pero sí descendientes, tendría él derecho al usufructo del tercio destinado a mejora;
- si, en cambio, sólo existieran ascendientes tendría derecho al usufructo de la mitad de la herencia;
- si no existiera tampoco cónyuge (ni descendientes ni ascendientes) tendría derecho al usufructo de las dos terceras parte de la herencia.

Asimismo, debería tenerse en cuenta el nivel de vida de acogedor o de acogido, de suerte que sólo se atribuya el usufructo si se necesita para la *adecuada manutención* de la persona con derecho al mismo.

En la sucesión intestada

Podría nombrarse heredero intestado al acogedor o al acogido, según el caso, anteponiéndolo a los colaterales de tercer y cuarto grado, si así lo considera oportuno el legislador.

Si no fuera llamado como heredero intestado al existir descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado —y siempre sobre la base del requisito de que sea necesario para mantener su nivel de vida— se le podría atribuir similar derecho de usufructo que en caso de sucesión testada que podría revestir dos modalidades:

- i) o variando la cuota en función con quien concurra como sucede en el caso de la sucesión testada o,
- ii) dada la estructura en tercios de la sucesión, atribuirle el usufructo de un tercio de la herencia independientemente de con quien concurra.

4.8. Propuestas de *lege ferenda* a modo de conclusiones (derecho del Código Civil y derecho catalán)

De entrada, las propuestas pasarían por tener claro el *fundamento* de la atribución de derechos sucesorios: si es la *familia* deberían *bilateralizarse las normas*; si es la *convivencia pero no la convivencia familiar*, no debería atribuirse derecho sucesorio alguno. Basta entonces con la contraprestación derivada del pacto oneroso de acogimiento¹⁰⁵. Si se considera que el fundamento de la figura debe ser otro, bastarían entonces o las normas del derecho de la persona, por las que abogamos, o del derecho patrimonial.

En el ámbito del *derecho catalán*, de *lege ferenda*, se debería:

a. Si se quieren mantener los derechos sucesorios pero *bilateralizados*:

- i) establecer una norma de presunción *iuris tantum* de revocación de disposiciones de última voluntad en caso de extinción del pacto de

105 La LAPG contempla mecanismos correctores de la contraprestación cuando exista desequilibrio derivado de determinados eventos que la propia norma contempla (arts. 5.1 f y 9.2).

acogimiento por causas diferentes a la muerte o declaración de fallecimiento de la persona;

- ii) recoger como causa de indignidad el comportamiento negligente de acogedor o de acogido a la hora de su asistencia y protección recíproca;
- iii) hacer depender la cuarta parte del valor de la herencia de la *necesidad para su sustento* de la persona legitimada para reclamarla.

b. En caso de no querer mantener los derechos sucesorios y optarse por la protección desde la faceta personal del acogimiento, debería establecerse una norma relativa a la *prohibición de suceder de acogedor en la sucesión del acogido*.

c. En todo caso, debería establecerse una prohibición de adquirir *inter vivos* bienes del acogido por parte del acogedor.

Para el ámbito del *Código civil*, de entrada, debería sopesarse si es necesario o no atribuir derechos sucesorios en caso de acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas. De hecho, la reflexión va mucho más allá, en el sentido de plantearse si realmente es necesaria una ley que regule esta situación y relación jurídica —la del acogimiento— como solución a la situación de envejecimiento, de contar con una ayuda (asistencia personal) específica y frente al problema de que los poderes públicos no tienen suficientes medios para responder y ha de contarse con las relaciones privada (el Derecho Privado). Al respecto, deberían tenerse presente las opiniones y planteamientos del sector afectado que, hoy por hoy, no quiere ser *acogido* sino vivir de forma independiente en su hogar y recibir ayuda externa ocasional. Téngase presente que pueden buscarse mecanismos de protección de las personas mayores y/o discapacitadas sin necesidad de atribuir derechos sucesorios¹⁰⁶.

Si se considera que sí deben atribuirse, entonces, debería hacerse referencia al acogimiento entre las *causas de indignidad* para suceder (art. 756 CC), como se ha hecho respecto de las personas con discapacidad¹⁰⁷. Si no se opta por atribuir derechos sucesorios, también debería establecerse una prohibición de suceder como las recogidas en el art. 753 CC. Los derechos a otorgar, al tratarse de una cuestión de política legislativa, quedan a la con-

106 Recuérdense los ejemplos que nos aportan tanto el derecho alemán como el suizo.

107 Vid. Lluís PUIG FERRIOL, op. cit. «La protección del discapacitado: aspectos sucesorios» págs. 302 y ss.

veniencia del legislador. Nosotros hemos esbozado una propuesta teniendo en cuenta la estructura de la sucesión, pero que, como cualquier otra propuesta es susceptible de revisión y, por supuesto, de crítica. En cualquier caso, lo que sí nos parece necesario es que se tenga en cuenta el aspecto *fiscal* de los derechos sucesorios si se quiere hacer al acogimiento de personas mayores y/o discapacitadas realmente atractivo.

5. DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE EN LAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA DE AYUDA MUTUA (LLEI 19/1998, DE 28 DE DICIEMBRE)

5.1. Las situaciones de convivencia de ayuda mutua

La Llei 19/1998 de 28 de diciembre, sobre situaciones de convivencia de ayuda mutua, tuvo un *iter* parlamentario ciertamente accidentado. En principio este dato no debería afectar al objeto de estudio de este trabajo, los posibles derechos sucesorios de los convivientes, pero conviene no olvidar — como se ha constatado *supra*— que en un principio un único proyecto de ley incluía la regulación de las parejas de hecho - las situaciones de convivencia de ayuda mutua y el acogimiento de personas mayores - que seguía un trámite paralelo al Proyecto de Código de Familia; dato del que podría deducirse que en la mente del legislador éstas situaciones de convivencia diferentes del matrimonio, a pesar de referirse a personas con intereses muy distintos, tenían puntos en común (la convivencia y la ayuda mutua) que podía llegar a englobarse en un nuevo concepto de familia.

Con posterioridad los avatares parlamentarios de dichos proyectos dieron como resultado cuatro normas publicadas en tiempos diferentes, ya conocidas, así el Código de Familia (CF) y la Ley de uniones estables de pareja (LUEP) ambas leyes de la misma fecha, 15 de julio de 1998, la Ley que regula las situaciones de convivencia de ayuda mutua (LSCAM) del 28 de diciembre de 1998, y, dos años después, la Ley reguladora del acogimiento de las personas mayores (LAPG) de 29 de diciembre de 2000.

El concepto de situaciones de convivencia de ayuda mutua no se define en la Ley, que en su preámbulo se refiere a situaciones diversas¹⁰⁸ y si bien

108 En este sentido ver: Judith SOLÉ RESINA «Las otras formas de convivencia de ayuda mutua» (Comentario a la ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua). *La Notaria*, mayo 1999, pág. 70.

no limita la edad de los posibles convivientes, la intención manifiesta en la misma es ofrecer soluciones a los problemas de personas mayores. El art. 1 establece el ámbito de aplicación de la ley en el siguiente sentido: «las disposiciones de esta ley son aplicables a las relaciones de convivencia de dos personas o más en una misma vivienda habitual, que sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como si es desigual y tanto si la carga económica es asumida sólo por alguno o algunos de los convivientes y el trabajo por otro u otros», de forma que la regulación de este tipo de convivencia puede ser aprovechada también por personas que reuniendo los requisitos que establece la ley no forman parte del colectivo calificado de personas mayores o de la tercera edad.

Precisamente en esta misma línea, se sitúa una Iniciativa de Ley mejicana de 2002, titulada «La sociedad de convivencia» en la que paralelamente a las parejas de hecho se regula una relación de convivencia en las que no existe trato sexual, «basada en auténticos lazos de solidaridad humana, de comprensión espiritual, de apego afectivo y adhesión desinteresada»; iniciativa que, por cierto, no ha prosperado¹⁰⁹, pero que puede ser de interés a los efectos de nuestro estudio.

La relación de convivencia tiene *su origen en un pacto expreso*, formalizado mediante escritura pública o en un pacto tácito puesto de manifiesto por dos años de convivencia, que sin embargo deberá ser acreditada, en su caso, por acta de notoriedad (art. 3 LSCAM). En consecuencia su naturaleza es contractual, no se trata de un negocio jurídico de derecho de familia, sino de un pacto privado entre extraños, o entre parientes colaterales (art. 2 LSCAM). Es un contrato en el que son partes los convivientes y en el que cada uno de ellos aporta medios o trabajo, o ambos, y recibe como compensación lo aportado por los demás, en la medida en que lo hayan establecido. Se trata de un contrato plurilateral, oneroso conmutativo, *intuitu personae* (fundado en la confianza) y de tracto duradero¹¹⁰.

Sin embargo, determinados efectos los previene la ley para el supuesto de que los convivientes no los hayan excluido; de ahí la importancia de los efectos derivados de la extinción del pacto por muerte de uno de los convivientes.

109 En línea: <http://www.convencion.org.uy/menu3-016.htm>. Consulta: noviembre 2005.

110 María del Carmen GETE ALONSO y CALERA op. cit. «Tema 1. La familia y las situaciones de convivencia» en *Derecho de Familia* 2ª ed., pág. 22.

Los sujetos de la relación de convivencia de ayuda mutua deben reunir determinados requisitos:

- ser mayores de edad, lo que excluye a los menores emancipados, si bien no se establece ninguna otra limitación.
- no deben ser parientes entre ellos en línea recta; en cambio pueden ser colaterales. La exclusión de los parientes en línea recta puede justificarse en la obligación de alimentos amplios entre los mismos, que suple las posibles ventajas de la situación de convivencia de ayuda mutua, mientras que entre hermanos los alimentos son los estrictos, de ahí su no exclusión. Aunque para constituir la relación de convivencia no es necesario que concorra el estado de necesidad de ninguno de los futuros convivientes.
- basta tener una relación de amistad o de compañerismo
- quedan excluidas aquellas personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una pareja de hecho. Por lo cual no pueden aprovechar esta ley los matrimonios ni las parejas de hecho, ni los separados, judicialmente o de hecho. Los matrimonios o parejas de hecho pueden recurrir al acogimiento de personas mayores.

Respecto a la capacidad de las personas, la Ley no menciona la plena capacidad de obrar, solamente la necesidad de que los convivientes sean mayores de edad. Lo anterior puede interpretarse de manera que los incapacitados también pueden formar parte de una relación de convivencia de ayuda mutua, si bien quien deberá consentir será su representante legal¹¹¹, de forma parecida al supuesto contemplado en la LAPG.

En cuanto al número de convivientes el art. 2 LSCAM, lo limita a cuatro personas en los supuestos en los que no exista parentesco entre ellas, mientras que no pone límite si son parientes. Se trata de un límite sin ninguna justificación, si bien en la práctica y dado que las viviendas tienen una determinada capacidad, tampoco es de esperar que formen parte de la relación un

111 Vid. Al respecto: María YSAS SOLANES, (junto con M^a del Carmen GETE ALONSO y CALERA/Judith SOLE RESINA) *Situacions de convivència diferents del matrimoni. Situacions convivencials d'ajuda mútua*, Càlamo, Barcelona 2003, pág. 99 y ss; Covadonga RUISANCHED CAPELASTEGUI «Comentari al art. 5 LSCAM» en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua* (Joan EGEA FERNÁNDEZ/ Josep FERRER RIBA, Directors), Tecnos, Madrid 2000, pág. 1276.

mayor número de personas, a no ser que la ley sea utilizada para una finalidad distinta de la que se predica en su Preámbulo.

Aparte de las manifestaciones del Preámbulo de la Ley acerca de la finalidad de la misma, el objeto de la relación es establecer la convivencia entre las distintas personas en una vivienda, que será la habitual, con voluntad de permanencia y de proporcionarse ayuda recíprocamente. La forma y la medida de esta ayuda no ha de ser necesariamente igual para todos los convivientes, sin que esta desigualdad implique faltar al pacto. Lo que no sería admisible, es que uno de los convivientes no aportara absolutamente nada a la relación, porque el pacto de convivencia no es un negocio gratuito, sino que contempla siempre una contraprestación.

Si los sujetos se ajustan a los requisitos establecidos por la ley, pueden constituir la relación de convivencia de ayuda mutua. La ley respeta la autonomía de la voluntad de manera que el art. 4 dispone que los convivientes pueden establecer verbalmente o por escrito público o privado los pactos reguladores de la convivencia, los derechos y los deberes respectivos, comprendidas las causas y las normas de extinción de la misma. Los pactos pueden modificarse verbalmente, en documento privado o público, según lo que establezcan.

La forma puede ocasionar problemas de prueba, especialmente cuando el pacto o su modificación han sido realizados verbalmente. En cuanto a la necesidad de que el pacto o su modificación conste en forma pública, dependerá del contenido, de manera que si en el mismo se realiza algún negocio jurídico que precise de la misma, deberá observarse. El hecho de que el pacto originario se halle documentado en una forma determinada y la modificación sea verbal, o a la inversa, no es óbice para su validez y eficacia. Como se ha dicho, el problema puede llegar a ser de prueba.

5.2. Extinción de la convivencia: clases de extinción

La extinción de la convivencia puede darse por diferentes motivos, en vida de los convivientes:

- por acuerdo de todos ellos
- por la voluntad unilateral de uno de los miembros de la relación
- por matrimonio o establecimiento de pareja de hecho de uno de los convivientes, dentro o fuera de la relación.

— por las causas establecidas en el pacto.

Teniendo en cuenta que la relación puede extinguirse por voluntad unilateral de cualquiera de los convivientes, se hace difícil pensar que causa puede establecerse en el pacto que implique la extinción que merezca ser tenida en consideración. Parece más práctico establecer los efectos de la extinción en función de la forma en que la misma ha tenido lugar, más que la causa en sí misma.

La extinción también puede tener lugar por muerte de uno de los convivientes.

Excepto el supuesto en que la extinción se produzca por acuerdo de todos los convivientes, en cuyo caso la extinción será total o absoluta, en los demás casos, la extinción va referida a un sujeto, el que expresa su voluntad de no permanecer en la relación, el que se casa o constituye una pareja de hecho, o el que se muere. En todos estos supuestos los demás convivientes pueden continuar en la relación, reajustando los acuerdos, ya que con un miembro menos el reparto de cargas será distinto¹¹². En este caso la extinción será parcial o relativa, ya que afecta a uno sólo de los convivientes, aunque, si se hubiera pactado como forma de extinción absoluta el que un miembro decidiera extinguir su relación, nada impediría a los demás pactar una nueva situación de convivencia de ayuda mutua.

5.3. Efectos de la extinción: extinción por muerte de uno de los convivientes

Los efectos de la extinción de la convivencia se recogen en los arts. 6, 7 y 8 (LSCAM) y se distinguen diferentes supuestos:

- efectos de la extinción de la convivencia con respecto a la vivienda habitual (art.6 LSCAM), diferenciando según que la extinción se haya producido:
 - en vida de todos los convivientes
 - por muerte de uno de ellos

¹¹² Art. 5 LSCAM «...la convivencia puede continuar, con las modificaciones necesarias en los pactos reguladores, entre los convivientes que no compartan la voluntad de extinguirla...».

- efectos de la extinción producida en vida de todos los convivientes, con referencia al posible derecho de compensación económica por razón del trabajo realizado en medida superior a lo pactado (art. 7 LSCAM).
- efectos de la extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes y derecho a pensión periódica de los sobrevivientes (art.8 LSCAM).

El art. 5.3 LSCAM previene para el caso de extinción parcial o relativa, que la continuidad de la convivencia de los que no se hayan apartado de la misma, no puede perjudicar en ningún caso los derechos del conviviente o convivientes que hayan cesado ni los de los herederos del premuerto. Esta puntualización es importante porque, como veremos, en algunos casos los herederos habrán de soportar los efectos que establece la ley a no ser que su causante los haya excluido expresamente. De manera que el no perjuicio debe considerarse hasta el límite de las previsiones de la ley, aunque evidentemente los herederos se verán afectados por los derechos que mantengan los demás convivientes que fueron de su causante¹¹³.

En este trabajo sólo se hará referencia de los efectos de la extinción producida por muerte de uno de los convivientes: respecto a la vivienda habitual, y a la pensión periódica.

5.3.1. Derecho al uso de la vivienda común

En las relaciones de convivencia de ayuda mutua, la vivienda ha de considerarse una aportación del titular conviviente, que se configura como el soporte físico esencial de la convivencia, de forma que sin la vivienda compartida no se produce la situación de convivencia¹¹⁴. Precisamente por la relevancia de la vivienda compartida es por lo que la ley prevé la situación en que quedarán los convivientes a la extinción de la relación, y se distingue

113 María YSAS SOLANES, op. cit., *Situacions de convivència*, pág.112.

114 ANTONI CUMELLA GAMINDE «Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella... pág. 1280 «Comentari al art. 6 LSCAM» en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua* (Joan EGEA FERNÁNDEZ/Josep FERRER RIBA, Directores), Tecnos, Madrid 2000, pág. 1280.

según haya existido pacto o no, si la extinción se ha producido en vida de todos los convivientes o por muerte de alguno de ellos, y de si el conviviente que ha extinguido la relación era titular de la misma como propietario o como arrendatario. Cuestiones que, habría que matizar, además, en el supuesto de cotitularidad de la vivienda de tercero no conviviente¹⁵.

En cualquier caso prima lo establecido en el pacto de constitución de la situación de convivencia de ayuda mutua o en sus modificaciones y sólo en su defecto se impone lo establecido por la ley.

Si la extinción se produce por muerte de la persona titular de la vivienda, a falta de pacto, indica el art. 6.2 LSCAM que «los convivientes podrán continuar ocupando la vivienda durante seis meses».

Previsiones similares se regulan en otras situaciones, como hemos ido viendo hasta el momento. Así, en el acogimiento de personas mayores, en el que se reconoce el derecho de ocupación de la vivienda durante un año y el uso del ajuar doméstico. También, en las uniones estables de pareja se otorga al superviviente el derecho a habitar durante el año siguiente a la muerte de la pareja la vivienda común. Por último, el Código de Familia atribuye al cónyuge superviviente el derecho a habitar toda la vivienda conyugal durante el año siguiente a la muerte de su consorte, dentro de las previsiones del año de viudedad.

Mientras en el caso de los cónyuges y de las uniones de hecho, este derecho se funda en la relación familiar (matrimonial o no matrimonial) unido al hecho efectivo de la convivencia; otro es el fundamento en el que se asienta este derecho en el acogimiento de personas mayores y en el que nos ocupa: las situaciones de convivencia.

En el caso del acogimiento de personas mayores, se trata de un derecho que la ley otorga a los contratantes si concurren los requisitos que la propia ley establece; es un efecto derivado del contrato que no puede calificarse como familiar, ni como derecho sucesorio en sentido estricto, a pesar de ser la muerte de una de las partes la que lo hace eficaz.

En cuanto al derecho de los convivientes supervivientes al uso de la vivienda habitual después de la muerte de uno de ellos (art. 6.2 LSCAM) tampoco puede calificarse como familiar ni sucesorio, pese a que la LSF en el art. 3.1 establezca como situaciones equiparadas a la familia las relaciones de convivencia de ayuda mutua constituidas de acuerdo con la LSCAM, el derecho de uso de la vivienda no es familiar, por las mismas razones que en el derecho de uso de la vivienda en el caso del acogimiento familiar.

En efecto, la base de las situaciones de ayuda mutua, es un contrato, y la ley establece unos efectos para el caso de muerte de uno de los convivientes entre los que se encuentra un derecho de uso¹¹⁶ de la vivienda habitual, salvo pacto en contrario, limitado en el tiempo a seis meses. Si la vivienda era propiedad del fallecido, sus herederos deberán soportar la carga, se supone que sin contrapartidas, a pesar de que el art. 5.2 LSCAM indique que la continuidad de la convivencia no puede perjudicar a los herederos del conviviente fallecido.

Si la vivienda era de alquiler y el titular del arrendamiento era el conviviente fallecido, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año o por el tiempo que falte para la finalización del plazo contractual, si éste es inferior (art. 6.3 LSCAM). Se ha discutido, por la doctrina, si esta previsión legal altera la relación de las personas que pueden subrogarse en el contrato de arrendamiento, que efectúa del art. 16 de la LAU¹¹⁷. Aquí se mantiene la opinión de que el art. 6.3. LSCAM añade para Cataluña, que es el ámbito de aplicación de la LSCAM, un supuesto más de subrogación no contemplado por la LAU, lo que es posible en base al art. 9.2 EAC¹¹⁸ y el art. 111-3 CC¹¹⁹, de acuerdo con el Preámbulo de la LSCAM que manifiesta que la regulación de las situaciones de convivencia de ayuda mutua se ha llevado a cabo de forma ajustada al marco de competencias establecido en el EAC.

Problema distinto es el relativo a qué persona es la que debe subrogarse en el contrato de arrendamiento, en el caso de que sean varias las interesa-

115 Vid. Al respecto: María YSAS SOLANES, op. cit., *Situacions de convivència*, pág. 117; Antoni CUMELLA GAMINDE, op cit. «Comentari» pág. 1282.

116 Para Antoni CUMELLA GAMINDE, «el estado posesorio de los no titulares de la vivienda que es la vivienda habitual de los convivientes deriva de una relación de comodato, de préstamo de uso, entre el titular y los convivientes no titulares o comodatarios.» (op cit, «Comentari», pág. 1282).

117 Sobre ésta cuestión vid: Judith SOLE RESINA, op cit, *Situacions de convivència*, pág. 72; Josep SOLE FELIU. «Comentari al art. 8 LSCAM» en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua* (Joan EGEA FERNÁNDEZ/Josep FERRER RIBA, Directores), Tecnos, Madrid 2000, pág. 1215.

118 Estatuto de Autonomía de Cataluña. Título Primero. Competencias de la Generalidad. Art. 9 «La Generalidad tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 2 Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán».

119 Código Civil de Cataluña. Art. 111-3 Territorialidad. «El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad».

das, si bien no debe haber ningún inconveniente en que todas sean cotitulares del arrendamiento¹²⁰.

Recapitulando, el derecho de uso de la vivienda habitual que contempla el art. 6.2 LSCAM y la subrogación en el arrendamiento del art. 6.3 LSCAM son los efectos que establece la regulación de las situaciones de convivencia de ayuda mutua, siempre que no hayan sido excluidos por pacto entre los convivientes, y derivan del propio contrato, no son derechos familiares ni sucesorios.

A pesar de los importantes cambios en el ámbito del derecho de familia, no puede calificarse todavía a las situaciones de convivencia de ayuda mutua como situaciones familiares, por ello la LSF tan sólo las considera como situaciones equiparables.

5.3.2. Derecho a una pensión

El art. 8 LSCAM establece que, en caso de extinción de la convivencia por defunción de uno e los convivientes, el conviviente o los convivientes que sobrevivan que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto en el último año de convivencia previo a la defunción y no tengan medios económicos suficientes para mantenerse tienen derecho a una pensión alimenticia, a cargo de los herederos de aquel, por un periodo máximo de tres años. La cuantía de la pensión y su duración se establecerán de acuerdo con los criterios que indica la propia ley.

A continuación analizaremos este derecho de los convivientes.

5.4. La pensión periódica en caso de defunción

La pensión periódica tiene unas características especiales, así, es necesario que:

- los convivientes hayan sido mantenidos total o parcialmente por el premuerto
- durante el último año de la convivencia previo a la defunción
- que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse

120 Al respecto vid: Antoni CUMELLA GAMINDE, op cit, «Comentari», págs. 1282 y ss.

La pensión tiene naturaleza alimenticia, se impone a cargo de los herederos y su duración máxima es de tres años.

Se han puesto de manifiesto¹²¹ las diferencias entre ésta pensión y los caracteres de los alimentos legales, así, la temporalidad, la independencia del estado de necesidad, y la posibilidad de renunciarla anticipadamente. En definitiva se trata de una pensión que tiene naturaleza alimenticia porque exige el estado de necesidad, pero a pesar de que éste se mantenga en el tiempo, el plazo máximo no puede exceder a tres años. En realidad la finalidad de ésta pensión es evitar transitoriamente situaciones de desamparo de personas que de no poder disponer de la pensión, deberían ser atendidas por los servicios sociales.

Esta pensión periódica regulada en el art. 8 LSCAM comparte algunos caracteres con el año de viudedad del art. 36 CF y con el derecho de alimentos que el art. 18.2 LUEP reconoce a las parejas heterosexuales, si bien con importantes diferencias. Por su parte la LAPG recoge un derecho, que recuerda la cuarta viudal¹²², aparte de modificar el orden de la sucesión intestada (arts. 8 y 9 LAPG). En cambio la ley de situaciones de convivencia de ayuda mutua, que comentamos, no incide directamente en el derecho de sucesiones, pero en el caso de que los convivientes se hagan disposiciones testamentarias, estos tienen un tratamiento fiscal equivalente a los parientes del III grupo en el impuesto de sucesiones y donaciones, es decir, igual que los colaterales de segundo y tercer grado.

Curiosamente la iniciativa de ley mejicana de «la sociedad de convivencia»¹²³, otorga derechos sucesorios a los convivientes, ya que genera relaciones familiares (art. 3) y prevé que les sea aplicable lo relativo a la sucesión legítima entre parientes colaterales en segundo grado (art. 11.2). Como puede verse, esta Iniciativa de Ley, no se planteaba ningún problema ni respecto a la naturaleza de la relación que califica de familiar, ni en cuanto a los derechos sucesorios, para los cuales tras equiparar el grado de parentesco de los convivientes a los colaterales de segundo grado, remite a la normativa general.

Volviendo al art. 8 LSCAM, y vista la regulación de la pensión que se realiza en las demás normativas reguladoras de situaciones convivencia, in-

121 COVADONGA RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, op cit, «Comentari», pág. 1287.

122 ENCARNA ROCA TRIAS, op cit, *Institucions*, Vol III, 6ª Ed. *Dret de Successions*. págs. 571 y ss.

123 En línea: <http://www.convencion.org.uy/menu3-016.htm>

cluida la matrimonial, se deduce que la primera no es comparable a ninguna de ellas. La pensión periódica, en el caso de defunción, en las situaciones de convivencia de ayuda mutua, es una institución específica para esta clase de convivencia, que se caracteriza por la exigencia de diferentes requisitos, que prevé la situación de desamparo en que podrían hallarse el conviviente o convivientes supervivientes, y que ha de combinarse, en su caso, con el derecho a habitar la vivienda común que previene la ley, para evitar que la muerte del conviviente sobre el que recaía el esfuerzo económico más importante llegue a crear problemas inmediatos para el resto de convivientes o para la administración.

La calificación de la pensión periódica como derecho de alimentos, aunque con características muy específicas, así, renunciable *a priori*, plantea la cuestión de determinar si es preferente al derecho de alimentos entre parientes, concretamente si los supervivientes deberán pedir antes alimentos a sus parientes y en su defecto, hallándose en estado de necesidad subsidiariamente podrán ejercer el derecho derivado del pacto de convivencia contra los herederos del causante, o no existe un orden entre ellos.

Presupuesto estricto de la obligación legal de alimentos entre parientes es la situación de necesidad, y es posible entender que esta necesidad sólo se produce cuando las instituciones sociales de protección no cumplen los requisitos que tienen encomendados, según los arts. 41, 49 y 50 CE, de forma que los alimentos entre parientes pueden considerarse una obligación subsidiaria¹²⁴. Pero la falta de soluciones públicas a situaciones de precariedad económica que afectan especialmente a personas mayores, ha hecho surgir una normativa en el ámbito del derecho privado, que intenta poner alguna solución a estos problemas, con base en la solidaridad social, sin intervención de la administración, haciendo surgir derechos de alimentos limitados, entre personas que no son parientes, por haber establecido entre ellas una relación privada de convivencia, y un ejemplo de ésta práctica es la pensión periódica por defunción de uno de los convivientes, a favor de los demás, y a cargo de los herederos del premuerto.

124 LUIS DIEZ PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid 2004 (9ª ed), pág. 48.

5.4.1. Requisitos de la pensión periódica

Los requisitos para que pueda ejercitarse el derecho a la pensión periódica son los siguientes:

- a) Los convivientes no han de haber renunciado previamente a la misma. Es decir, no existe derecho a la pensión si así se ha pactado a la constitución del régimen de convivencia (art. 8.2 LSCAM). Esta posibilidad de renuncia se aparta de la regulación del derecho de alimentos (art. 270 CF) que es irrenunciable *a priori*.
- b) Los convivientes sobrevivientes han de haber sido mantenidos total o parcialmente por el premuerto, de forma que eran dependientes del causante parcial o absolutamente para su manutención. Se trata de una dependencia económica, que incluye todo lo necesario para la alimentación, vivienda, vestido, asistencia médica etc., aunque es posible no incluir todos estos gastos, ya que la dependencia podía ser parcial.
- c) Es necesario que se haya producido la situación de dependencia durante el último año de convivencia. Quedan excluidos los convivientes que no llevan un año de convivencia o que llevándolo no hace un año que dependían del premuerto. No acaba de entenderse esta exclusión, ya que si de lo que se trata es de evitar situaciones de estado de necesidad, lo mismo se producirán si la convivencia ha sido de un año o de seis meses.
- d) Los convivientes supervivientes no han de tener medios económicos suficientes para su mantenimiento. En efecto, el hecho de que hayan sido mantenidos no significa que no tuvieran un patrimonio, y además se han de tener en cuenta, los beneficios hereditarios que hubieren obtenido, en su caso, en la sucesión del causante. Aquí también se plantea si el derecho a la pensión puede ser reclamado por los convivientes supervivientes directamente, antes de solicitar alimentos legales a sus parientes, o dicho de otra forma, si los herederos del conviviente premuerto pueden excepcionar ante la reclamación de la pensión, que los convivientes no han utilizado todos los medios a su alcance para solucionar su estado de necesidad, o éste se ha producido porque han dispuesto de sus bienes a título gratuito provocando esta situación. Sobre el reclamante recae la

carga de la prueba de su mantenimiento por parte del causante¹²⁵, y sobre el heredero deudor la de que el acreedor no está en estado de necesidad, para lo cual podrá utilizar todos los medios de prueba admitidos en derecho. En la duda, si el conviviente acreedor no quiere pedir alimentos a sus parientes, el heredero deberá soportar esta decisión o podrá hacer comparecer en la litis a los parientes obligados¹²⁶.

- e) La pensión tiene límite temporal máximo de tres años, y para la determinación del plazo se tienen en cuenta los mismos criterios que para la determinación de la cuantía. Este límite de tres años hace al conviviente de una relación convivencia de ayuda mutua beneficiario de una pensión de mejores condiciones que las que tiene el cónyuge viudo o el conviviente superviviente en una relación estable de pareja, tratamiento privilegiado, sin ninguna justificación, frente a la regulación existente en otras situaciones de convivencia¹²⁷.

5.4.2. Determinación de la pensión

La fijación de la pensión implica dos límites, uno cuantitativo y otro temporal. La forma de llevarla a cabo viene indicada en el art. 8 LSCAM, que establece que en primer lugar ha de intentarse fijar la pensión por acuerdo de los afectados. Este acuerdo puede negociarse llegado el momento, o puede venir impuesto por el pacto de constitución de la situación de convivencia (de la misma forma que puede excluirse el derecho de pensión).

A falta de pacto la pensión se fijará mediante arbitraje o judicialmente. En estos supuestos deberán ser tenidos en cuenta los siguientes criterios:

- a) El coste del mantenimiento, es decir, en que consistía la ayuda que el causante proporcionaba al conviviente o convivientes supervivientes, para lo cual deberán comprobarse las necesidades que cubría y si estas persisten. El límite lo constituye lo que efectivamente se recibía en vida del causante. Si el acreedor ha aumen-

125 Covadonga RUISSANCHEZ CAPELASTEGUI, op cit, «Comentari» pág. 1290.

126 Sobre esta cuestión, vid: María YSAS SOLANES, op cit, *Situacions de convivencia*, pág. 126.

127 Judith SOLE RESINA, op cit, *Situacions de convivencia*, pág. 75.

tado su patrimonio, el importe de la pensión sólo deberá cubrir la diferencia entre lo que recibía y lo que ahora todavía precisa para su mantenimiento¹²⁸.

- b) El tiempo durante el cual fueron mantenidos o mantenido el acreedor. El mínimo que establece la ley es un año, y el hecho de que la situación de dependencia se haya prolongado durante más tiempo parece que puede implicar una mejora en las posibilidades de obtener la pensión. Se asemeja a una situación de derechos adquiridos. Si es así, cuanto más tiempo hayan dependido los convivientes del causante, más tiempo deben soportar la pensión los herederos, con el límite de tres años, lo que no tiene sentido porque la pensión no compensa el trabajo prestado, ni la pérdida de oportunidades.
- c) El caudal relicto. Para el cálculo del caudal relicto, la ley no establece ningún criterio. Las normas de cálculo de la cuarta viudal del CS, se refieren a una situación concreta, equiparable a los supuestos de los arts. 34 y 35 LUEP, pero sin paralelismos en el caso de pensión periódica por defunción en las situaciones convivencia de ayuda mutua. El art. 8 LSCAM establece que la pensión periódica es a cargo de los herederos del premuerto, de manera que una interpretación puede ser que, debe entenderse por caudal relicto, a los efectos del cálculo de la pensión periódica, aquello que efectivamente recibe el heredero, es decir neto, una vez pagadas las deudas, y todas las disposiciones testamentarias, en su caso, las legítimas y los gastos de entierro y última enfermedad¹²⁹.

Calculada la pensión aplicando los criterios anteriores debe comprobarse que no sobrepasa los límites establecidos por la propia ley. Así, la capitalización de la pensión al interés legal del dinero no puede exceder a la mitad del valor del caudal relicto si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante, salvo que sean menores de edad o discapacitados, en cuyo caso el límite ha de ser la quinta parte del valor de la herencia. Es de notar la discriminación que sufren los hijos adoptivos, para los cuales no actuará el límite.

128 Para el caso de aumentar las necesidades del acreedor vid: Covadonga RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, op cit, «Comentari», pág. 1291.

129 Vid: María YSAS SOLANES, op. cit, *Situacions de convivencia.*, págs. 128 y ss.

La pensión se extingue además de por el cumplimiento del plazo por el que fue establecida, por las mismas causas que extinguen la obligación de alimentos entre parientes¹³⁰.

5.5. Naturaleza jurídica de los efectos derivados de la extinción de la situación convivencial de ayuda mutua por muerte de un conviviente

Los efectos que se contemplan son:

- el derecho al uso de la vivienda común
- el derecho a pensión periódica
- el tratamiento fiscal privilegiado en la sucesión testamentaria del causante.

En derecho al uso de la vivienda común, ya se ha dicho en otro lugar, es un derecho derivado del contrato, que no guarda paralelo alguno con derechos similares regulados en el ámbito del derecho de familia, aunque si se tienen en cuenta las equiparaciones que hace la LSF entre situaciones de convivencia de ayuda mutua y situaciones familiares, podría también equipararse éste derecho a un derecho familiar.

El derecho de pensión periódica, si bien también deriva del contrato, incide claramente en la sucesión del causante. Si tenemos en cuenta que en otras leyes se otorgan derechos sucesorios a personas no parientes del causante, puede también pensarse que en la ley de situaciones de convivencia de ayuda mutua también se hace.

En este orden de cosas, la pensión periódica puede calificarse bien como de un legado de alimentos, bien como una carga impuesta al heredero, o una donación mortis causa.

La distinción entre legado y modo ha sido largamente discutida por la doctrina¹³¹, aquí aplicaremos la siguiente: el legado es siempre una carga o un gravamen de la herencia, mientras que el modo siempre es una carga del heredero o legatario gravados.

130 Vid: COVADONGA RUISANCHED CAPELASTEGUI, op cit, «Comentari», pág. 1292; MARÍA YSAS SOLANES, op cit, *Situacions de convivència*, pág. 130.

131 Una exposición de los criterios de distinción defendidos por la doctrina en MARÍA YSAS SOLANES, M. «El mode testamentari i el llegat damnatori» en *La Llei de Catalunya i Balears*, gener 1996, págs. 1 y ss.

Aquí se mantiene que la pensión es una carga del heredero, aunque para determinarse se utilice el valor del caudal relicto, en línea con lo comentado al tratar de la fijación de la pensión y de la determinación del caudal relicto.

Ahora bien, si consideramos la pensión como un legado de alimentos, podemos pensar que el legado debe ser dispuesto en testamento, codicilo o memoria testamentaria, en éste último caso respetando el límite de cantidad establecido por el Código de Sucesiones¹³². La constitución de la situación de convivencia de ayuda mutua, aunque se haya realizado mediante escritura pública difícilmente reviste la forma requerida para las disposiciones *mortis causa*.

La voluntad del causante, en cuanto a la pensión, ha podido ser manifestada de forma explícita en el pacto de constitución de la situación de convivencia, o bien se entenderá que se ha ordenado implícitamente, si no ha sido excluido expresamente. De forma que no hay duda en cuanto a la manifestación de voluntad, pero sí en la documentación de su forma.

Si consideramos que la pensión es una donación *mortis causa*, obviamos el problema de la forma del otorgamiento¹³³, siempre que la constitución de la situación de convivencia de ayuda mutua se haya hecho en escritura pública, lo que discriminaría todos los casos en los que se constituye por convivencia continuada. La donación por causa de muerte se realiza porque se prevé la muerte del donante, en cuyo caso, éste quiere que determinados bienes no sigan el destino de la sucesión: si el donante sobrevive al donatario, la donación no tiene razón de ser y por tanto deviene ineficaz¹³⁴.

Por último, los convivientes supervivientes si son beneficiarios en la sucesión del conviviente premuerto, que siempre será sucesión voluntaria, la DA 1ª LSCAM establece que, las situaciones de convivencia de ayuda mutua tienen, en relación con el impuesto de sucesiones y donaciones y respecto a las adquisiciones *mortis causa* de uno de los convivientes en la herencia del otro, la asimilación a los parientes del III Grupo. Esta asimilación está en la línea del art. 3.1 LSF que, como se ha dicho, contempla situaciones equiparadas a las familiares.

132 Arts. 102, 122, 123. del Código de Sucesiones (CS)

133 Art. 394 CS.

134 Encarna ROCA TRIAS, op cit, *Institucions*, Vol III *Dret de Successions* (6ª ed) pág. 376.

5.6. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*

Cualquier propuesta de regulación debería partir de la consideración que debe darse a las situaciones de convivencia de ayuda mutua. Si se trata de un pacto privado, no hay ninguna razón para que la ley, aunque sea en defecto de pacto, a la muerte de un conviviente otorgue ningún derecho a los demás. Aunque como se ha visto el uso de la vivienda y la pensión periódica evitan momentáneamente situaciones que en otro caso posiblemente debería solucionar la administración.

Para conseguir los efectos que pretende la ley, basta con pactarlos entre las partes a través de un contrato de sociedad civil, porque en la actual regulación lo único positivo es el ahorro en el impuesto de sucesiones, si el conviviente causante decide favorecer a sus compañeros en su sucesión.

Si se acepta que las situaciones de convivencia de ayuda mutua son equiparables a ciertas situaciones familiares, los derechos derivados de la relación deberían ser coherentes con la misma.

En primer lugar debería quedar claro a que situaciones familiares son equiparables las convivencias de ayuda mutua. Si en la línea de la DA 1ª se considera que la relación se asimila a un parentesco colateral, establecer el grado¹³⁵, y a partir de aquí derivar los derechos correspondientes, de alimentos, en su caso, y sucesorios.

Por último, si se considera que las situaciones de convivencia de ayuda mutua son una institución especial a la que no cabe buscar paralelismos porque se corresponde a un nuevo tipo de familia, o de sociedad, debería regularse de manera completa evitando las lagunas que ahora existen.

En cualquier caso, después de siete años de vigencia de la ley, puede afirmarse que su éxito ha sido más bien escaso, y difícilmente habrá contribuido a solucionar los problemas que según el Preámbulo eran su objetivo.

De ahí que, particularmente en lo que se refiere a este grupo, sí que sea cuestionable la oportunidad, *de lege ferenda*, de proponer la regulación de estos derechos para el Código Civil.

135 Que en definitiva es lo que hace la Iniciativa de Ley mejicana: segundo grado colateral (art.11.2)

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: PLANTEAMIENTO FRENTE A UNA FUTURA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES QUE INCIDA EN LAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA

¿A qué derechos sucesorios propiamente nos referimos? Dejando al margen la sucesión testamentaria que no presenta particular problema en cuanto el conviviente puede ser nombrado por el causante, en la parte de libre disposición, su heredero, debemos centrarnos en tres tipos de derechos sucesorios: **derechos sucesorios intestados, legítima y otros derechos sucesorios de origen legal** y que pueden presentarse tanto en la sucesión testada como en la intestada.

a) Derechos sucesorios intestados: Su atribución no se basa en la existencia de matrimonio entre los cónyuges, sino en la **existencia de convivencia**, lo que se demuestra, por ejemplo, en el CC, en el art. 945, en su nuevo tenor merced a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. En efecto, en el precepto se advierte que no habrá lugar al llamamiento del cónyuge supérstite como heredero intestado «*si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho*» siendo indiferente que la causa resulte a él imputable o no, si se separaron de mutuo acuerdo o no, como advertía la redacción anterior. Así, lo que fundamenta que decaiga el llamamiento del cónyuge es la falta de convivencia, existiendo ésta el llamamiento tiene lugar. Esto nos lleva a afirmar que *si lo que legitima la atribución de derechos sucesorios intestados es la convivencia —y no el matrimonio— la consecuencia que se sigue será que deben también atribuirse estos derechos al conviviente estable (heterosexual u homosexual)*. En el derecho catalán, se atribuyen derechos sucesorios intestados al conviviente homosexual, y al acogedor de una persona mayor en la sucesión del acogido, pero no se otorgan al conviviente heterosexual, lo que, desde esta perspectiva, merece un juicio negativo.

¿Quid de nuestros derechos autonómicos? La interpretación realizada de los preceptos del CC, puede también hacerse para el **derecho catalán** en relación con el art. 334 CS en materia del derecho a la sucesión intestada del cónyuge supérstite. El mismo planteamiento se podría hacer, para el caso del derecho de usufructo del cónyuge viudo, en la sucesión intestada (art. 331 CS), el cual no opera cuando se den los supuestos del art. 334 CS

y en los que se contempla la separación del cónyuge (judicial o de hecho) como causa del no llamamiento a la herencia intestada del causante. En Aragón, el art. 216 Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte, recoge la formulación del art. 834 CC antes de la reforma del 2005, lo que hace pensar que, en este derecho, la atribución se da sobre la base del matrimonio. En este sentido, también el art. 45 de la compilación de derecho civil de las Islas Baleares. Finalmente, en los arts. 69 LPV y 152 Ley 4/1995, de derecho civil de Galicia la atribución de derechos intestados se hace sobre la base del matrimonio.

Ahora bien, quizá —en esta atribución de derechos sucesorios al conviviente supérstite¹³⁶— haya de tenerse en cuenta, cuando se trata de uniones estables, la forma de constitución de la unión estable. Como se sabe existen, en general, dos formas: una formal mediante el otorgamiento de un determinado documento (público o no) que, en muchas legislaciones, sobre todo extranjeras, debe registrarse ante una determinada autoridad, y una no formal, que tiene lugar por el mero hecho de la convivencia durante un cierto lapso de tiempo, elemento éste que se puede suplir si existe descendencia común. Cataluña, Navarra, Asturias y Canarias prevén el doble modo de constitución descrito. Baleares, Aragón, Valencia, País Vasco, Andalucía y Cantabria sólo el primero. El derecho comparado, a este respecto, sólo atribuye derechos sucesorios, cuando lo hace, al conviviente en uniones de hecho estable registradas, esto es, que han tenido un modo de constitución formal. En este sentido, podría pensarse en la atribución de derechos sucesorios intestados sólo al conviviente en el supuesto de que la unión se hubiera constituido formalmente. Esta fue la conclusión a la que se llegó en la «Sexta conferencia europea de derecho de familia» organizada por el Consejo de Europa en colaboración con la Comisión europea y la Unión internacional del notariado latino en el 2002. En esta conferencia se destacó que la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos europeos no atribuían derechos sucesorios al conviviente por el simple hecho de la convivencia si no se había declarado formalmente la voluntad de crear una unión estable, pues, se consideraba que no

136 En la atribución de derechos sucesorios al conviviente supérstite en caso de acogimiento de personas mayores -si se considerara convivencia familiar- no se plantearía este problema puesto que la Ley catalana exige que se otorgue un documento de carácter público, como único modo de constitución de la convivencia (art. 4).

podía deducirse de ese hecho una voluntad de los convivientes a la creación automática de derechos sucesorios¹³⁷. Se trata de no vulnerar el aspecto negativo del derecho a contraer matrimonio, esto es, el «derecho a no contraer matrimonio»¹³⁸.

Es un planteamiento a tener en cuenta en una discusión sobre la futura reforma del derecho de sucesiones.

b) Legítima: La atribución de la legítima al conviviente podría pensarse que es un derecho que se basa en el vínculo matrimonial y que, consiguientemente, no cabría su extensión al conviviente no matrimonial¹³⁹. Sin embargo, la Ley 15/2005 antes citada, ha modificado los arts. 834, 835 y 840 CC que atañen a los derechos del cónyuge viudo en el Código civil. A nosotros nos interesa especialmente el art. 834 CC que, en su nueva redacción, advierte que: «*el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*». Ha suprimido, pues, el legislador la referencia expresa que se hacía a «*que no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto*» que apelaba directamente a la violación de los deberes conyugales. Con la nueva redacción, lo determinante de la atribución de la legítima al cónyuge viudo ya no lo es el matrimonio sino la convivencia, que no esté separado, que no se haya dado una ruptura de la convivencia. Y si esto es así, como consideramos, no existe razón que justifique la diferencia de trato respecto al conviviente no matrimonial.

Para el **derecho gallego**, se aplicaría lo arriba advertido para el CC por mor del art. 146.2 Ley 4/1995, de derecho civil de Galicia, que se remite a lo advertido, en este extremo, por el texto legal codificado en una remisión

137 M. PUELINCKX-COENE (2002), *General Report*, a COUNCIL OF EUROPE, *Proceedings of the 6th European Conference of Family Law, The legal protection of the family in the matters of succession*, CONF/FAM (2002) PRO, PROCEEDINGS CONF/FAM, págs. 51-73.

138 Víctor FERRERES COMELLA, «El principio de igualdad y el <<derecho a no casarse>>» (A propósito de la STC 222/1992)», *REDC* 1994, págs. 163-196; Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas*, pág. 21; Miguel MARTÍN CASALS, «Aproximación a la ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *Derecho privado y Constitución* 12/1998, pág. 153.

139 Así lo planteaba Fernando PANTALEÓN mucho antes de la reforma del CC de 2005 («¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación de derecho civil de Cataluña?» en *Materials III Jornades de dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori*, Cátedra Duran i Bas, Barcelona, 1985, págs. 151 ss.).

dinámica. Por el contrario, no parece ser esta la interpretación que se podría hacer del art. 58 de la Ley del **derecho civil foral del PV** que atribuye el usufructo al cónyuge viudo que no esté separado por causa a él imputable. Luego, claramente se basa en la convivencia matrimonial.

Sea lo que fuere, lo cierto es que también cabe plantearse, en relación con la atribución de derechos legitimarios al conviviente supérstite, la existencia de un doble modo de constitución de la relación de convivencia, uno formal otro factual, y la oportunidad de atribuir sólo derechos sucesorios al primer supuesto y no al segundo.

c) **Otros derechos sucesorios de origen legal:** Aquí pensamos en supuestos muy concretos, en la **cuarta viudal**, **cuarta acogedora** y en la **cuarta parte que se atribuye al conviviente homosexual en el derecho catalán** y en el **usufructo de fidelidad navarro**. Estos derechos sucesorios se dan tanto si se abre la sucesión testada, como la intestada.

En el **derecho catalán**, tanto el cónyuge supérstite como el acogedor supérstite como el conviviente homosexual supérstite tienen derecho a una cuarta parte del caudal relicto líquido, como máximo, para su adecuada manutención (salvo en el caso de la cuarta del acogedor en la que incomprensiblemente el legislador catalán ha soslayado ese *standard*. No consideramos que obedezca a un descuido del legislador u olvido sino al intento de hacer atractiva una institución privada como es el acogimiento de personas mayores por particulares que, en la práctica, se está mostrando como ineficaz). *¿Por qué reproduce el legislador catalán las cuartas en el caso del conviviente homosexual y del acogedor a imagen y semejanza de la cuarta del cónyuge viudo? ¿no le habría bastado con una remisión?* A nuestro modo de ver, la razón se encuentra en que el art. 381 CS demuestra que la cuarta viudal estaba pensada para la convivencia basada en el matrimonio al establecer que el cónyuge no gozaba del derecho a esa cuarta parte si estaba separado por causa a él imputable. Como el fundamento era el matrimonio y no la convivencia, no podía hacer extensivo el régimen jurídico de la cuarta viudal a los otros supuestos, viéndose obligado a tener que regularlas de nueva planta. El **usufructo legal de fidelidad**, en el **derecho navarro** (Ley 254), a favor del cónyuge supérstite claramente se basa en el matrimonio, luego no se podría extender sin más a los convivientes no matrimoniales, al no existir para éstos deberes matrimoniales.

De todos modos, tras la reforma del CC en materia de separación y divorcio donde los arts. 81 y 86, en su nueva redacción, eliminan las causas de separación y de divorcio, se impone o una reforma de los preceptos autonómicos citados en el sentido visto por el legislador estatal en relación con el art. 834 y el art. 945 CC o una nueva interpretación de aquéllos para soslayar así la **asintonía que se produce entre el derecho de familia** (competencia exclusiva del estado en relación con esta materia: separación, divorcio) **y el derecho sucesorio** (de competencia autonómica en determinadas CCAA), esto es, por un lado, se eliminan las causas de separación y divorcio, pero por otro, éstas se tienen en cuenta y la imputabilidad de las mismas a un sujeto para atribuir o no determinados derechos sucesorios. La nueva interpretación permitiría pensar que el elemento decisivo es sólo la **convivencia familiar** y ello permitiría **extender los tres grupos de derechos sucesorios referidos al conviviente supérstite que pudiera considerarse «conviviente familiar»**.

Todo lo advertido nos lleva a los siguientes planteamientos de cara a una futura reforma del derecho de sucesiones que afecte a estas relaciones de convivencia:

- a) equiparación tanto entre conviviente homosexual y heterosexual supérstite entre sí como respecto del cónyuge supérstite en materia sucesoria sobre la base de la convivencia familiar. Se deja para la reflexión que la equiparación se dé sólo en relación con los convivientes cuya unión se constituyó formalmente, ora mediante el otorgamiento de un documento, ora mediante una declaración ante la autoridad competente;
- b) cuestionable si la situación de acogimiento de una persona mayor es una situación familiar o no. Si lo es deben atribuirse derechos sucesorios, si no lo es, no deben atribuirse derechos sucesorios y debe dejarse la regulación para el derecho de la persona, como ha hecho el legislador alemán mediante la institución de la *Betreuung*, como postulamos en el apartado 4;
- c) cuestionable también la atribución de derechos sucesorios en situaciones de convivencia que carezcan del elemento familiar como son, en el derecho catalán, las situaciones de ayuda mutua. Cuestionable incluso que se regulen en una ley especial;

- d) siempre debería existir un límite en la atribución de determinados derechos sucesorios en estos supuestos, lo que supone el respeto a la libre disposición de los bienes por el causante, que debería ser el límite que representaría «*la adecuada manutención*» de la persona con derecho a reclamar esos derechos.
- e) técnica legislativa: deberían integrarse todas estas cuestiones en el Código civil y no regularse mediante una ley especial.

DERECHO DE SUCESIONES Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA)*

JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL. 1. La protocolización del testamento ológrafo. 2. La protocolización del testamento cerrado. 3. Los testamentos cerrado y ológrafo otorgados en país extranjero. 4. La forma de ejercicio del beneficio de inventario y del derecho de deliberar. 5. La formación del inventario en la herencia beneficiada o con derecho de deliberar. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Disposición final decimoctava de la LEC de 2000 encomendó al Gobierno la remisión al Congreso de un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Vo-

* Comunicación presentada a las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas en la Universidad de Cantabria del 9 al 11 de febrero de 2006.

luntaria. Por Orden del Ministerio de Justicia de 22 de noviembre de 2002 se constituyó, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Mercantil), una ponencia de siete miembros con el fin de redactar un borrador de Anteproyecto de dicha Ley¹. Recientemente ha sido publicado el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, ALJV), preparado por esa ponencia y precedido de una Memoria justificativa². Consta de 306 artículos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El objeto de este trabajo es analizar descriptivamente las modificaciones que el ALJV propone para determinados preceptos del Código Civil en materia de sucesiones. La Disposición final 1ª ALJV reforma —y en otros casos deroga— diez preceptos del Código, de los cuales nueve son propios del Derecho de sucesiones (el décimo es el art. 1178 CC, que se modifica para establecer que es el Notario, y no el Juez como hasta ahora, quien está habilitado para recibir la cosa debida dada por el deudor en consignación). La Memoria ya señala, desde el primer momento, cuál es el sentido de estas reformas en el Derecho sucesorio del Código: «Las disposiciones finales —dice la Memoria— contienen una modificación del Código Civil para hacer posible en materia sucesoria la atribución a los notarios de las facultades que en la ley se consideran convenientes [...]». Veremos en las páginas siguientes el desarrollo de esta afirmación de principio.

El ALJV presenta una estructura bastante racional. Después de dedicar su Título I al «Régimen General» de la jurisdicción voluntaria (arts. 1 a 23), y su Título II a la «Conciliación y mediación» (arts. 24 a 40), consagra sus Títulos restantes a los expedientes de jurisdicción voluntaria en determinadas materias específicas. Así, el Título III se refiere a la jurisdicción voluntaria en materia de personas (arts. 41 a 119), el Título IV a la jurisdicción voluntaria en materia de familia (arts. 120 a 140), el Título V a la jurisdicción voluntaria en materia de derechos reales (arts. 141 a 161), el Título VI a la

1 La ponencia, presidida por don José María de Prada González (Notario), ha estado integrada por los Vocales don Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano), don José Arturo Pérez Moreno (Abogado), don Juan Pablo Ruano Borreila (Registrador de la Propiedad y Mercantil), don Jesús Seoane Cacharrón (Secretario Judicial), don Pablo Ureña Gutiérrez (Magistrado) y don Jaime Vegas Torres (Catedrático de Derecho Procesal).

2 Se encuentra publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2005, número extraordinario 1.

jurisdicción voluntaria en materia de obligaciones (arts. 162 a 185), el Título VII a la jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones (arts. 186 a 226), el Título VIII a la jurisdicción voluntaria en materia mercantil (arts. 227 a 265) y, en fin, el Título IX a la jurisdicción voluntaria en materia de derecho marítimo (arts. 266 a 306).

El mencionado Título VII («Jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones»), se divide a su vez en los siguientes capítulos:

- Capítulo I. Declaración de herederos abintestato (arts. 186 a 191).
- Capítulo II. De la presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados (arts. 192 a 197).
- Capítulo III. De la presentación, adveración y protocolización de testamentos ológrafos (arts. 198 a 202).
- Capítulo IV. De la adveración y protocolización de testamentos otorgados en forma oral (arts. 203 a 207).
- Capítulo V. De los expedientes relativos al albaceazgo (arts. 208 a 211).
- Capítulo VI. De los expedientes relativos a contadores-partidores
Sección 1ª. Del contador-partidor dativo (arts. 212 a 221).
Sección 2ª. Otros expedientes relativos a contadores-partidores (arts. 222 a 226).

Como señalé, me limito en este trabajo al estudio de los preceptos del CC modificados por el ALJV. Queda fuera de él el examen de estos expedientes en materia sucesoria, sin perjuicio de las referencias que pueda hacer a ellos al hilo de la explicación de las reformas que el ALJV introduce en el CC.

II. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

1. La protocolización del testamento ológrafo

El ALJV modifica los artículos 689 y 693 CC, a la vez que deroga los artículos 691 y 692 CC. La redacción actualmente vigente de dichos preceptos y la que propone el ALJV es la siguiente:

Redacción actual

Artículo 689

«El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido».

Artículo 691

«Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras»

Artículo 692

«Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los as-

Redacción del ALJV

Artículo 689

«El testamento ológrafo deberá protocolizarse con arreglo a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. A tal efecto, deberá presentarse ante el Juzgado competente dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin ese requisito no será válido».

Artículo 691

Derogado

Artículo 692

Derogado

cendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido, o se ignorare su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio Fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento».

Artículo 693

«Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados las copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda».

Artículo 693

«Cualquiera que sea la resolución dictada en el expediente de adverbación y protocolización del testamento ológrafo se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda».

Las reformas introducidas en el CC se explican por la regulación que sobre presentación, adverbación y protocolización de testamentos ológrafos se recoge en los artículos 198 a 202 ALJV. De hecho, la nueva redacción del artículo 689 CC, según la cual «el testamento ológrafo deberá protocolizarse con arreglo a la Ley de Jurisdicción Voluntaria», supone una remisión íntegra a dichos preceptos del ALJV. Los aspectos más relevantes de la reforma del

CC en este punto, en combinación con la regulación contenida en los citados preceptos del ALJV, son los siguientes:

- a) La regla de determinación del tribunal territorialmente competente para el conocimiento del expediente no se contiene ya en el artículo 689 CC, sino en el artículo 199 ALJV. En cuanto al fondo del asunto, sin embargo, el tribunal competente sigue siendo en el ALJV el mismo que actualmente lo es en el artículo 689 CC, a saber, «el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del testador o el del lugar en que éste hubiese fallecido» (art. 199 ALJV)³.
- b) El ALJV mantiene la exclusiva de la competencia judicial para la protocolización de los testamentos ológrafos. En el Memoria se reconoce que la ponencia, «tras larga reflexión», ha preferido limitar la competencia a los tribunales, sin ampliarla a los Notarios. En realidad, la competencia ni siquiera es del Juez, sino de los Secretarios Judiciales. En la línea ya anticipada por el artículo 456.3.b) LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que permite que las leyes procesales puedan prever facultades del Secretario en materia de «jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer», el artículo 5.1 ALJV atribuye al Secretario la com-

3 Es bien difícil de justificar la extraordinaria heterogeneidad establecida por el ALJV en la fijación del juez territorialmente competente para el conocimiento de los diversos expedientes de jurisdicción voluntaria. Si para el expediente de presentación, adveración y protocolización de testamentos ológrafos es competente, como se dice en el texto, el Juzgado «del último domicilio del testador o el del lugar en que éste hubiese fallecido», para el de declaración de herederos abintestato es el Juzgado «del lugar en que el finado tuvo su domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección de los solicitantes» (art. 187.1 ALJV); para el de presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados el «del lugar en que se hubiere otorgado el testamento» (art. 193 ALJV); para el de adveración y protocolización de testamentos otorgados en forma oral el «del lugar en que se hubiere otorgado el testamento o del último domicilio en España del testador» (art. 204 ALJV); para el de los expedientes relativos al albaceazgo el «del lugar del último domicilio del causante en España» (art. 209 ALJV); y para el del contador-partidor dativo el «del lugar del último domicilio del causante y, en su defecto, el de su última residencia en España» (art. 213 ALJV), aunque para los restantes expedientes relativos a contadores-partidores sólo es competente el Juzgado «del lugar del último domicilio del causante en España» (art. 223 ALJV). Es realmente llamativo que no coincidan entre sí ninguno de los siete fueros territoriales que rigen para los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones.

petencia para tramitar y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria que versen sobre, entre otros aspectos que ahora no vienen al caso, «presentación, adveración y protocolización de los testamentos ológrafos» (apartado 10°).

- c) El artículo 689 CC mantiene la necesidad de que, para conservar su validez, el testamento ológrafo sea presentado para su protocolización en los cinco años siguientes al fallecimiento del causante. Determinadas disposiciones del ALJV son congruentes con esta regla. Así, el artículo 200.1 III ALJV señala que «no se admitirán las solicitudes que se presenten después de transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador», mientras que el artículo 200.2 III ALJV prevé que, aun archivado el expediente, las actuaciones se reanudarán a solicitud de cualquier interesado «siempre que se presente antes de transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador». Transcurrido ese plazo quinquenal, el testamento caduca y deviene inválido, pues, como se encargó de señalar la Sentencia de 27 de abril de 1940 (RJ 1940, 303), el de cinco años es un plazo de caducidad o decadencia, de cesación del valor jurídico del testamento, con efecto radical y automático.
- d) El régimen de presentación del testamento ológrafo pasa a estar regulado, de manera compartida, por el artículo 690 CC —que no se reforma ni deroga— y por el artículo 200 ALJV. Por tanto, la persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticias de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación; también podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto. El artículo 200 ALJV completa estas previsiones del CC permitiendo a cualquier interesado solicitar que sea requerida la persona que tenga en su poder un testamento ológrafo para que lo presente si no lo hiciera voluntariamente en el plazo de diez días antes indicado (apartado 1) y señalando las actuaciones del Secretario subsiguientes a la presentación (apartado 2).
- e) Los artículos 691 y 692 CC se derogan porque los trámites formales de este expediente de jurisdicción voluntaria pasan a estar regulados en los artículos 200 a 202 ALJV. Así, presentado el testa-

mento ológrafo, el Secretario Judicial —y no el Juez, como hasta ahora disponía el artículo 691 CC— lo abrirá si estuviese en pliego cerrado y rubricará todas sus hojas (art. 200.2 ALJV). La adverbación del testamento ológrafo se produce mediante el examen de testigos propuestos por el solicitante para declarar sobre la autenticidad de aquél. Cuando al menos tres testigos que conozcan la letra y firma del testador hayan declarado que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de propia mano del mismo, podrá prescindirse de las declaraciones testificales que faltaren (art. 201.2, párrafo primero, ALJV; análogamente, actual art. 691 I CC). A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el tribunal lo estime conveniente, podrá emplearse el cotejo pericial de letras (art. 201.2, párrafo segundo, ALJV; en sentido idéntico, actual art. 691 II CC). A solicitud de quien presente el testamento o de otro interesado serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los parientes colaterales hasta el cuarto grado (art. 201.1, párrafo primero, ALJV)⁴. Hay que entender, aunque el ALJV nada dice sobre el particular, que la citación habrá de hacerse en primer lugar —esto es, como si se tratara del cónyuge— a la persona unida con el testador por una análoga relación de afectividad a la conyugal, al menos en aquellas sucesiones que se rijan por leyes autonómicas de parejas de hecho que reconozcan al convivente un derecho sucesorio idéntico o análogo al que es propio del cónyuge. Si se ignorase la existencia de estas personas, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio Fiscal (art. 201.1, párrafo segundo, ALJV; idéntico, actual art. 692 II CC). El cónyuge y parientes citados, así como el Fiscal, en su caso, podrán presenciar la práctica de las diligencias y

4 Entre el transcrito artículo 201.1, párrafo primero, ALJV y el actual artículo 692 I CC se aprecian las siguientes diferencias: (i) mientras que el ALJV señala que la citación se hará «a solicitud de quien presente el testamento o de otro interesado», el CC no exige esa solicitud; y (ii) en defecto de cónyuge, descendientes y ascendientes, mientras que el CC exige la citación de los hermanos, el ALJV la impone, ampliándola, para los parientes colaterales hasta el cuarto grado. Semejante ampliación parece excesiva.

hacer en el acto, de palabra, las observaciones que estimen oportunas sobre la autenticidad del testamento (art. 201.3 ALJV; en sentido similar, actual art. 692 III CC).

- f) El expediente sobre protocolización del testamento ológrafo finalizará con una decisión del Secretario Judicial favorable o desfavorable⁵. Si de las diligencias practicadas resulta justificada la identidad del testamento ológrafo, se dictará resolución disponiendo que se protocolice, con testimonio de la misma, por el Notario correspondiente, quien expedirá para los interesados las copias que procedan; en otro caso, se denegará la protocolización (art. 202 ALJV; idéntico, actual art. 693 I CC).
- g) Cualquiera que sea el sentido de la resolución, «se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda»⁶. Este es el contenido del actual párrafo segundo del artículo 693 CC, que pasa a constituir el nuevo artículo 693 CC según la redacción del ALJV. La posibilidad de revisar en un juicio declarativo la resolución adoptada en el expediente de jurisdicción voluntaria es conforme con la ausencia de efectos de cosa juzgada material de dicha resolución, establecida con carácter general en el artículo 18.1 ALJV para todos los expedientes de jurisdicción voluntaria⁷. No obstante, en palabras de la Sentencia de 18 de junio de 1994 (RJ 1994, 6022), «salvo evidencia probatoria en contrario, se habrá de aceptar cuanto el Juzgado acordó en la precedente protocolización de tal testamento».
- h) La resolución del Secretario Judicial —con forma de decreto; cfr. art. 17.2 ALJV— que ponga fin al expediente de presentación,

5 La Sentencia de 26 de noviembre de 1968 (RJ 1968, 5542) consideró que la ausencia de firma del Juez y del Secretario en los documentos de adveración y protocolización constituye una irregularidad no invalidante. Entiendo que la misma tesis podrá mantenerse tras la ALJV para la firma del Secretario (para la del Juez sobra cualquier opinión puesto que su firma no es imprescindible en el régimen que prevé el ALJV).

6 El cumplimiento y ejecución de las resoluciones de los expedientes de jurisdicción voluntaria se rige por los artículos 521 y 522 LEC (cfr. art. 23 ALJV).

7 Según el citado artículo 18.1 ALJV, «lo resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria no tendrá efectos de cosa juzgada material, pudiendo promoverse sobre el mismo asunto proceso declarativo por el procedimiento que corresponda, en el cual podrá pedirse la confirmación, modificación o revocación de la resolución dictada en el expediente».

adveración y protocolización del testamento ológrafo será recurrible ante el Juez titular del mismo Juzgado, o ante el que corresponda en caso de Servicio Común. Dicho recurso no tendrá efectos suspensivos, se sustanciará por los trámites y con los requisitos del recurso de reposición regulado en la LEC (cfr. sus arts. 451 a 454) y contra el Auto que lo resuelva no cabrá recurso alguno (art. 19.2 ALJV).

- i) Conserva plena validez, en el régimen de protocolización del testamento ológrafo diseñado por el ALJV, la tesis mantenida por la Sentencia de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3910), a tenor de la cual cabe obtener en juicio ordinario la declaración judicial de que un determinado documento es válido como testamento ológrafo, sin necesidad de protocolización previa.

2. LA PROTOCOLIZACIÓN DEL TESTAMENTO CERRADO

El ALJV modifica los artículos 712 y 714 CC. La redacción actualmente vigente y la que propone el ALJV de dichos preceptos es la siguiente:

Redacción actual

Artículo 712

«El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia».

Redacción del ALJV

Artículo 712

«El Notario en cuyo poder estuviese depositado el testamento cerrado, a instancia de parte interesada que le acredite el fallecimiento del testador, procederá a abrir la cubierta o sobre que lo contenga ante dos testigos idóneos, y a protocolizarlo, autorizando al efecto la correspondiente acta que se unirá al testamento.

Fuera del caso previsto en el párrafo anterior, la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, luego que sepa del fallecimiento del testador, deberá presentarlo para la

adveración, apertura y, si procediera, protocolización, al Juzgado competente o al Notario a cuyo cargo esté el acta prevista en el artículo 710 del Código. Si no lo presenta dentro de los diez días, será responsable de los daños y perjuicios que cause su negligencia».

Artículo 714

«Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Artículo 714

«En los casos en que se presente ante el Juzgado un testamento cerrado, la adveración de su cubierta o sobre, su apertura y protocolización se llevarán a cabo conforme a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En el supuesto de que se presente al Notario, éste levantará acta de la adveración de la cubierta, si procediere, y de la apertura del testamento, que quedará unida a ésta».

La finalidad pretendida con la reforma de los artículos 712 y 724 CC consiste en atribuir al Notario —y no únicamente al Juez, como hasta ahora sucede— la facultad de protocolización del testamento cerrado. La Memoria es bien explícita en este sentido: «En el Capítulo II [del Título VII del ALJV] se regula la adveración y apertura de testamentos cerrados. También en este punto se ha considerado conveniente acudir a la intervención notarial. Para ello ha sido necesario modificar dos artículos del Código Civil con objeto de establecer que cuando el notario tenga en depósito el testamento cerrado le corresponde a él en exclusiva la apertura, adveración y protocolización del mismo y en el supuesto de no estar en su poder permitir a los depositarios del testamento elegir entre la intervención judicial o notarial, regulándose en el primer supuesto el expediente pertinente». Esta idea queda reflejada en el artículo 192 ALJV, conforme al cual las previsiones de los artículos 193 a

197 ALJV se aplicarán para la presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados «ante el tribunal competente» (art. 192.1 ALJV), si bien esos trámites se podrán verificar «ante el Notario en cuya custodia esté el acta de otorgamiento, con arreglo a la legislación civil y notarial» (art. 192.2 ALJV). Por consiguiente,

a) Si el testamento cerrado se encuentra en poder del Notario, lo que sucederá cuando el testador lo deposite «en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo» (art. 711 I CC)⁸, éste no tendrá ya la obligación de presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador, como dispone el actual artículo 712 I CC, sino que él mismo, a instancia de parte interesada que le acredite el fallecimiento del testador, procederá a abrir la cubierta o sobre que lo contenga ante dos testigos idóneos, autorizando al efecto la correspondiente acta que se unirá al testamento (art. 712 I CC, en la redacción del ALJV). El Notario no puede dar comienzo al expediente por su propia iniciativa, aunque conozca el fallecimiento del testador por las razones que fueren, sino que debe esperar a que cualquier parte interesada le solicite la apertura del testamento⁹. Los testigos idóneos que exige el nuevo artículo 712 I CC pueden ser los mismos que en su momento concurrieron al acto de otorgamiento del testamento cerrado (art. 707.7ª CC), aunque no es preciso que así sea. Como aclara la Memoria, la facultad de protocolización del testamento cerrado que corresponde al Notario cuando sea depositario del mismo es «en exclusiva», es decir, imperativa, indeclinable e indisponible. Por ende, el Juez ante el que se presente una solicitud de protocolización de un testamento cerrado depositado ante Notario debe abstenerse de iniciar el expediente porque carece de competencia para hacerlo.

b) Si el testamento cerrado no se encuentra en poder del Notario (por haberlo conservado en su poder el testador o haber confiado su guarda a persona de su confianza; cfr. art. 711 I CC), la persona que lo tenga en su poder, luego que sepa el fallecimiento del testador, tiene la alternativa de pre-

8 En cuyo caso, prosigue el precepto, «el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota» (art. 711 II CC).

9 Lo que resulta conforme con la regla general del artículo 10.1 ALJV, que supedita siempre el inicio del expediente a la existencia de «solicitud formulada por persona interesada». En dicho artículo 10 ALJV no se admite, ni siquiera de manera excepcional, la iniciación de oficio.

sentarlo para la adveración, apertura y, si procede, protocolización, bien al Juzgado competente, bien al Notario a cuyo cargo esté el acta prevista en el artículo 710 CC. Ello significa:

- (i) Que, si decide presentarlo ante el Juez, habrá de hacerlo ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiere otorgado el testamento (art. 193 ALJV). No obstante, la tramitación y resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria que versen sobre presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados corresponde al Secretario Judicial (art. 5.1.9º ALJV), no al Juez.
- (ii) Que, si decide presentarlo ante el Notario, habrá de hacerlo ante el Notario a cuyo cargo esté el acta de otorgamiento, es decir, ante el Notario que hubiera autorizado u otorgado el testamento (arts. 707, 709 y 710 CC).

No hay ninguna especial preferencia por parte del ALJV sobre la protocolización de los testamentos cerrados de alguna de las dos maneras expuestas. En todo caso, si la persona —distinta del Notario— que tuviere en su poder el testamento cerrado no lo presenta dentro de diez días, será responsabilidad de los daños y perjuicios que cause su negligencia (art. 712 II *in fine* CC, tanto en la redacción actual como en la anteproyectada).

c) En el supuesto de que la protocolización del testamento cerrado corresponda al Notario, ya porque es el depositario de él (nuevo art. 712 I CC), ya porque, sin serlo, la persona que lo tiene en su poder lo presenta a aquél para su protocolización (nuevo art. 712 II CC), el Notario «levantará acta de la adveración de la cubierta, si procediere, y de la apertura del testamento, que quedará unida a ésta» (art. 714 II CC, en la redacción del ALJV). Resulta precisa una reforma del Reglamento Notarial para regular con más detalle los trámites de presentación, adveración, apertura y protocolización notariales del testamento cerrado. Esa regulación está incluso presupuesta por el ALJV, que se refiere a la legislación «notarial» sobre estos aspectos (cfr. art. 192.2 *in fine* ALJV).

d) En el supuesto de que la protocolización del testamento cerrado corresponda al Juez —lo que únicamente tendrá lugar, según nos consta, si el testamento se halla en poder de persona distinta del Notario que lo presenta al Juez para su protocolización— «la adveración de su cubierta o sobre, su

apertura y protocolización se llevarán a cabo conforme a la Ley de Jurisdicción Voluntaria» (art. 714 I CC, en la redacción dada por el ALJV), lo que supone una íntegra remisión a los artículos 194 a 197 ALJV, respectivamente consagrados a la presentación del testamento cerrado, a su adveración, a su apertura y lectura y a la resolución sobre su protocolización.

e) La decisión del Secretario Judicial sobre estos aspectos será recurrible en los términos ya vistos en relación con la resolución dictada por el mismo Secretario en el expediente de presentación, adveración y protocolización del testamento ológrafo.

3. LOS TESTAMENTOS CERRADO Y OLÓGRAFO OTORGADOS EN PAÍS EXTRANJERO

El ALJV reforma el artículo 736 CC, que es uno de los que regulan el testamento hecho en país extranjero. Su redacción actual y la anteproyectada son las siguientes:

Redacción actual

Artículo 736

«El Agente, diplomático o consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la Gaceta de Madrid la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida».

Redacción del ALJV

Artículo 736

«El agente diplomático o funcionario consular en cuyo poder hubiere depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al Ministerio encargado de asuntos exteriores una vez conocido el fallecimiento del testador, junto con el certificado de defunción, si obra en su poder».

La Memoria explica el alcance de la reforma de este artículo 736 CC con las siguientes palabras: «En materia de testamento ológrafo la ponencia

ha considerado conveniente modificar para darle una redacción más actual y resolver de paso algunos problemas las funciones de los cónsules en materia de conservación de testamentos ológrafos. Así se ha dado una nueva redacción al artículo 736 sustituyendo agentes consulares por la más completa de «agente diplomático o consular», se ha sustituido la referencia al Ministerio de Estado por el de «Ministerio encargado de los Asuntos Exteriores» y se ha sustituido la obligación del Ministerio de publicar en el boletín la existencia del testamento para que lo puedan recoger los interesados por la obligación de remitirlo al juzgado que se declara competente para que se cumplan dichas funciones por el mismo. La razón de esta modificación —sigue la Memoria— reside en el hecho de que si el testamento está cerrado en un sobre, el Ministerio, sin conocer su contenido, no puede juzgar quiénes son los interesados mientras que el tribunal puede proceder a abrir el sobre e iniciar con quien proceda el expediente». Algunos comentarios suscitan la lectura del nuevo artículo 736 CC y su explicación por la Memoria:

a) Pese a que la Memoria únicamente se refiere —por tres veces— al testamento ológrafo, lo cierto es que basta la simple lectura del artículo 736 CC, tanto en su redacción vigente como en la anteproyectada, para apercibirse de que el precepto alude no sólo al ológrafo, sino también al cerrado.

b) La sustitución de la expresión del CC «Agente, diplomático o consular» (pero no «agentes consulares», como dice la Memoria) por «agente diplomático o funcionario consular»¹⁰, y la de «Ministerio de Estado» por «Ministerio encargado de asuntos exteriores» (pero no «Ministerio encargado de los Asuntos Exteriores», como dice la Memoria), no plantean ningún problema, pues obedecen al deseo de acomodar la terminología decimonónica del CC a la actual. En este sentido, adviértase cómo el ALJV ni siquiera se refiere al «Ministerio de Asuntos Exteriores», sino al «Ministerio encargado de asuntos exteriores», lo que se explica por los distintos nombres que ese Ministerio ha tenido en las últimas legislaturas. Tradicionalmente ha sido «Ministerio de Asuntos Exteriores», pero actualmente su nombre oficial es «Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación». En verdad, ya puesto el ALJV a actualizar estas expresiones, sería deseable que sustituyera la expresión «Ministerio del Estado» del artículo 735 CC.

10 Pero la expresión «Agente diplomático o consular» se mantiene en el artículo 1012 CC, que el ALJV no modifica.

c) El ALJV mantiene la obligación que pesa sobre el agente diplomático o funcionario consular de remitir al Ministerio con competencia en materia de asuntos exteriores el testamento o el sobre que lo contenga. Sigue sin fijarse plazo para ello, aunque es lógico que deba hacerlo tan pronto como tenga conocimiento del fallecimiento del testador. El envío del testamento, o del sobre que lo contenga, debe ir acompañado del certificado de defunción si obra en poder del agente o funcionario.

d) La modificación de mayor alcance radica en la supresión de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, ordenada por el Ministerio con competencia en asuntos exteriores, de la noticia del fallecimiento. Aunque la redacción del ALJV no lo aclara debidamente, de la Memoria se deduce que el Ministerio, una vez recibido el testamento o el sobre, lo remitirá «al juzgado que se declara competente para que se cumplan dichas funciones por el mismo», es decir, para que el tribunal «pued[a] proceder a abrir el sobre e iniciar con quien proceda el expediente». El Juzgado al que hay que hacer la remisión es, según los casos, el previsto en los artículos 193 (si el testamento es cerrado) ó 199 (si es ológrafo), ambos del ALJV. Pero la aplicación estricta del artículo 193 ALJV plantea un problema difícilmente soluble. Conforme a dicho precepto, el Juzgado competente para conocer de los expedientes relativos a los testamentos cerrados es «el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiere otorgado el testamento». Sin embargo, el supuesto contemplado en el artículo 736 CC es el del testamento otorgado en país extranjero, por lo que el fuero del artículo 193 ALJV es sencillamente inaplicable. La manera más razonable de solucionar esta situación es aplicar el fuero propio de los expedientes de los testamentos ológrafos (el del art. 199 ALJV) también a los cerrados, al menos para este supuesto excepcional de testamento cerrado otorgado en país extranjero.

4. LA FORMA DE EJERCICIO DEL BENEFICIO DE INVENTARIO Y DEL DERECHO DE DELIBERAR

El ALJV modifica el artículo 1014 CC, relativo a la forma de ejercicio del beneficio de inventario y del derecho de deliberar. En su redacción actualmente vigente y en la anteproyectada, el artículo 1014 CC se pronuncia en los siguientes términos.

Redacción actual

Artículo 1014

«El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaría, o del abintestato, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.

En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les convinieren».

Redacción del ALJV

Artículo 1014

«El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juzgado competente en materia de cuestiones hereditarias o al Notario donde el finado hubiese tenido su último domicilio en España o donde estuviesen la mayor parte de los bienes, dentro de los diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.

En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les convinieren».

La comparación entre ambos preceptos pone de relieve que la reforma que propone el ALJV consiste en atribuir también al Notario funciones que hasta ahora pertenecen exclusivamente al Juez. En efecto, mientras que en la redacción actual el heredero que quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar «deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaría», el ALJV, manteniendo la posibilidad de que esa manifestación se realice al Juez, permite también que sea hecha al Notario correspondiente.

a) El Juez competente ante el que se puede hacer la manifestación de utilización del beneficio de inventario o del derecho de deliberar es el que lo sea «en materia de cuestiones hereditarias». Esta expresión vendría a susti-

tuir a la empleada hasta el momento por el artículo 1014 CC («Juez competente para conocer de la testamentaria, o del abintestato»)¹¹. La expresión «en materia de cuestiones hereditarias» plantea algunos problemas de inteligencia, pues en definitiva son muchos, según para qué cuestión hereditaria particular, los Jueces competentes. Concretamente, en el ámbito de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, ya señalamos con anterioridad (véase la nota 3) la pluralidad de Jueces competentes. En mi opinión, la manera más adecuada de determinar el Juez competente «en materia de cuestiones hereditarias» al que se refiere el artículo 1014 CC es aplicar el artículo 52.1.4º LEC, según el cual «en los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante» (*in casu*, a elección del heredero que tiene en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiere utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar). Las razones para sostener la aplicación del artículo 52.1.4º LEC en orden a determinar cuál sea el Juez competente *ex* artículo 1014 LEC son de un doble orden. En primer lugar, ambos preceptos empujan la misma expresión a la hora de referirse a la materia sobre la que el Juez resulta competente: «cuestiones hereditarias». Y, en segundo lugar, la LEC es supletoria respecto del ALJV (cfr. art. 3 ALJV), por lo que el recurso a aquélla para zanjar las oscuridades de éste es perfectamente legítimo y aun obligado.

b) El ALJV introduce la posibilidad de que el heredero que desee utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar lo manifieste al Notario. Se trata de un ejercicio extrajudicial de dichos beneficio y derecho. El heredero es enteramente libre para optar por un ejercicio judicial o extrajudicial (notarial) del beneficio de inventario y del derecho de deliberar, pero, una vez hecha la opción, no es libre para modificar el cauce elegido y pasar de uno a otro. Es decir, si el heredero decide manifestar su voluntad de ejercitar el derecho de deliberar ante Notario, será éste el encargado de llevar a cabo todas las actuaciones hereditarias derivadas de ese derecho, sin posibilidad de que, en el curso de las mismas, el heredero cambie su criterio y solicite la intervención del Juez. Lo mismo sucede a la inversa: la intervención judicial elegida por el heredero en un primer momento no puede ser alterada des-

¹¹ Pero esa expresión se mantiene en el artículo 1011 CC para referirse al Juez competente para aceptar la herencia a beneficio de inventario. También se mantiene en el artículo 1008 CC. Ninguno de los dos son objeto de modificación por el ALJV.

pués solicitando la notarial. Dicho en otras palabras, la opción por un ejercicio judicial o extrajudicial (notarial) vincula al heredero para la realización de todas las actuaciones legalmente previstas en sede de beneficio de inventario y de derecho de deliberar.

c) Si el heredero elige el ejercicio notarial del beneficio de inventario o del derecho de deliberar, el artículo 1014 CC le ofrece una doble alternativa competencial: bien el Notario donde el causante hubiese tenido su último domicilio en España, bien el Notario donde estuviesen la mayor parte de los bienes hereditarios. El heredero es libre para optar por cualquiera de estos dos fueros notariales. Repárese la absoluta identidad —en cuanto al fondo— entre esos fueros notariales del artículo 1014 CC y los distintos fueros judiciales establecidos por el artículo 52.1.4º LEC para los juicios sobre cuestiones hereditarias. Lo que viene a reforzar, también por esta vía indirecta, el criterio antes expresado de que el Juez competente «en materia de cuestiones hereditarias» del artículo 1014 CC no es sino el establecido en el artículo 52.1.4º LEC. Pues no resultaría congruente que, en el marco del artículo 1014 CC, el Juez competente se determinara por criterios distintos a los aplicables para la fijación de los Notarios competentes.

d) Los criterios de determinación del Notario competente establecidos por el artículo 1014 CC sirven también, en mi opinión, para suplir la laguna que sobre este aspecto contiene el artículo 1011 CC, que se refiere al Notario —pero sin determinar cuál sería el competente— ante el que se puede aceptar la herencia a beneficio de inventario.

e) La posibilidad de que la manifestación sobre el ejercicio del beneficio de inventario o del derecho de deliberar sea realizada por el heredero del artículo 1014 CC (para el heredero que no tenga su poder la herencia o parte de ella, cfr. art. 1015 CC) al Notario competente comporta de manera automática que todas las normas sobre ese beneficio y ese derecho, contenidas en los artículos 1016 a 1034 CC, rigen íntegramente, en todos sus extremos, cuando uno u otro se ejercitan notarialmente. Leídos esos preceptos, no hay en ellos nada que impida su aplicación al o por el Notario.

5. LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO EN LA HERENCIA BENEFICIADA O CON DERECHO DE DELIBERAR

El ALJV modifica los artículos 1017 y 1020 CC. La redacción actualmente vigente y la que propone el ALJV de dichos preceptos es la siguiente:

Redacción actual

Artículo 1017

«El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta.

Si por hallarse los bienes a larga distancia, o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año».

Artículo 1020

«En todo caso el Juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamento en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Redacción del ALJV

Artículo 1017

«El inventario se principiará, bien por el Juzgado o bien por el Notario, dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá en otros sesenta.

Si por hallarse los bienes a larga distancia o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, el Juzgado o el Notario podrán prorrogar este término por el tiempo que estimen necesario, sin que pueda exceder de un año».

Artículo 1020

«Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, podrá el Secretario Judicial a instancia de parte interesada, proveer la administración y custodia de los bienes hereditarios como en cada caso proceda».

La modificación de estos artículos 1017 y 1020 CC es puramente competencial, pues se trata de atribuir también al Notario funciones que hasta ahora desempeñaba en exclusiva el Juez (caso del art. 1017), o de despojar a éste de determinados cometidos que ahora se asignan al Secretario (caso del art. 1020).

a) La reforma del artículo 1017 CC está íntimamente relacionada con la del artículo 1014 CC, examinada con anterioridad. Así, la iniciación del inventario corresponderá al Juez o al Notario (art. 1017 I CC) no de manera

aleatoria o indistinta, sino en función de si la manifestación sobre el ejercicio del beneficio de inventario y del derecho de deliberar fue realizada por el heredero ante uno u otro. Si esa manifestación fue hecha ante el Juez, a él corresponderá principiar el inventario; si fue hecha ante el Notario, sería él el encargado de iniciar su práctica.

b) Idénticas consideraciones cabe realizar a propósito de la prórroga del plazo para realizar el inventario (art. 1017 II CC): será potestativamente decretada por el Juez o el Notario en función de ante quién de ellos hizo el heredero la manifestación antedicha.

c) El artículo 15 ALJV establece reglas para la práctica del inventario de bienes. Sin embargo, opino que ese precepto no es aplicable al inventario que se ha de formar como consecuencia del ejercicio por el heredero del beneficio de inventario o del derecho de deliberar. En primer lugar porque ese precepto se refiere a la formación de inventario del patrimonio «de una persona», lo que en puridad no sucede en nuestro caso, en el que el inventario tiene por objeto bienes hereditarios. Y en segundo lugar porque el artículo 15.1 ALJV contempla los supuestos en que «conforme a la regulación de un expediente de jurisdicción voluntaria haya de formarse inventario», lo que tampoco acaece en el caso que analizamos porque la formación del inventario no viene exigida por, ni se realiza en, un expediente de jurisdicción voluntaria, sino en el procedimiento que se desencadena cuando se ejercita el derecho de deliberar. Por consiguiente, la formación del inventario a que se refiere el artículo 1017 CC no se gobernará por las reglas del artículo 15 ALJV, sin perjuicio de la eventual aplicación analógica de este último.

d) La decisión sobre la administración o custodia de los bienes hereditarios, hasta ahora atribuida al Juez, corresponde al Secretario Judicial en la nueva redacción del artículo 1020. En consecuencia, y puesto que semejante decisión no puede ser adoptada *ex officio*, es al Secretario —y no al Juez— a quien la parte interesada habrá de dirigir la petición de que los bienes hereditarios sean sujetos a administración y custodia. En el supuesto de que acepte dicha petición, será el propio Secretario quien nombre a la persona que desempeñará las funciones de administración y custodia. Las resoluciones del Secretario revestirán la forma de decreto (art. 17.2 ALJV) y serán recurribles por una sola vez ante el Juez correspondiente (art. 19.2 ALJV).

e) La supresión en la nueva redacción del artículo 1020 CC de la locución adverbial «en su caso» no afecta a la interpretación doctrinal de dicho

precepto según la cual la administración y custodia de bienes hereditarios que prevé este precepto pueden tener lugar no sólo cuando se ejercita el derecho de deliberar, sino también en todas aquellas situaciones anormales o excepcionales en las que la herencia requiera la organización de una administración mientras está pendiente de aceptación o repudiación, salvo nombramiento por el causante de una persona al efecto. Dicho en otras palabras: si se comparte esta tesis en el marco de la actuación redacción del artículo 1020 CC, la modificación de este precepto, en los términos previstos por el ALJV, no es razón para apartarse de ella.

f) La administración y custodia de los bienes hereditarios, si es adoptada por el Secretario, se producirá «como en cada caso proceda». Esta expresión debe interpretarse en el sentido de que no son forzosamente aplicables los preceptos de la LEC relativos a la administración, custodia y conservación del caudal hereditario (arts. 795 y 797-805), a diferencia de lo que sucede en la redacción actual del artículo 1020 CC, que se remite en esta materia a lo previsto para el juicio de testamentaría en la LEC de 1881 (actualmente, a los citados preceptos de la LEC de 2000). Es posible por eso que el Secretario adopte algunas medidas sobre administración y custodia especialmente pertinentes para los bienes hereditarios de que se trate, o que el administrador o custodio no se sujete de manera estricta a las previsiones recogidas en dichos preceptos.

g) El ALJV no modifica —para ampliarlas también al Notario, como hace con los arts. 1014, 1017 y 1020 CC— las referencias que los artículos 1015, 1019 I y 1024.2° CC hacen al «Juez» (art. 1015), al «Juzgado» (art. 1019 I) o a la autorización «judicial» (art. 1024.2° CC). La no reforma del artículo 1015 CC se explica porque es el Juez el único habilitado para fijar al llamado, en el marco de la *interpelatio in iuris*, un término para aceptar o repudiar la herencia (cfr. art. 1005 CC). La no reforma del artículo 1024.2° CC se justifica porque la autorización judicial cumple en ese precepto la función de suplir la falta de unanimidad de los interesados para la enajenación de los bienes de la herencia, al igual que sucede en otras ocasiones (cfr. arts. 96 IV, 507 II y 1320 I CC). En cambio, resulta más difícil explicar la no reforma del artículo 1019 I CC. Según este precepto, «el heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Juzgado, dentro de los treinta días contados desde el siguiente al en que se hubiese concluido el inventario, si se acepta o repudia la herencia». En mi opinión, una vez que el nuevo artículo 1014 CC permite que el Notario sea destinatario de la mani-

festación del heredero que ejercita el derecho de deliberar, con la consecuencia de que el Notario practicará todas las actuaciones hereditarias subsiguientes a dicho ejercicio, es razonable permitir que la declaración del heredero de aceptar o repudiar la herencia —declaración con la que se culmina el trámite abierto con el ejercicio del derecho de deliberar— pueda ser hecha por escrito dirigido al mismo Notario¹². Sería por eso deseable modificar el artículo 1019 I CC, y sustituir la expresión «al Juzgado» por «al Juzgado o al Notario», en el bien entendido de que la aceptación o repudiación no exigirían en el caso analizado otorgamiento de documento notarial, sino, más simplemente, manifestación por escrito al Notario de la declaración de aceptación o repudiación.

III. CONCLUSIONES

Examinados los preceptos del Código Civil en materia de Derecho sucesorio cuya modificación pretende el ALJV, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

Primera. Las reformas que el ALJV propone para determinados preceptos del CC en materia de Derecho sucesorio obedecen al deseo de adaptar esos preceptos al nuevo régimen de la jurisdicción voluntaria. Son por esa razón reformas menores, encaminadas en su mayor parte a descargar al Juez de tareas en este ámbito, ya porque se atribuyen al Secretario Judicial o al Notario, ya porque, manteniéndolas en la órbita del Juez, se reconocen también, simultáneamente, al Notario.

Segunda. El ALJV hace un notable ejercicio de autocontención en la reforma de preceptos del CC, al punto de dejar con su redacción actual preceptos que en buena lógica deberían ser modificados. Ya se han señalado antes, como ejemplo de ello, los artículos 735 y 1019 I CC, el primero más evidente que el segundo, aunque éste más sustantivo que aquél. Puede añadirse a este listado de preceptos que deberían ser reformados el artículo 704

12 O al menos la declaración de aceptación (de hecho, ya el art. 1011 CC permite que la aceptación de la herencia beneficiada pueda hacerse «ante Notario»), si es que se entiende que la exigencia de que la repudiación sea hecha —entre otras posibles formas— «por escrito presentado ante el Juez» (art. 1008 CC) veda toda posible repudiación mediante escrito presentado al Notario.

CC, donde sin duda habría que sustituir «Ley de Enjuiciamiento Civil» por «Ley de Jurisdicción Voluntaria». También cabe plantearse si no sería útil prever expresamente la jurisdicción voluntaria para la resolución de algunas otras cuestiones sucesorias, tales como, por ejemplo, la determinación de los herederos o la aplicación de los bienes hereditarios en el caso de instituciones genéricas (cfr. arts. 747 y 749 CC), o la tramitación de la *interpelatio in iuris* del artículo 1005 CC, de la que se dice unánimemente que es procedimiento de jurisdicción voluntaria pero que en el ALJV no tiene reglamentación específica.

Tercera. La atribución de facultades decisorias en el ámbito de la jurisdicción voluntaria al Secretario Judicial es coherente con uno de los principios sentados por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ. Es también coherente con el recientemente presentado Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal (*BOCG*, VIII Legislatura, Serie A, nº 69-1, 27 de enero de 2006), que modifica innumerables preceptos de la LEC con la finalidad de asignar al Secretario funciones que hasta ahora competían al Juez. Ahora bien, el hecho de que contra las decisiones del Secretario Judicial únicamente quepa recurso ante el Juez va a impedir que las Audiencias Provinciales uniformen criterios de interpretación de la normativa sobre jurisdicción voluntaria en aspectos en los que (como es el caso de la protocolización de testamentos ológrafos o cerrados), hasta la fecha, el papel desempeñado por los órganos de apelación ha sido valioso.

Cuarta. La categórica declaración contenida en la Disposición adicional 1ª ALJV («La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6ª de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas») no va a ser suficiente para solucionar los problemas que la nueva regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria va a originar cuando sea relacionada con las normas de Derecho sucesorio aprobadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su competencia sobre conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles forales o especiales, allí donde existan (art. 149.1.8ª CE). Resultará precisa e inevitable una tarea de acomodación de la ALJV, dictada por el legislador estatal pensando fundamen-

talmente en el Derecho del Estado, a esas normas de origen autonómico. Tampoco habrá que descartar la aprobación por las Comunidades Autónomas de normas propias sobre jurisdicción voluntaria, en donde se prevean las «necesarias especialidades» que en esta clase de jurisdicción se deriven de las «particularidades» de su derecho sustantivo, con el alcance con que estas expresiones han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional (cfr. STC 47/2004, de 25 de marzo, y la doctrina allí recogida).

LA REFORMA DE LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL CÓDIGO CIVIL

MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Universidad de Zaragoza

SUMARIO. 1. POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN ABINTESTATO DEL CÓDIGO CIVIL. I. Breve nota histórica sobre el llamamiento al cónyuge viudo en Derecho español. II. Datos para la reflexión sobre la posición del cónyuge en el orden de sucesión. III. Propuesta de modificación del Código civil en el llamamiento abintestato al cónyuge viudo. IV. Algunas cuestiones a tener en consideración si se modifica la posición del cónyuge viudo en el orden sucesorio abintestato del Código civil. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN. 3. APLICACIÓN DEL DERECHO A DOBLE CUOTA POR DOBLE VÍNCULO DE PARENTESCO A LOS HIJOS DE HERMANOS DEL CAUSANTE. 4. LLAMAMIENTO ABINTESTATO AL ESTADO. 5. REGULACIÓN DEL PARENTESCO Y LA AFINIDAD. 6. PROPUESTA DE SUSTITUCIÓN DE LOS TÉRMINOS «SUCESIÓN LEGÍTIMA» Y «HEREDEROS LEGÍTIMOS» POR «SUCESIÓN INTESTADA» Y «HEREDEROS ABINTESTATO».

1. POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN ABINTESTATO DEL CÓDIGO CIVIL

I. Breve nota histórica sobre el llamamiento al cónyuge viudo en Derecho español

En el Fuero Juzgo, el cónyuge del causante era llamado a la intestada después de los parientes colaterales de séptimo grado, siempre que no contrajese ulterior matrimonio [Leyes 11ª y 15ª, título 2º, libro IV]. El Fuero Real no lo llamó. En las Partidas, era llamado después de los parientes colaterales del causante de décimo grado [Ley 6ª, título 12, Partida VI], aunque la viuda pobre tenía el derecho a la cuarta marital, en concurrencia con los llamamientos preferentes [Ley 7ª, título 13, Partida VI]. La Nueva y Novísima Recopilación no modificaron la posición del viudo, como no la habían modificado las Leyes de Toro, recogidas en la Nueva y Novísima Recopilación.

La Ley española de adquisiciones a nombre del Estado de 16 de mayo de 1835 [«Ley de mostrencos»: Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1835, número 142], en su artículo segundo mejoró la posición sucesoria del cónyuge: al margen de la preferencia de los hijos naturales legalmente reconocidos y de sus descendientes en la herencia del padre, que la propia Ley establecía, era llamado inmediatamente a continuación de los parientes colaterales del cuarto grado y con preferencia a los colaterales del quinto al décimo grado, llamados inmediatamente a continuación. Además, se estableció el momento de la contestación a la demanda de divorcio, aunque no hubiese todavía sentencia, como la causa que podía provocar la imposibilidad de vocación sucesoria para el todavía entonces cónyuge del causante y se fijaba una especie de reserva y reversión legal de los bienes raíces de abolengo a favor de los parientes colaterales del causante para después del fallecimiento del viudo que adquirió dichos bienes mediante sucesión intestada.

Según la base 18 de la Ley de 11 de mayo de 1888, el cónyuge debía ser llamado en el futuro Código civil inmediatamente a continuación de los hermanos e hijos de hermanos del causante, por tanto, ordenaba mejorar su posición, pues era llamado inmediatamente a continuación de los parientes colaterales privilegiados.

En el Código civil es llamado a la intestada y considerado legitimario. Cuando entra en vigor, los artículos 946, 952 y 953 (todos en la Sección cuarta, *De la sucesión de los colaterales y de los cónyuges*) llaman al viudo, como

ordenaba la Ley de bases, después de los hermanos e hijos de hermanos y con preferencia a los demás colaterales dentro del sexto grado y también al Estado español. En caso de concurrencia del viudo con colaterales privilegiados (hermanos e hijos de hermanos), el artículo 953 establecía el derecho del cónyuge a percibir la mitad de la herencia en usufructo (como indicaba el entonces vigente artículo 837). En la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958 [BOE de 25 de abril], el artículo 953 modifica su tenor y dispone que en caso de dicha concurrencia entre llamados, el viudo tendría por legítima en la intestada la parte de herencia en usufructo prevista en el artículo 838 (hoy vigente): dos tercios de la herencia. Publicado el Código civil, la doctrina discutió sobre si tenía el cónyuge derecho al usufructo por legítima si concurría con descendientes o ascendientes, puesto que el 953 sólo parecía preverlo cuando concurría con hermanos e hijos de hermanos del causante. Con la modificación del artículo 953 en el año 1958, que afirmaba en su tenor literal expresamente que la legítima *en todo caso* correspondía al viudo en la sucesión intestada, la cuestión quedó zanjada.

En la reforma del Código de 1981, el artículo 953 se suprimió. Al ser llamado desde entonces el cónyuge con preferencia respecto de los hermanos e hijos de hermanos, no tenía sentido mantener el derecho de legítima en concurrencia con ellos. La doctrina, desde entonces, es unánime al entender que el viudo tiene legítima en la sucesión intestada en concurrencia con descendientes y ascendientes, únicos parientes con preferencia en el llamamiento abintestato. No obstante, si el viudo concurre con parientes colaterales, con el Estado o con extraños —es indiferente— en la sucesión testada, tiene derecho por legítima, al usufructo de los dos tercios de la herencia conforme al artículo 838.

La reforma más importante en la sucesión intestada a favor del cónyuge viudo se introdujo por Ley de 13 de mayo de 1981, aunque el principal objetivo de la reforma fue la adaptación constitucional (Exposición de Motivos). El cónyuge pasó a ser llamado a la sucesión inmediatamente a continuación de los ascendientes del causante, con preferencia a todos los colaterales, privilegiados y no privilegiados (llamados sólo hasta el cuarto grado de parentesco con el causante desde la reforma del Código de 1928 [Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928; Gaceta de Madrid de 14 de enero de 1928]). Junto al llamamiento al cónyuge se incluyeron modificaciones técnicas de carácter formal derivadas de los cambios y supresión de artículos concomitantes (fundamentalmente por la supresión del llamamiento específico para

los hijos naturales del causante y sus descendientes que recogían hasta entonces los artículos 939 a 945). A partir de 1981, los cuatro preceptos que establecen el llamamiento al cónyuge a la sucesión (además del genérico 913) son el 943, 944, 945 y 954, todos ellos dentro de la Sección Tercera, titulada *De la sucesión del cónyuge y de los colaterales*.

El artículo 943 concuerda básicamente con el derogado 946 al establecer, en general, que el cónyuge y los parientes colaterales son llamados a falta de las personas llamadas en las dos secciones anteriores del capítulo y remite a los artículos siguientes para conocer el régimen jurídico concreto. Tiene el acierto técnico de incluir el término cónyuge en singular, a diferencia del derogado 946 y la antigua Sección Cuarta que se referían en plural a los cónyuges del causante, como si más de uno pudiese ser llamado a la intestada.

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 dado nuevo texto al artículo 945: «no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho». Los supuestos en que no tiene lugar el llamamiento abintestato al cónyuge coinciden ahora con aquellos en que no puede recibir su derecho a usufructo por legítima, pues también ha modificado la Ley el texto del artículo 834 del Código: «el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora». Se hace, así coincidir ambos casos y se dota de mayor seguridad jurídica al sistema; con todo, qué es la separación de hecho no es cuestión del todo clara [PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Valencia, 1999].

Finalmente, la Ley 15/2005 ha suprimido el segundo párrafo del artículo 837, que preveía una cuota de usufructo mayor para el cónyuge en concurrencia con hijos adulterinos del causante concebidos durante el matrimonio. La norma era seguramente discriminatoria para tales descendientes del causante y chocaba con lo dispuesto en el artículo 931 del Código civil y con el artículo 14 de la Constitución [ver sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de febrero de 2000, que propició la reforma del derecho francés de 2001].

II. Datos para la reflexión sobre la posición del cónyuge en el orden de sucesión

A. Derechos extranjeros de nuestro entorno.

a) El cónyuge, heredero de primer orden junto con órdenes de parientes preferentes

La tendencia a mejorar la posición del cónyuge viudo en el llamamiento a la intestada es la tónica general seguida por los ordenamientos de nuestro entorno desde hace ya bastantes años. La concepción de las sociedades actuales cuya base es la familia nuclear y no la extensa provoca que los Ordenamientos presten mayor atención a los derechos del viudo cuando se establece el orden sucesorio abintestato. Es llamado como heredero de primer orden junto con los descendientes para recibir menor porción que ellos aunque, por lo general, en plena propiedad en la inmensa mayor parte de los derechos extranjeros; tanto en los ordenamientos europeos como el alemán¹, austríaco², portugués³, italiano⁴, suizo⁵ o el islandés⁶; como en bue-

1 El BGB llama en primer lugar al cónyuge viudo sobre una cuarta parte de la herencia en plena propiedad si concurre con descendientes, que siguen considerándose parientes «de primer orden». § 1924 y § 1931 BGB.

2 Vid. § 757 del ABGB.

3 En el Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966 (en vigor desde 1 de junio de 1967) se establece la participación de la cuarta parte para el cónyuge, como en derecho alemán, en el artículo 2139.1, precepto redactado conforme al Decreto-Ley nº 496/1977. Técnica adecuada la del legislador portugués que recoge en el mismo precepto del Código el llamamiento al cónyuge viudo y a los descendientes [artículo 2133.1.a)].

4 En el Código civil italiano, tras la reforma de 19 de mayo de 1975 del Derecho de familia, el cónyuge es llamado junto a los descendientes en primer lugar, conforme a los artículos 565 siguientes y concordantes [ver 581]. Si sucede con un solo descendiente legítimo o natural, reduce la porción de éste en la mitad del caudal y si concurre con dos o más —legítimos o naturales o legítimos y naturales— la reduce en un tercio.

5 Hasta el 1 de enero de 1988 (fecha de la entrada en vigor de la ley de 5 de octubre de 1984 sobre efectos generales del matrimonio, régimen matrimonial y sucesiones), el Código Civil suizo establecía un derecho de opción a favor del cónyuge viudo en la sucesión intestada en concurso con descendientes del causante: o bien obtenía la mitad de la herencia en usufructo o la cuarta parte en plena propiedad. Desde entonces, el artículo 462 impone el llamamiento a la sucesión intestada al cónyuge sobre la mitad de la herencia en concurso con descendientes [ver también artículo 457].

6 La ley sobre sucesión 1962 nº 8-14 de marzo, modificada por Ley 48/1989, establece el derecho del cónyuge a percibir un tercio de la herencia cuando concurre con descendientes del causante (artículo 2).

na parte de los ordenamientos iberoamericanos, los estados mejicanos, Perú⁷, Cuba⁸.

Más rotundo, el Código de Herencias sueco⁹ establece, en el artículo 1 del capítulo 3, el derecho preferente del cónyuge del causante respecto de todos los parientes, incluidos los hijos, que son herederos forzosos, pero no tienen derecho a la herencia hasta que fallece el cónyuge supérstite.

La más reciente reforma sobre sucesión intestada en nuestro entorno es la francesa; hasta la entrada en vigor en 2002 de la reforma del Derecho de sucesiones introducida por la Ley n°-1135, de 3 de diciembre de 2001, el cónyuge era llamado a la intestada después de los ascendientes y de los colaterales privilegiados (hermanos del causante y sus descendientes) y sólo recibía parte de la herencia en plena propiedad junto con los descendientes si concurría con hijos adulterinos del causante concebidos durante su matrimonio. Los juristas franceses habían abogado como criterio de política legislativa por mejorar su posición en el llamamiento, como muestran las conclusiones aprobadas en el 95° Congreso des Notaires de France, celebrado en Marsella del 9 al 12 de mayo de 1999; la cuarta comisión del Congreso proponía que el cónyuge sobreviviente primase en el orden sucesorio sobre los colaterales privilegiados y los ascendientes ordinarios, como consta en las actas publicadas del Congreso¹⁰. Así se ha hecho y hoy, conforme a los artículos 757 y concordantes del *Code*, el cónyuge viudo que concurre a la sucesión con hijos o descendientes comunes con el difunto tiene un derecho de opción para recibir un cuarto de la herencia en propiedad o el usufructo de la totalidad del caudal; si concurre con algún hijo o descendiente no común con el difunto, tiene derecho a la propiedad de un cuarto de la herencia y si concurre con los padres del causante, a la propiedad de la mitad de la herencia. Si premuere al causante el padre o la madre (solamente uno de ellos), el cónyu-

7 Artículos 822 y siguientes del Código civil. El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo (art. 822). En ciertos supuestos (conforme al art. 823, el cónyuge puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia. Si concurre con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos (824).

8 Conforme al artículo 517 del Código civil cubano, el cónyuge sobreviviente que concurre a la herencia intestada con descendientes o padres del causante, tiene derecho a una porción igual a la de los herederos con quienes concurra.

9 Promulgado el 12 de diciembre de 1958, con modificaciones de 31 de diciembre de 1987.

10 *Notaires de France. Les Propositions. Quatrième commission. Demain la famille, les transmissions successorales. 95 Congrès, Marseille 9-12 mai 1999.*

ge del causante recibe su cuarta parte correspondiente. Ya no hay distinción cuando concurre un hijo adulterino del fallecido, conforme a las exigencias de la Convención europea de los Derechos del Hombre concretada en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de febrero de 2000 [*Mazurek* contra Francia]¹¹. Y, en cuanto a su posición en el orden abintestato, es llamado como heredero de tercer orden en ausencia de hijos y descendientes del difunto y de su padre y madre. Hereda, pues, con preferencia al resto de ascendientes.

La solución adoptada por el Derecho francés recuerda bastante a la del Código civil cubano en que el cónyuge es llamado en defecto de padre y madre del causante, pero con preferencia a los abuelos y demás ascendientes y recibe también, si concurre con los descendientes o los padres del causante, una porción igual a la de ellos.

En este momento existe un Borrador del Libro VI, Derecho de Sucesiones, del Código civil de Puerto Rico revisado. En su artículo 185 se propone el llamamiento en la sucesión intestada al cónyuge supérstite en primer lugar, junto con los descendientes del causante. Puede consultarse en <http://www.codigocivilpr.net>. En la actualidad, el cónyuge hereda en defecto de descendientes, ascendientes y hermanos y descendientes de hermanos (artículo 910 del Código civil de Puerto Rico). Es idéntico al sistema español vigente con anterioridad a la reforma de 1981.

b) Posición del cónyuge en el orden sucesorio.

1. Derechos europeos

Al margen del llamamiento conjunto con los descendientes, el cónyuge ocupa el siguiente puesto en la sucesión abintestato: en Alemania, con derecho fiel al sistema de llamamiento a las parentelas, hereda toda la herencia si no hay parientes del primer orden (descendientes del causante) ni del segundo (padres y sus descendientes, es decir, padres y hermanos del causante) ni abuelos (§ 1931); en Suiza [artículo 462 del Code civil] es llamado a recibir

11 Sobre la reforma, notas de BELLVIER, Florence y ROCHFELD, Judith, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 1, enero-marzo de 2002, páginas 156 a 165; PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001», *RCDI*, año LXXIX, septiembre-octubre de 2003, número 679, páginas 1855 a 2878.

una cuota en propiedad de la mitad de la herencia si concurre con la primera parentela del causante (esto es, con sus descendientes) y si concurre con la segunda parentela (padres del causante, hermanos de éste, hijos de hermanos del causante, etcétera), tres cuartos de la herencia. En ausencia de parientes de la tercera parentela, es llamado a la totalidad y en plena propiedad como único heredero [cfr. artículos 460, 462 y 466]. En Islandia, el cónyuge en defecto de hijos y sus descendientes, es llamado a la totalidad de la herencia con preferencia a los padres y sus descendientes (segunda parentela del causante) conforme a los artículos 1 y 3 de la Ley sobre la sucesión 1962 [no. 8 – 14 marzo, con modificaciones por Ley 48/1989].

En Italia, recibe toda la herencia en defecto de hijos legítimos o naturales, de ascendientes y de hermanos o hermanas (artículo 583 del *Codice*). Si concurre con hijos legítimos o naturales o ambos, tiene derecho a la mitad de la herencia si a la sucesión concurre un solo hijo y a un tercio de la misma en otros casos (art. 581). Si concurre con ascendientes legítimos o con hermanos y hermanas, aunque sean de vínculo sencillo, recibe un tercio de la herencia (582).

En Portugal, si concurre con hijos reparte con ellos la herencia por cabezas y su cuota no puede ser inferior, en cualquier caso, a una cuarta parte de la herencia (art. 2139 del Código civil); si concurre con ascendientes, tiene derecho a dos terceras partes de la herencia (2142) y a falta de descendientes y ascendientes hereda todo (artículo 2144).

Ya quedó dicho que en Derecho francés es llamado como heredero de tercer orden en ausencia de hijos y descendientes del difunto y de su padre y madre, así que hereda con preferencia al resto de ascendientes del causante (artículo 757 del *Code*).

En Inglaterra, el cónyuge viudo es el primer llamado a obtener el cargo de representante personal del causante, con preferencia a los descendientes, ascendientes y colaterales; fijado el remanente de la herencia, tiene derecho preferente incluso respecto de los descendientes a los siguientes conceptos: a) pleno dominio de las pertenencias y objetos de uso personal del fallecido; b) un legado legal pecuniario, libre de gastos e impuesto de sucesiones; c) el usufructo vitalicio de la mitad de los restantes bienes de la herencia y d) el derecho de adquisición preferente de la vivienda familiar siempre que ésta forme parte de la herencia¹².

12 Parte IV de la *Administration of Estates Act* de 1925, modificada por la *Intestates' Estates Act* de 1952, la *Family Provision Act* de 1966, la *Family Law Reform Act* de 1969, la *Administration*

2. Derechos iberoamericanos

En Perú, es llamado a la totalidad de la herencia en defecto de descendientes y ascendientes (artículo 825 del código civil). Si concurre con descendientes hereda una parte igual a la de un hijo (artículo 822), lo mismo que si concurre con ascendientes (artículo 824).

En Cuba (artículo 518 del Código civil), tiene derecho a la totalidad de la herencia en defecto de descendientes y padres del causante, pero con preferencia al resto de ascendientes. Si concurre con descendientes o con padres del causante (los dos órdenes preferentes) le corresponde una porción igual a la de los herederos con los que concurra (artículo 517 del Código civil).

En Paraguay, si el cónyuge concurre con descendientes del causante recibe una parte igual a la de cada uno de los hijos del fallecido que concurren con él; si concurre con ambos padres del causante, tiene derecho a un tercio de la herencia y si concurre con uno sólo de los padres, o con otros ascendientes más alejados, a la mitad. En defecto de descendientes y ascendientes, hereda todo (artículo 2586 del Código civil, modificado por Ley nº 1.183/85).

En Guatemala, el cónyuge sobreviviente cuyo derecho de gananciales sea menor que la cuota hereditaria que le correspondería en ausencia de gananciales, tendrá derecho a que se le complete un monto equivalente a dicha cuota, deduciéndose la diferencia de la masa hereditaria (art. 1078 del Código civil). A falta de descendencia, suceden los ascendientes más próximos y el cónyuge, por iguales porciones; en defecto de ascendientes, hereda el cónyuge (1079).

En Uruguay, el cónyuge hereda con los ascendientes dividiendo la herencia por mitad con ellos (artículo 1026 del Código civil, modificado por la Ley 15.855, de 25 de marzo de 1987), con preferencia a todos los colaterales; sólo concurre con los descendientes (llamados en primer lugar) para recibir la denominada «porción conyugal», aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación (ver artículo 1025, de 1987 y 874, cuya redacción es fruto de la reforma por Ley nº 16.603, de 19 de octubre de 1994).

of Justice Act de 1977, la *Family Law Reform Act* de 1987 y la *Law Reform (Succession) Act* de 1995. JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO, J., «La sucesión intestada en el Derecho inglés», *RCDI*, año LXXV, noviembre-diciembre 1999, núm. 655, páginas 2377 a 2410.

En Chile, el cónyuge concurre con los descendientes y tiene derecho a una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo. En ningún caso, la cuota del cónyuge será menor a una cuarta parte de la herencia o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso; concurre también con los ascendientes y recibe dos tercios de la herencia (artículos 988 y 989 del Código civil chileno).

En Brasil, el cónyuge hereda en defecto de descendientes o ascendientes si, al tiempo del fallecimiento, no estaba disuelta la sociedad conyugal. No obstante, si concurre con descendientes tiene derecho al usufructo de una cuarta parte de los bienes del fallecido y si concurre con ascendientes, a la mitad; ello, siempre que el régimen de bienes del matrimonio no fuese el de comunidad universal (artículo 1611 del Código civil de Brasil tras la reforma por Ley n° 6515, de 26 de diciembre de 1977).

En Puerto Rico, el cónyuge hereda en defecto de descendientes, ascendientes y hermanos y descendientes de hermanos (sistema español vigente con anterioridad a la reforma de 1981 (artículo 910 del Código civil). Advertí que en la actualidad, existe un Borrador del Libro VI, Derecho de Sucesiones, del Código civil de Puerto Rico revisado y que en su artículo 185 se propone el llamamiento al cónyuge supérstite en primer lugar, junto con los descendientes del causante [<http://www.codigocivilpr.net>]. En el orden general se propone que siga siendo llamado a la totalidad de la herencia en defecto de descendientes y ascendientes (artículo 189 del borrador); con ello se propone su anteposición a todos los parientes colaterales del causante. Pero se prevé también que pueda heredar con los dos órdenes preferentes: el de los descendientes y el de los ascendientes. Cuando hereda con descendientes o ascendientes, tiene derecho a una parte igual a la que corresponde a cada legitimario (artículo 190 del borrador). Los derechos de legítima se regulan en el título III del borrador (artículos 77 y siguientes); entre ellos, el 81 prevé el derecho a que el cónyuge supérstite pueda solicitar la atribución preferente de la vivienda familiar y para el supuesto en que su cuota hereditaria junto con la ganancial no alcance el valor necesario para tal atribución, puede solicitar el derecho de habitación vitalicio y gratuito; a pesar de denominarlo vitalicio, el párrafo tercero dice que se extinguirá este derecho si contrae nuevo matrimonio o si vive en concubinato [<http://www.codigocivilpr.net>].

3. Otros derechos

La publicación de obras de fácil acceso, permite constatar que el cónyuge hereda junto con los descendientes en la intestada en Quebec¹³ y en derechos asiáticos como los de China¹⁴ y Japón. En Japón¹⁵ el cónyuge viudo es heredero ab intestato en todo caso y concurre tanto con descendientes, como con ascendientes y con hermanos; los tres rangos preferentes; con los descendientes recibe la mitad de la herencia; con los ascendientes, recibe dos tercios y con los hermanos y hermanas del causante, recibe tres cuartas partes. En defecto de todos ellos recibe la totalidad de la herencia (artículos 887 a 890 y 900 del Código civil japonés después de la reforma por Ley 40/1962, de 29 de marzo).

4. Conclusión. Regulación española en relación al panorama de los derechos extranjeros

A la vista de lo expuesto, cabe mantener que el español es el único ordenamiento de nuestro entorno europeo que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes (herederos de primer orden en la práctica totalidad de los ordenamientos analizados) y es el único que llama a todos los ascendientes (distintos del padre o madre del causante) con preferencia al cónyuge. Incluso, los colaterales privilegiados (hermanos e hijos de hermanos) son llamados antes que el viudo a la intestada. A este respecto, en la actualidad tenemos el mismo sistema de sucesión intestada que Brasil y Puerto Rico, y este último, en proceso de reforma.

Cierto que el Código civil no desatiende completamente al cónyuge viudo, pues prevé para él, en concurrencia tanto con descendientes como con ascendientes, derechos de usufructo por legítima.

13 BRIERE, *Précis du droit des successions*, Wilson & Lafleur Itée, Montreal, 1988, páginas 150 y siguientes.

14 TIMOTEO, *Le successioni nel Diritto Cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, Giuffrè, Milano, 1994, páginas 67 y siguientes.

15 Código Civil Japonés, Estudio preliminar, traducción y notas de Rafael Domingo y Nobuo Hayashi, Pons, 2000.

B. Los derechos civiles forales y especiales

Por lo que respecta a los derechos civiles especiales, todos los ascendientes tienen preferencia respecto del cónyuge, como en el Código civil, en los derechos vasco¹⁶, balear y gallego, estos dos últimos porque remiten al Código¹⁷.

En Derecho navarro, el cónyuge hereda en la sucesión no troncal, a falta de descendientes, hermanos y ascendientes¹⁸.

El año 1983, el profesor SALVADOR CODERCH propuso, desde el punto de vista de la política legislativa, prestar mayor atención a los derechos del cónyuge viudo; en su opinión, la anteposición del cónyuge en la sucesión intestada a los ascendientes sería la protagonista de futuras reformas¹⁹. El Derecho catalán ha previsto que el cónyuge supérstite reciba en plena propiedad una cuarta parte del caudal hereditario si concurre con descendientes aunque el llamamiento sobre esta *cuarta viudal* sólo puede tener lugar en el supuesto de carecer el viudo de *suficientes medios económicos para su congrua sustentación, considerando el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relictivo*; un llamamiento que, por otro lado, no le atribuye la cualidad de heredero²⁰. Aparte, el cónyuge hereda en defecto de descendientes y con preferencia a todos los ascendientes conforme disponen los artículos 333 a 335 del Código de Sucesiones, llamamiento ya introducido en la Ley catalana de Sucesión intestada de 25 de mayo de 1987. Anteposición del cónyuge que, en general, ha sido bien vista por la doctrina²¹; hay que tener en cuenta que los ascendientes mantienen un derecho de legítima en concurrencia con aquél [artículos 323.1; 353 y 362 del Código de Sucesiones de Cataluña].

16 Conforme a los artículos 68.b y 69 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, los ascendientes son llamados después de los descendientes y con preferencia al viudo.

17 Artículos 53 y 84 del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares y artículo 152 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

18 La Ley 304 del Fuero Nuevo llama a la sucesión no troncal en el punto 4 a los ascendientes después de los descendientes y los hermanos y descendientes de hermanos del causante, pero con preferencia al cónyuge que es llamado en el punto 5.

19 SALVADOR CODERCH, «La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio», *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo 1, Bosch, Barcelona, 1983, páginas 167 a 173.

20 Artículos 379 y siguientes del Código de Sucesiones de 1991.

21 CASANOVAS Y MUSSONS, *RJC*, 1990, página 303; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo 2, páginas 1154 a 1159.

El legislador aragonés no modificó sustancialmente la posición del cónyuge en la sucesión legal en la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte de 1999. Durante su tramitación, el grupo mixto de las Cortes de Aragón propuso la anteposición del cónyuge a los ascendientes mediante la enmienda número 341 al Proyecto de Ley²², pero fue rechazada en el trámite de Ponencia; tuvo sólo dos votos a favor, sesenta en contra y cuatro abstenciones²³.

Conforme al vigente artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones, el cónyuge es llamado a la sucesión legal en defecto de descendientes y ascendientes en la sucesión no troncal; lo mismo que sucedía en Derecho aragonés desde la reforma del Código civil de 1981, por la remisión dinámica que la Compilación hacía a aquél.

No obstante, hay que tener en cuenta que en Aragón el cónyuge disfruta del derecho expectante de viudedad y del usufructo viudal universal (salvo excepciones) ambas instituciones de naturaleza familiar y no sucesoria, pues nacen con la celebración del matrimonio y tiene ciertos efectos en vida de los cónyuges; están regulados en la Ley 2/2003, de 12 de febrero de Régimen económico matrimonial y viudedad (artículos 89 y siguientes). El usufructo viudal universal supone una clara protección del cónyuge que, como se ha indicado, ha previsto la reciente reforma francesa para el viudo que concurre con descendientes como opción.

Además, en las últimas reformas aragonesas, se aprecia claramente cierta influencia de esta línea de política legislativa. Así en la Ley de Sucesiones, cuando el legislador afirma en el Preámbulo que la minoración de la legítima material colectiva a la mitad del caudal relicto —en lugar de los dos tercios que el derogado artículo 119 de la Compilación establecía— se prevé con la intención de que el cónyuge pueda ser más favorecido en la sucesión voluntaria de todo causante de vecindad civil aragonesa²⁴. Asimismo, se limitó el llamamiento a la sucesión troncal al sexto grado de parentesco en bienes de abolorio, que antes podían heredar los colaterales troncales ilimitadamente (ver artículo 211 de la Ley de Sucesiones y el derogado artículo 133

22 Enmiendas número 327 y 341 en BOCA número 222/1998, páginas 9579 y 9582.

23 Votaron en contra los Grupos Popular, Socialista y del Partido Aragonés; a favor, el Grupo enmendante; el Grupo de Izquierda Unida de Aragón se abstuvo. El Grupo Mixto se reservó la enmienda para su defensa en Comisión [BOCA número 240/1999, páginas 10614 y 10644]. Fue rechazada en el Pleno de las Cortes de Aragón celebrado los días 11 y 12 de febrero de 1999.

24 Párrafo tercero, apartado VIII del Preámbulo y artículo 171.1 de la Ley de Sucesiones.

de la Compilación del Derecho civil de Aragón en redacción posterior a la reforma de 1985), con lo que se aumentan las posibilidades de llamamiento al cónyuge sobre dichos bienes (pues en bienes troncales y troncales de aboñorio, el cónyuge hereda en defecto de parientes troncales conforme a los artículos 211 a 213).

Más recientemente, en la Ley de Régimen económico matrimonial y viudedad de 2003, su artículo 34 incluye una medida que favorece la consideración como patrimonio común de los bienes que forman el consorcio conyugal aragonés (régimen económico matrimonial legal), al disponer que si cualquier bien procedente de la familia de uno de los cónyuges ingresa en el patrimonio común, se considera que el mismo ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar; esta norma evita, en el futuro, la preferencia de los parientes troncales sobre el cónyuge del que recibió bienes de origen familiar que ingresaron en el patrimonio común. Además, se ha suprimido la limitación del usufructo viudal que establecía el derogado artículo 73 de la Compilación para el caso de concurrencia del viudo con descendientes del causante no comunes, aunque la Disposición Transitoria Cuarta mantiene las situaciones ya nacidas a la entrada en vigor de la Ley de 2003.

En definitiva, en el panorama de los derechos civiles forales o especiales, sólo el derecho catalán recoge derechos a la sucesión del cónyuge en concurrencia con ascendientes al margen de la cuarta viudal del pobre y aparece especialmente protector el Derecho aragonés dado el usufructo universal de que goza el viudo que concurre con descendientes del causante (comunes o no) o con cualesquiera otros parientes, incluidos los troncales. Los demás, llaman al cónyuge en la misma posición que el Código: después de todos los descendientes y todos los ascendientes.

C. Normas españolas que establecen derechos por causa de muerte a favor del viudo

Aunque el Código civil establezca una más que limitada protección al cónyuge viudo en el llamamiento a la sucesión abintestato y en la legítima, ello contrasta con otras disposiciones del propio Código, que conceden claro protagonismo a la figura del cónyuge ante la muerte y ante otras situaciones que denominaré «de debilidad» de su consorte. El cónyuge es el primer llamado a ser representante y defensor nato del desaparecido hasta la declara-

ción de ausencia (artículo 181); el artículo 143 llama como primeros obligados entre sí a prestarse alimentos a los cónyuges, por delante de ascendientes y descendientes y de hermanos; el cónyuge es también el preferido para ser nombrado tutor (artículo 234). Y, conforme al artículo 831, después de su reforma por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, pueden atribuírsele facultades para mejorar a los hijos o descendientes del primeramente fallecido que mantendrá, en tal caso, la administración sobre los bienes.

Otras leyes establecen derechos *mortis causa* a favor del viudo contemplando con evidente preferencia la situación de éste frente a cualquier pariente. Se encuentran ejemplos anteriores a la reforma del Código civil de 1981 y posteriores.

Preveía un derecho preferente del cónyuge viudo respecto de los demás herederos del finado el artículo 79 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre de Arrendamientos Rústicos, aunque la nueva LAR, ley 49/2003, de 26 de noviembre remite ahora en su artículo 24 a lo dispuesto por el titular en su testamento o, en su defecto, prevé que los sucesores legítimos se pongan de acuerdo y escojan por mayoría al sucesor en el contrato de arrendamiento.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 establece en su artículo 32 el derecho preferente del cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho a la transmisión de la concesión administrativa, con preferencia a los descendientes agricultores del titular fallecido.

La muerte de un trabajador provoca el abono por la Seguridad Social de pensiones de viudedad. Todo ello recogido en una normativa dispersa con base en la Ley General de Seguridad Social (artículos 171 y siguientes) y que ha tenido numerosos desarrollos y reformas.

La vigente LAU (como hacía la de 1964) recoge el derecho preferente de subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de vivienda del cónyuge del arrendatario que conviviera con él (también de quien conviviere con él en análoga relación de afectividad); en su defecto, tienen dicho derecho ciertos descendientes, ascendientes, hermanos y hasta parientes dentro del tercer grado con cierta minusvalía (artículo 16 de la LAU de 24 de noviembre de 1994).

El artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, para la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen establece la legitimación para

accionar a favor, en primer término, de la persona designada a tal efecto por el fallecido en su testamento o, en su defecto y por este orden, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Más llamativas son las leyes que recogen derechos de indemnización por causa de muerte en las que el fundamento de las atribuciones parece ser diferente de la transmisión *iure successionis*; sin embargo, permiten la constatación de los criterios de política legislativa más recientemente mostrados por el legislador (también por el Gobierno cuando dicta disposiciones generales) y que prestan atención destacada al cónyuge viudo.

El Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros [BOE número 311, de 28 de diciembre], en sus artículos 21 y 22, establece derechos a favor de personas relacionadas con el fallecido. El párrafo 1 del artículo 21 establece que el orden del artículo 22 regirá en todo caso la prelación para el recibo de la indemnización *cualquiera que sea la legislación civil aplicable a la sucesión del causante*. En el artículo 22, el cónyuge supérstite es el primer llamado a recibir la indemnización, incluso en concurrencia con los hijos del fallecido que, si los hay, reparten por mitad dicha indemnización con el viudo. La lectura de los párrafos 1 al 6 incluidos del precepto muestran que el Reglamento recoge bastante fielmente el orden de suceder abintestato del Código civil e incluso remite expresamente, para la distribución de la indemnización en ciertos supuestos, a preceptos concretos del Código; así, el párrafo 2 remite expresamente a los artículos 930 a 934 (cuando sólo concurren descendientes de la víctima) y el 5 a los artículos 946 y siguientes cuando concurren hermanos e hijos de hermanos. A pesar de estas similitudes y de ser evidente que al redactarse el Reglamento se ha tenido muy presente el orden de suceder abintestato del Código civil, el cónyuge ocupa el primer puesto en la prelación para la percepción de la indemnización. El Reglamento exige solamente que dicho cónyuge no esté separado por sentencia firme para recibirla; criterio no del todo idéntico al que establece el Código en los artículos 834 y 945 después de la reforma por Ley 15/2005.

Otro ilustrativo ejemplo se encuentra en el Anejo que recoge el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas por muerte en accidentes de circulación del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. En la Tabla I,

que establece las Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales), el Grupo I recoge con absoluta preferencia el derecho a percepción económica del cónyuge en cuantía muy superior al resto de perjudicados/beneficiarios con los que concurre (hijos, padres y hermanos menores huérfanos y dependientes de la víctima).

En el mismo sentido, cabe citar el artículo 15 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, «de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad» y el «Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo» [RD 1211/1997, de 18 de julio]).

Todo lo expuesto parecen indicios de los criterios sociales preferidos en la actualidad y de la política legislativa posterior a la reforma del Código civil de 1981.

D. Otros datos de interés en la jurisprudencia y doctrina

En el *Sistema de Derecho Civil IV*, DIEZ-PICAZO Y GULLÓN hace años que han propuesto la modificación del orden sucesorio con primacía del cónyuge respecto de los ascendientes (página 517).

Se encuentran, además, referencias de interés en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en lo que respecta a los derechos a decidir sobre el destino del cadáver y restos mortales cuando contienden el cónyuge viudo y los padres del fallecido. En este momento, hay unanimidad en las sentencias dictadas que han fallado a favor del cónyuge y no de los padres del fallecido para decidir el tipo de inhumación, incineración, lugar de sepultura y otras circunstancias sobre el destino del cadáver, materia en la que cabe apreciar una laguna en la ley española. La costumbre o los deberes de prestar alimentos son argumentos que utilizan los tribunales para adoptar esta solución y prescinden expresamente de las normas sobre sucesión intestada que consideran no aplicables al supuesto. Más bien, parece deducirse del estudio de estas sentencias que los jueces consideran que la conciencia social y el protagonismo de la familia nuclear y de la relación conyugal está quizás alejada de lo que dispone el orden de sucesión abintestato del Código civil.

Así, dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 9 de diciembre de 1998, Sección Primera: *la costumbre, entendida como el uso social continuado y uniforme, elevaría, como fuente del derecho de segundo orden, o en defecto de ley, nos llevaría a idéntica conclusión. Y*

es que en una situación de normalidad matrimonial, y de convivencia conyugal bajo un mismo techo, los usos sociales ponen de relieve que es al viudo, y no a los padres del fallecido, a quien compete las decisiones relativas al tiempo, lugar, modo, y demás circunstancias que rodean al entierro y funeral, en una atribución por la realidad social imperante de una amalgama de derechos y cargas en favor y a costa de aquél [Repertorio Jurídico La Ley 5414/1999 (tomo 1999-3)]. En el mismo sentido, pueden verse las de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de junio de 1996 [RJA 1996/1615]; AP de Burgos, de 17 de enero de 2000, sección segunda [RJA 2000/505] y la de la AP de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001, sección segunda [RJA 2001/44].

III. Propuesta de modificación del Código civil en el llamamiento abintestato al cónyuge viudo

A la vista de los datos expuestos parece lo más acertado plantear la modificación de la posición del cónyuge en el orden sucesorio abintestato del Código civil. Pero hay varias opciones razonables de política legislativa en este momento, especialmente, si se atiende al entorno europeo y a la tradición española.

- a) Puede plantearse la anteposición, sin más del cónyuge a todos los ascendientes del causante, una opción bastante extendida en la doctrina y adecuada al tenor de las leyes más recientes que prevén derechos económicos a consecuencia de la muerte. En este caso, parece sensato establecer algún derecho a favor, al menos, del padre y madre del fallecido. Posiblemente, algún usufructo o una parte en plena propiedad (quizás la mitad o un tercio).
- b) O también, puede plantearse una reforma más similar a la francesa, pero teniendo en cuenta algunas singularidades del derecho sucesorio español. Cabría plantear una mejora de la posición del cónyuge viudo anteponiéndolo a los ascendientes del causante distintos del padre y madre y proponer que el cónyuge sea llamado como heredero de primer orden en concurrencia con descendientes del causante y con el padre y madre. En cuanto a la cuota a percibir en concurrencia con ambos órdenes, parece razonable que pueda establecerse:

- El derecho a la plena propiedad de un tercio de la herencia si el viudo concurre con descendientes (sin distinguir si son comunes o no comunes); algo coherente con los derechos de legítima hasta ahora en vigor para los descendientes y
 - El derecho a la plena propiedad de la mitad de la herencia si concurre con padre o madre del fallecido o con ambos (que acrecerían entre sí la cuota del otro en caso de no poder o querer heredar uno de ellos).
 - Todo ello sin desdeñar la posibilidad, como hace el Código francés, de dar un derecho de opción al cónyuge para percibir el usufructo de toda la herencia.
- c) Aunque las anteriores opciones parecen razonables, en mi opinión, debe proponerse la anteposición total del cónyuge a todos los ascendientes del causante y, establecerse su derecho a una porción de un tercio de la herencia en plena propiedad, si concurre con descendientes sean o no comunes con el causante. La solución me parece coherente con las indicaciones dadas hasta ahora por la mayor parte de la doctrina, las resoluciones jurisprudenciales y las tendencias del legislador a lo largo de los últimos años [datos recogidos en las páginas anteriores]. Asimismo, colocaría el derecho sucesorio español en la línea de los sistemas europeos de nuestro entorno más recientemente reformados. La porción del tercio en propiedad en concurrencia con descendientes del causante parece una solución respetuosa con los dos tercios de legítima para los descendientes que durante tantos años ha estado vigente en el Código civil (artículo 808).

IV. Algunas cuestiones a tener en consideración si se modifica la posición del cónyuge viudo en el orden sucesorio abintestato del Código civil

A. Derechos de legítima de cónyuge y ascendientes

Es evidente que cualquier modificación en el orden sucesorio abintestato provocará interferencias en otros llamamientos. En particular, convendrá revisar los derechos de legítima que se asignen tanto al cónyuge, como a los

descendientes y, muy especialmente, a los ascendientes, como mínimo, al padre y madre del causante, si se decide la anteposición del viudo. En el 95 Congreso de Notarios de Francia se llamaba la atención del legislador para que cuidase de establecer, si decidía anteponer al cónyuge y dado el alargamiento de la vida de los padres, algunas medidas de protección, como derechos de usufructo o reservas legales a su favor. La ley francesa ha previsto finalmente derechos tanto a favor de los ascendientes privilegiados (padre y madre) como de los ordinarios; el artículo 758 prevé un derecho de alimentos contra la herencia a favor de estos últimos si el cónyuge recibe la totalidad o tres cuartos del total (lo que puede suceder si concurre con padre y madre o con uno solo de ellos respectivamente, pues ya quedó dicho que si el padre o la madre no pueden o quieren heredar su parte no acrece al otro, sino que va a parar al cónyuge —artículo 757-1 del *Code*—).

Para el Código civil español, quizás la previsión por derecho de legítima del tercio del caudal en usufructo a favor de los ascendientes (sin distinción entre padre y madre y el resto) cuando herede el cónyuge abintestato es respetuosa con la tradición española como se puede deducir de los artículos 807, 2º y 809.

B. Revisión de la reversión legal de donaciones del artículo 812 del Código civil

La reversión legal de donaciones prevista en el artículo 812 y aplicable en la sucesión intestada, como indica el artículo 942, es una norma razonable si los ascendientes están llamados inmediatamente a continuación de los descendientes. Se trata, en suma, de que quienes donaron bienes al fallecido, los reciban con absoluta preferencia frente al resto de ascendientes que puedan concurrir con ellos al llamamiento abintestato. Si se decidiera la anteposición total del cónyuge a todos los ascendientes, cabe pensar en algún supuesto en la práctica en que la aplicación de la reversión legal de donaciones del 812 provoque que el cónyuge no pueda heredar nada si no hay descendientes del causante. Aunque quizás difícil en la práctica, así será cuando el fallecido sólo deje en su caudal bienes que le donaron sus ascendientes. Hoy este problema no se plantea dada la preferencia total de todos los ascendientes en el llamamiento a la intestada. Podría pensarse en la revisión del 812 para este supuesto específico que planteo. En tal caso, podría también preverse la imposición de una reserva al viudo que los herede abintestato.

C. Mantenimiento de la reserva troncal del artículo 811 del Código civil

Al margen de las cuestiones indicadas, si los ascendientes quedan postergados en la sucesión abintestato por el cónyuge, no hay objeción alguna a mantener la reserva troncal del artículo 811, pues, en mi opinión, la reforma no afectaría a la *ratio* de esta más que razonable norma aunque, en ocasiones, haya sido criticada por la doctrina.

D. Posibles reservas a favor de ascendientes y de otros parientes. El riesgo de salida de los bienes de la familia a la muerte del cónyuge viudo que heredó abintestato

De proponerse la anteposición del cónyuge en los términos expuestos (o sea, anteposición total a los ascendientes y derecho al tercio del caudal en plena propiedad en concurrencia con descendientes) cabe plantear la necesidad de introducir alguna nueva reserva a favor de los ascendientes del fallecido.

Para los descendientes y en el supuesto de segundo matrimonio del viudo no parece necesario, pues lo dispuesto en los artículos 968 y siguientes del Código establecen medidas razonables de protección para el supuesto de contraer el viudo segundas nupcias. Sin embargo, estas reservas no tienen en cuenta las consecuencias del fallecimiento del cónyuge viudo heredero abintestato que no se haya vuelto a casar. Si se antepone a los ascendientes en el llamamiento a la intestada, la cuestión se agudiza. Más todavía si al fallecimiento del viudo que heredó quedan descendientes suyos no comunes con el premuerto.

En el año 1981, después de la anteposición del cónyuge a los colaterales en la intestada la doctrina llamaba la atención sobre los riesgos de salida de los bienes de la familia. Así, decía ALBALADEJO: «partiendo del punto de vista del Código, de pretender evitar que los bienes pasen de una familia a otra, no se comprende cómo al anteponer la reforma de 13 de mayo de 1981 como heredero intestado del difunto, su cónyuge a sus colaterales, no ha establecido una reserva a favor de éstos, pues es claro que por el camino de la reforma, los bienes que pasen de un cónyuge a otro, cuando éste muera, irán a sus parientes, y los perderán para siempre los parientes del otro» [*Curso de Derecho Civil*, V, página 394]. En parecidos términos y criticando la aparente contradicción del sistema a la vista del mantenimiento de la reserva

del 811, se pronunció LACRUZ: «a partir de la reforma de 1981 el cónyuge viudo, que tenía un lugar menos favorecido en el Código de 1889, pasa por delante de los hermanos del causante, lo cual acaso no es muy justo cuando los bienes de éste son de procedencia familiar; y representa una contradicción con la reserva del art. 811: si el viudo hereda directamente, nada tiene que reservar, mientras que si recibe los bienes del premuerto a través de un hijo que los heredó de aquél y se los transmite, a su vez, mortis causa, se produce el supuesto de la reserva» [*Elementos de Derecho Civil*, V, 1988, página 586].

La Ley de Sucesiones, que no impone al cónyuge ninguna reserva legal, introdujo en 1999 una norma para evitar ese riesgo; el párrafo 2 del artículo 216 establece lo siguiente: «si el viudo heredero legal falleciera sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente». En derecho aragonés, la norma concuerda con la solución que la institución recíproca de heredero tiene en pacto sucesorio y en testamento mancomunado cuando se ha consumado totalmente la adquisición de los bienes entre ambos instituyentes y éstos no han previsto expresamente el destino de los bienes que pasaron de uno a otro (artículos 80.3 y 104.3 de la Ley de Sucesiones).

Esta norma no se utiliza en exclusiva en derechos que permiten la institución recíproca de heredero ni de los que contemplan una devolución sucesoria troncal o que tenga en cuenta el origen de los bienes del patrimonio del causante. El estudio de otros derechos sucesorios que tienen en vigor normas análogas nos muestra que se trata de una medida razonable cuando el cónyuge goza en el llamamiento a la intestada de una buena posición en relación a los parientes del fallecido. Así, por ejemplo, la Ley sobre sucesión de Islandia, recoge la siguiente norma en el artículo 6: «en caso de que un cónyuge sobreviviente sea heredero legal único del fallecido y que sobrevenga su muerte sin que haya contraído nuevamente matrimonio o dejado descendientes con derecho a herencia, sus bienes se dividirán entre los herederos de los dos cónyuges a partes iguales, si el cónyuge no ha dispuesto de sus bienes de otra manera a través de un testamento. Cuando un cónyuge sobreviviente no tiene ningún heredero en vida en el momento de fallecer, los bienes de éste se adjudicarán a los herederos del cónyuge que murió prime-

ro. Cuando en este artículo se habla de los herederos del cónyuge que muere primero se entenderán las personas susceptibles de heredar de él, con respecto al momento en que fallece el cónyuge que vive más tiempo.

De modo similar, el Código de herencia sueco que establece el llamamiento preferente del cónyuge incluso respecto de los descendientes del causante, prevé normas similares en los artículos 2 y 5 del capítulo 3 que tiene un significativo título: «sobre el derecho de herencia del cónyuge asimismo sobre el derecho de herencia de los herederos del cónyuge premoriente a la sucesión del cónyuge que falleció último».

En una eventual reforma del Código civil, cabría plantear la introducción de alguna previsión en este sentido, no como una reserva, que quizás desnaturalizaría en cierta medida la mejora de la posición sucesoria del cónyuge, sino para el caso de ser aplicable en defecto de disposición expresa del cónyuge viudo que recibió los bienes por sucesión intestada y vuelva o no a contraer nuevas nupcias.

E. Posibilidad de varias declaraciones de herederos abintestato si se admite la concurrencia en la intestada del cónyuge con los descendientes

La introducción de una norma como la indicada en la letra D (apartado anterior) obligaría a tener presente la posibilidad de varias declaraciones de herederos abintestato después del fallecimiento de una sola persona, lo mismo que si se contempla la posibilidad de que concurra el cónyuge con los descendientes (así lo prevé, por ejemplo, el artículo 203 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte).

F. Situaciones en las que el cónyuge no puede heredar abintestato

La reforma del texto de los artículos 834 y 945 del Código civil por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ha dejado resueltas buena parte de las cuestiones dudosas sobre la sucesión del cónyuge en situaciones de crisis matrimonial.

Dejó indicado al final del apartado I del punto 1 que sigue habiendo alguna cuestión dudosa en supuestos de separación de hecho. Como la doctrina ha puesto de manifiesto [PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Valencia, 1999], son diferentes las tipologías

de separaciones de hecho (unilateral, bilateral, de mutuo acuerdo, con convenio, sin convenio...). Es posible que, en ocasiones y, a falta de una prueba o indicio judicial (como quizás pueda ser un Auto de Medidas previas (las denominadas *provisionalísimas*) o extrajudicial (un convenio regulador firmado o unas capitulaciones matrimoniales en las que se deje constancia de la separación de hecho de los cónyuges) que lo corrobore, podrá ser difícil demostrar la efectiva separación de hecho (si los cónyuges cohabitan); por lo mismo, puede ocurrir que, separados físicamente de modo temporal los cónyuges en periodo de reflexión sobre su futura vida en común, sobrevenga el fallecimiento de alguno y se pueda propiciar alguna situación injusta.

Con todo, la norma dota de mayor seguridad jurídica al sistema y de coherencia al contemplar los mismos supuestos que excluyen el llamamiento a la legítima y a la sucesión intestada. Casos como los de fallecimiento a falta de obtenerse resolución de eficacia civil de resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos (artículo 80 del Código civil) están seguramente resueltos pues no será difícil, en tales supuestos, la prueba de la separación de hecho. Asimismo, la relevancia que se da a la separación de hecho en la Ley 15/2005, tendrá efectos en los supuestos previstos en el artículo 79 del Código civil (posiblemente este precepto es todavía aplicable cuando, al fallecimiento de uno de los contrayentes cuyo matrimonio se anule, no hubiese entre ellos separación de hecho y el sobreviviente sea contrayente de buena fe; ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 29 de abril de 1993, que reconoce derecho a la legítima por ser cónyuge de buena fe, en concurrencia con una hija del causante, a la segunda esposa del finado que contrajo matrimonio nulo por tener todavía el causante, cuando se casó con ella, vínculo matrimonial con su primera esposa [RJC, Jurisprudencia, 1993, vol. IV, páginas 282 a 286]).

La relevancia que el Código civil da hoy a la separación de hecho en los artículos 834 y 945 solventará posiblemente supuestos en que al fallecimiento de un cónyuge no haya obtenido firmeza la sentencia de separación.

G. Relación del llamamiento al cónyuge viudo con el régimen económico matrimonial

En los Estados Unidos e Inglaterra, el aumento de los derechos a la sucesión intestada del cónyuge viudo en detrimento de los descendientes ha

dependido en buena medida del régimen de comunidad conyugal previsto por las leyes: «De façon générale, nous pourrions dire que, dans tous les cas où le régime de communauté réduite aux acquêts est retenu par la loi, la protection successorale du conjoint survivant n'est pas très bien assurée (...) Une analyse précise de la situation successorale aux Etats-Unis fait nettement apparaître que la dotation successorale du conjoint survivant dans les états de common-law est en général supérieure à celle existant dans les états de community-property» [palabras del profesor Reiner FRANK en *Les successions en Droit Compare*, trabajo inédito del curso de doctorado dirigido por el profesor García Cantero titulado *Problèmes actuels en Droit Comparé dans le domaine de droit de la famille et de successions*, Universidad de Zaragoza, 1996].

El Código civil brasileño establece derechos a la sucesión del cónyuge viudo distintos en función de si el régimen de bienes del matrimonio era o no de comunidad universal. Además, el cónyuge hereda si al fallecer el causante, no está disuelta la sociedad conyugal (artículo 1611, redacción posterior a la Ley nº 6515 de 26 de diciembre de 1977).

Estas cuestiones no pertenecen a la tradición del derecho sucesorio español, que nunca las ha tenido en cuenta para establecer los derechos a la intestada. Una pequeña referencia hay en la última proposición del artículo 968, que prevé la reserva viudal y tiene la precaución de señalar que no está sujeta a la misma *su mitad de gananciales*, que evidentemente no forma parte de la herencia del causante, sino que son bienes del supérstite.

Aunque la doctrina ha estudiado la relación entre el llamamiento sucesorio al cónyuge y la economía del matrimonio [PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid, 2003, en especial, páginas 228 a 234], no parece razonable plantear ahora que los derechos a la sucesión del viudo hayan de depender del régimen económico del matrimonio ni tampoco que se puedan perder por estar disuelta la sociedad conyugal o estar los cónyuges en régimen de separación de bienes. Cosa distinta es que ello pueda ser indicio de la separación de hecho de los cónyuges conforme a lo dispuesto en el artículo 945 del Código civil después de la modificación de su tenor por Ley 15/2005. Las razones a que suele obedecer en la práctica el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de separación de bienes en el ámbito del derecho común creo que tienen poco que ver con decisiones sobre la independencia económica de los cónyuges, en especial, de la esposa, salvo casos excepcionales.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

Unificación de criterios para la aplicación del derecho de representación en la línea recta descendente y en la colateral en los supuestos de premoriencia, indignidad y desheredación (artículos 929, 761 y 857 del Código civil).

Conviene proponer la unificación de criterios para la aplicación del derecho de representación en la línea recta descendente y en la colateral en los supuestos de premoriencia, indignidad y desheredación, sin que estas últimas dos circunstancias afecten a la cuota que reciban por representación los descendientes del indigno y desheredado.

Parece oportuno y conveniente aclarar la relación del artículo 929 con los 761 y 857 del Código civil y unificar el criterio sobre el ámbito de aplicación del derecho de representación en la línea recta descendente y en la colateral. En la descendente, la opinión más extendida es que sólo puede aplicarse en la porción abintestato completamente a favor de los descendientes del premuerto llamado a la herencia. En caso de indignidad y desheredación del llamado, los descendientes sólo pueden representar en la porción de legítima, no en toda la porción abintestato y ambas pueden no coincidir dado lo dispuesto en el artículo 761 del Código civil. En cambio, si el derecho de representación ha de aplicarse a favor de colaterales del causante (sobrinos, hijos de sus hermanos: artículo 925.2 y 948 y siguientes), si el colateral llamado es indigno para suceder (no cabe hablar técnicamente de desheredación pues los colaterales no son legitimarios) sus descendientes pueden ser llamados por derecho de representación a toda la porción abintestato.

El derecho de representación se aplica en el supuesto de premoriencia y los descendientes del premuerto heredan en la total cuota intestada; en los supuestos de indignidad y desheredación con justa causa (ver también artículo 914), cabe excepcionalmente aplicar el derecho de representación conforme al 929, pero la cuota que reciben los descendientes del indigno y desheredado que sobreviven al causante es la fijada en los artículos 761 y 857 respectivamente, es decir, la cuota legitimaria (y no la total cuota intestada). Cuando han premuerto al causante el indigno y el desheredado, también los 761 y 857 constriñen la porción que los descendientes reciben por representación y si el premuerto al

causante había sido injustamente desheredado, el 851 provoca que por representación, sus descendientes sólo puedan recibir la legítima.

Es discutido en la doctrina si cabe la aplicación del derecho de representación en la línea colateral si los hermanos del causante son indignos para suceder (no parece razonable plantearlo para la desheredación dado que los colaterales no son legitimarios).

Cabe proponer la clarificación del ámbito de aplicación del derecho de representación: premoriencia, indignidad y desheredación del llamado; si se aplica en la línea recta descendente y en la colateral del mismo modo y, especialmente, si los artículos 761 y 857 constriñen la porción que el representante debe percibir en la intestada.

3. APLICACIÓN DEL DERECHO A DOBLE CUOTA POR DOBLE VÍNCULO DE PARENTESCO A LOS HIJOS DE HERMANOS DEL CAUSANTE

A. Concurrencia de hermanos de doble vínculo y hermanos de vínculo sencillo

El artículo 949 ha sobrevivido a las sucesivas reformas y no ha visto modificado su texto desde la promulgación del Código: *Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia.*

Según la doctrina, el texto del precepto puede justificar, al menos, dos interpretaciones respecto a la manera concreta en que se ha de hacer la distribución del caudal entre los hermanos de vínculo doble y sencillo. Se trata de si la doble porción debe ser considerada individualmente o colectivamente (que cada uno de doble vínculo, individualmente, reciba el doble que cada uno de vínculo sencillo o que se divida el caudal en tres partes, de las que dos corresponderían a todos los hermanos de doble vínculo que concurren a la sucesión y la tercera, se distribuiría igualitariamente entre todos los hermanos de vínculo sencillo; ello tiene consecuencias diferentes si concurren varios hermanos y no uno sólo de cada grupo).

La primera interpretación es la más admitida por la doctrina y parece más ajustada a la *ratio* del 949. No obstante, puede aprovecharse para aclarar este extremo en una próxima reforma.

B. Concurrencia de hermanos con sobrinos. Aplicabilidad conjunta de la regla del duplo y del derecho de representación

Uno de los más claros problemas interpretativos se produce cuando concurren a la sucesión colaterales privilegiados de grados diferentes, es decir, hermanos e hijos de hermanos del causante. En tal caso, se plantea la posible aplicación conjunta de la regla del duplo con el derecho de representación. El derecho de representación se aplica en la línea colateral si concurren hermanos e hijos de hermanos (artículos 927 y 948). Y, además, el artículo 949 establece una regla de derecho a doble porción para los hermanos de doble vínculo cuando concurren con hermanos de vínculo sencillo.

¿Qué sucede cuando concurren a la sucesión hermanos de vínculo doble y sencillo con hijos de hermanos, de vínculo doble y sencillo? El artículo 951 se limita a establecer que *los hijos de los medios hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo*. La solución es fácil si concurren sólo hermanos e hijos de hermanos de vínculo doble o si concurren sólo hermanos e hijos de hermanos de vínculo sencillo. Pero no lo es tanto si se producen las siguientes concurrencias de colaterales privilegiados: a) hermanos de doble vínculo con hijos de hermanos de vínculo sencillo del causante; b) hermanos del causante de vínculo sencillo con hijos de hermanos de doble vínculo del causante; c) hermanos del causante de vínculo sencillo con hijos de hermanos de vínculo sencillo e hijos de hermanos de doble vínculo; d) hermanos del causante de vínculo doble con hijos de hermanos de vínculo sencillo e hijos de hermanos de doble vínculo; e) hermanos del causante de vínculo doble, con hermanos de vínculo sencillo y con hijos de hermanos de doble vínculo; f) hermanos del causante de vínculo doble, con hermanos de vínculo sencillo y con hijos de hermanos de vínculo sencillo; g) hermanos del causante de vínculo doble, con hermanos de vínculo sencillo, con hijos de hermanos de vínculo doble y con hijos de hermanos de vínculo sencillo.

Se plantea conjugar de manera rigurosa, prácticamente matemática, la aplicación del derecho de representación con el derecho a doble porción por parentesco paterno y materno; es una orientación de signo objetivista, como la denomina el profesor VATTIER FUENZALIDA (*El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, 1986, página 269), que resulta fácilmente aplicable a los diferentes supuestos y parece tener coherencia. El Tribunal Supremo se refirió a esta cuestión y utilizó esta interpretación como argu-

mento *obiter dicta* en su sentencia de 17 de enero de 1895 [Gaceta de Madrid de 15 de abril de 1895]. No obstante, el supuesto que resolvía era de concurrencia solamente de sobrinos del causante, unos, hijos de hermanos de doble vínculo y otros, hijos de medio hermanos.

Si se lee detenidamente el artículo 948 se comprueba que alude expresamente a los hermanos del causante, pero no precisa si se trata sólo de los de doble vínculo o de los medio hermanos, o de ambos tipos.

C. Concurrencia sólo de sobrinos del causante, unos hijos de hermanos de doble vínculo y otros, hijos de hermanos del causante de vínculo sencillo

El supuesto de concurrencia sólo de sobrinos del causante podrá darse por premoriencia, indignidad y repudiación de todos los hermanos del causante.

Tampoco está expresamente contemplado en el Código y no hay acuerdo unánime de la doctrina sobre su solución. VATTIER opina que en el supuesto de concurrir sólo hijos de hermanos del causante de vínculo doble y sencillo, todos deben heredar en partes iguales [*El derecho de representación...*, 1986, páginas 269 y 270; en el mismo sentido, NÚÑEZ BOLUDA, «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código civil de 1981», *RDP*, 1986, página 732]; LACRUZ duda sobre la solución correcta y encuentra argumentos para la distribución igualitaria en el 921, aunque también opina que los hay para la distribución desigual (o, lo que es igual, para que tenga lugar la regla del duplo y el derecho de representación conjuntamente) en el 951, 955 *a contrario* y en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1895 [*Elementos V*, página 587]; GUILARTE mantiene la misma solución de la referida sentencia y es partidario de la aplicación de la regla del duplo en la distribución de los bienes entre sobrinos del causante cuando sólo concurren tales parientes a la intestada [*Comentarios Edersa*, XIII-1, página 279].

Todas las tesis son discutibles y parece adecuado aclararlo en una próxima reforma del Código.

4. LLAMAMIENTO ABINTESTATO AL ESTADO

A. Posibilidad de repudiación por el Estado cuando es llamado a heredar abintestato

Aunque la doctrina está dividida, parece mayoritaria y razonable la tesis del reconocimiento al Estado de la posibilidad de repudiar, como a cualquier otro heredero.

ROYO MARTÍNEZ, ROCA SASTRE, PUIG FERRIOL, DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, SALVADOR CODERCH, HIDALGO GARCÍA, niegan la posibilidad de repudiación; parecen mantener una tesis intermedia GUILARTE ZAPATERO [que entiende que *en el supuesto de no existir beneficio para el Estado de la adquisición de la herencia, a la vista de las cargas y deudas que pueden agotar su activo, el Estado puede no instar la declaración de heredero en su favor, lo que prácticamente es lo mismo que renunciar, siempre que no existan perjuicios para los eventuales acreedores* [Comentarios Edersa, tomo XIII, volumen 1]. La profesora GARCÍA RUBIO mantiene que, a pesar del evidente fin de orden público que está en la base del fenómeno sucesorio, en el supuesto de la distribución de toda la herencia en legados no tiene sentido obligar al Estado a seguir los complejos trámites del Decreto de 1971, indudablemente pensado para el aspecto patrimonial de la sucesión, pues no existe peligro de vacancia de los bienes.

DE LOS MOZOS cree que el Estado puede repudiar [*Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, página 2263] y el profesor LACRUZ señala la evidencia de la posibilidad de repudiación, dada la imposibilidad de aceptar a la vista de lo que dispone el artículo 1009, párrafo primero [LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, V, 1981, página 565], opinión, esta última que comparto [lo mismo que mantuve para las comunidades autónomas llamadas en último lugar a la sucesión intestada [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, volumen II, *La sucesión legal en la Ley de sucesiones por causa de muerte*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, páginas 273 a 280].

No parece imprescindible que el Código civil diga expresamente si el Estado puede o no repudiar.

B. El destino de los bienes adquiridos: artículo 956

Conforme a lo dispuesto en el artículo 956 (texto de la reforma de 1928), el Estado, cuando herede abintestato, tiene la carga de asignar una tercera parte de la herencia a Instituciones municipales del domicilio del difunto, de Beneficencia, Instrucción, Acción social o profesionales de carácter público o privado; otra tercera parte a Instituciones provinciales de idéntico carácter, de la provincia del finado; tienen preferencia aquellas a las que el fallecido haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general y, finalmente, la tercera parte restante está destinada a la Caja de Amortización de la Deuda Pública, es decir, al Tesoro Público. El Consejo de Ministros tiene la facultad de dar a este último tercio otro destino o aplicación, *por la naturaleza de los bienes heredados*.

El texto de la base 18ª de la Ley de Bases de 1988 que proponía la sustitución del Estado, cuando fuese llamado a la intestada por los establecimientos de Beneficencia e instrucción gratuita del domicilio del testador, en su defecto, los de la provincia y a falta de ambos, los generales, se introdujo por la propuesta, cuando se redactaba el proyecto de Código civil, de Luis FRANCO Y LÓPEZ, por considerar que era mejor llamar a los menesterosos que a los contribuyentes. La propuesta fue votada por unanimidad, pero el llamamiento se mantuvo para el Estado [FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta del Hospicio Provincial en Zaragoza, 1886, páginas 148 a 150 de la *Memoria*].

Como tiene declarado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de noviembre de 1898 y de 23 de julio de 1993 [RJ 1993/6475], el Estado es heredero y, como tal, puede ejercitar acciones de nulidad en reclamación de los bienes a los que puede ser llamado abintestato. Es mayoritaria la tesis de su consideración de heredero *sub modo* con la carga de destinar los bienes a las entidades referidas en el artículo 956 [DE LOS MOZOS, LACRUZ]. La concreción de los detalles sobre el procedimiento a seguir para la definitiva asignación de los bienes a dichas instituciones, se encuentra en el Decreto 2091/1071 [sobre las instituciones que pueden recibir los bienes, HIDALGO GARCÍA, *La sucesión por el Estado*, páginas 227 y siguientes].

La terminología *beneficencia* parece hoy superada y la *acción social* es la actividad que la sustituye. Son los términos que utilizan mayoritariamente las normas de los derechos civiles forales y especiales que incluyen cláusulas de cierre propias en la sucesión intestada. El artículo 220 de la Ley de Sucesiones habla de establecimientos de asistencia social de la Comunidad; el 347 del Código de Sucesiones y el 153.2 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia, de establecimientos de asistencia social e instituciones de cultura. La ley 304.7 del Fuero Nuevo se refiere a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales.

Cabe proponer la misma solución en una eventual reforma del Código y aludir a asistencia social mejor que a beneficencia.

C. Llamamiento al Estado en las Comunidades Autónomas sometidas al Derecho común

Se ha indicado en alguna ocasión que las Comunidades que no tienen derecho civil propio y carecen de cláusula de cierre específica en la sucesión abintestato están en situación desigual respecto de las que sí lo tienen, cuando fallece algún vecino con vecindad civil correspondiente al derecho común sin parientes y que el destino de sus bienes no revierte íntegramente en la comunidad autónoma cuya vecindad administrativa tuvo el causante durante su vida.

En la actualidad, las comunidades autónomas con derecho civil propio que son llamadas a la intestada en último lugar son Cataluña, Navarra, País Vasco, Aragón y Galicia. Baleares tiene derecho civil propio, pero hereda el Estado por la remisión que mantiene en la materia a lo dispuesto en el Código. El artículo 50.1.c) del Estatuto de Autonomía de Valencia dice que los bienes procedentes de las herencias intestadas del causante que fallezca con la «condición jurídica» de valenciano integran el Patrimonio de la Generalidad²⁵; precepto del Estatuto con el que concuerda el artículo 22.2 de la Ley 3/86 de 24 de octubre de Patrimonio de la Generalitat²⁶. La interpretación de

25 Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio [BOE de 10 de julio de 1982], cuyo artículo 50.1.c) establece: «El Patrimonio de la Generalidad está integrado por: c) Los bienes procedentes de las herencias intestadas, cuando el causante ostentare la condición jurídica de valenciano, en los términos que establezca la legislación del Estado».

26 Artículo 22 de la Ley 3/86 de Patrimonio [DOGV, nº 455, de 30 de octubre de 1986] que dispone lo siguiente:

estas disposiciones tiene en la actualidad dividida a la doctrina y también a los juzgados y tribunales de la Comunidad autónoma valenciana: los de Castellón y Valencia aplican el llamamiento (sin tener muy en cuenta que la vecindad civil es común) y los de Alicante llaman al Estado [Martínez, M., *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, volumen II, *La sucesión legal en la Ley de sucesiones por causa de muerte*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, páginas 258 a 266]. En las demás comunidades hereda el Estado en último lugar. Cabe mencionar el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja que no tiene derecho civil pero el artículo 38.4 de su Ley de patrimonio establece lo siguiente: «Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores de este artículo y con independencia de los supuestos en los que sea instituida heredera la Comunidad Autónoma de la Rioja, en aquellos casos en que de conformidad con el Código Civil deba suceder el Estado, el Consejo de Gobierno instará a éste para que subrogue a la Comunidad Autónoma en los derechos que pudieran corresponderle como heredero, siempre que el causante tenga su residencia en el territorio de la Comunidad Autónoma al tiempo del fallecimiento o se trate de bienes sitos en dicho territorio»²⁷.

La existencia de las cláusulas de cierre específicas para la sucesión intestada tienen su razón de ser en el artículo 149.1.8º de la Constitución Española, por lo que no merece crítica que sea distinta la solución en cada caso. Cabría plantear, en todo caso, la modificación del criterio a seguir para la distribución de los bienes, en especial, la tercera parte a que alude el artículo 956 destinada hoy a la Caja de Amortización de la Deuda pública, para que revierta en la Comunidad Autónoma en que tuvo su vecindad administrativa el causante. Así, los bienes serían para el municipio, la provincia y la Comunidad Autónoma; habría que modificar el Decreto 2.091/1971, de 13 de agosto por el que se aprobó el régimen administrativo de la sucesión abintestato del Estado. Con todo, hay que tener en cuenta que el último domicilio del

«1. La competencia para la aceptación de herencias, legados y donaciones a favor de la Generalitat Valenciana corresponde al Consell, que la ejercerá, mediante Decreto, a propuesta de la Conselleria de Economía y Hacienda, aunque el testador o donante haya señalado como beneficiario a algún otro órgano de la Generalitat. La aceptación de herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

2. En caso de sucesión intestada y a falta de personas con derecho a heredar según la Ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat cuando el causante ostentase la condición jurídica de valenciano. El procedimiento aplicable será el previsto en la legislación estatal».

27 Ley 1/1993, de 23 de marzo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja [BOLR nº 37, de 27 de marzo de 1993].

fallecido puede no coincidir con un lugar que se encuentre en la comunidad autónoma a la que corresponde la vecindad civil, dato a tener en cuenta para conocer el derecho aplicable a la sucesión abintestato (artículo 9.8º del Código civil).

5. REGULACIÓN DEL PARENTESCO Y LA AFINIDAD

Las cuestiones sobre parentesco no pertenecen en exclusiva a la sucesión intestada, pero están relacionadas hasta tal punto que su regulación y cómputo están en el Código en los artículos 915 y siguientes, en la sección segunda del Capítulo III, título III, Libro III, «De la sucesión intestada». En el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, los artículos 324 y 325 establecen el sistema de parentesco, también junto a la regulación del llamamiento a la intestada. En la Ponencia de la Directora Ejecutiva de la Comisión para la reforma del Código civil de Puerto Rico (ponencia de 25 de octubre de 2005) se indica que los preceptos sobre parentesco (artículos 878 a 883) se trasladarán al Borrador del Libro Segundo por tratarse de normas que regulan, en general, las relaciones jurídicas familiares y no sólo los derechos a la sucesión [<http://www.codigocivilpr.net>].

Estas normas aluden al parentesco por consanguinidad. Nada se indica sobre la afinidad.

Sin embargo, la afinidad es de imprescindible conocimiento para la interpretación de normas de variada naturaleza:

- * Artículo 23 del Código Penal de 1995.
- * Normas del Estatuto de los Trabajadores.
- * Artículo 5.1 de la Ley de 19 de mayo de 1994 de Medidas urgentes de fomento de la ocupación.
- * Artículo 3 de la Ley de 23 de marzo de 1995, que regula el permiso parental y por maternidad y que añadió una nueva disposición adicional (la undécima) a la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores.
- * Artículo 4 de la Ley de 5 de noviembre de 1999, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que dio nuevo texto al artículo 46.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, Decreto Legislativo 1/1995.

- * Normas que establecen causas de abstención, recusación o incompatibilidad de personas que ostentan cargos públicos, o que son funcionarios o que pretenden ejercer servicios públicos, tanto de aplicación estatal, como de Comunidades autónomas o de entidades locales y de rango legal y reglamentario [como, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley de 1 de agosto de 1994 de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que regula el Estatuto Regional de la Actividad Política.
- * Artículo 80 del Real Decreto de 16 de febrero de 1996 del Ministerio de Justicia e Interior, norma concordante con el artículo 391.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable a jueces y magistrados.
- * Artículo 102 del Reglamento Hipotecario, redacción del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre del Ministerio de Justicia.
- * Artículo 28.2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Cuando el Tribunal Supremo ha tomado en consideración la afinidad y su cómputo, ha recurrido a la aplicación de Las Partidas. Así se puede ver en las siguientes sentencias de la sala de lo criminal: la de 21 de enero de 1924 [Jurisprudencia criminal, tomo 111, Madrid, 1928, páginas 48 a 51]; la de 15 de septiembre de 1986 [Ar. 4674/1986]; la de 21 de enero de 1924 y la de 6 de junio de 1928 [Jurisprudencia criminal, tomo 117, Madrid, 1932, páginas 590 y 591]. También en sentencias de la Sala de lo social como las de 18 de febrero de 1998 [RJ 1998/2209] y la de 27 de mayo del mismo año [RJ 1998/4932]. Y en sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo, como la de 20 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10705].

Lo mismo hace el Tribunal Constitucional, como puede verse en sus sentencias: la de la Sala Primera, de 8 de junio de 1988 [RTC 1988/109], la de 15 de abril de 1991 [RTC 1991/79] y la de 24 de enero de 1995 [RTC 1995/13]; ver también, el voto particular a la STC de 24 de enero de 1995 [RTC 1995/13].

Se echa de menos en el Código civil alguna norma que regule la afinidad, su cómputo y su persistencia o no en caso de fallecimiento o de nuevo matrimonio de los cónyuges (como las hay en otros ordenamientos, como el artículo 78 del Código civil italiano). La única referencia expresa del Código

era el artículo 84, que aludía a la afinidad legítima y natural en la regulación de los impedimentos para contraer matrimonio y que fue derogado por Ley 30/1981. Parece oportuna su concreción expresa en las leyes escritas y el Código civil, lugar adecuado.

6. PROPUESTA DE SUSTITUCIÓN DE LOS TÉRMINOS «SUCESIÓN LEGÍTIMA» Y «HEREDEROS LEGÍTIMOS» POR «SUCESIÓN INTESTADA» Y «HEREDEROS ABINTESTATO» EN EL CÓDIGO CIVIL

A. Disparidad de términos en el Código civil para aludir a la sucesión intestada

El Código civil utiliza distintos términos para referirse al mismo tipo de sucesión.

Alude a «sucesión intestada» en el epígrafe del capítulo III del título III del libro III y en los artículos 609, párrafo segundo, 770, 914 y 942.

Se refiere a «heredar abintestato» en los artículos 744, 954, 1008, 1009, 1022 y alude al juicio abintestato en los artículos 1011 y 1014.

Utiliza los términos «sucesión legítima» en los artículos 188, 912 y 981. Alude a «herederos legítimos» en los artículos 764 y 958.

Sobre esta disparidad de términos ya se llama la atención en los comentarios SCAEVOLA²⁸. Parte de la doctrina ha restado importancia a esta cuestión por considerar sinónimos los términos²⁹. Sin embargo, CASTÁN mantuvo que la utilización de uno u otro puede influir en la propia sistemática de la

28 MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA*, tomo XVI, 4ª edición, Reus, Madrid, 1945, páginas 209 y 210.

29 VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, Valladolid, 1916, páginas 9 y 10 y 389; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo V, Reus, Madrid, 1972, páginas 407 y siguientes; BONET CORREA, *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo III, Libro III, Civitas, Madrid, 1987, páginas 110 y siguientes; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1988, página 1211 y *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, página 791; LACRUZ Y SANCHO-REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988, página 575; FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1992, páginas 778 y 779 y 976 y siguientes; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1995, página 746.

institución³⁰ y VALLET DE GOYTILOLO, que puede suponer una toma de posición respecto de la concepción de la sucesión intestada³¹. Aunque como ha señalado VATTIER FUENZALIDA, ninguna denominación satisface plenamente³² la que induce a mayor confusión es posiblemente la denominación «sucesión legítima».

B. Derechos civiles forales o especiales

En Aragón, durante la vigencia del Libro II de la Compilación, el legislador utilizaba distintos términos para aludir a un mismo tipo de delación: intestada³³, legítima³⁴, *abintestato*³⁵ y por disposición de la Ley³⁶. La Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 utiliza preferentemente los términos «sucesión legal»³⁷, aunque siguen usándose otros (*ab intestato* en el artículo 8.3º vigente después de la reforma de 1999, intestada en el artículo 51.2 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón³⁸ y *abintestato* en el párrafo 2 del artículo 193 y en los párrafos 2 y 3 del artículo 198 de la Ley de Sucesiones³⁹).

También alude a «sucesión legal» el legislador navarro⁴⁰.

30 CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral, Derecho de Sucesiones*, tomo VI, volumen III, 7ª edición, Reus, Madrid, 1971, páginas 16 y 17.

31 VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones, I, Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982, página 1055.

32 VATTIER FUENZALIDA en «Comentario al artículo 658 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, volumen I, Madrid, 1991, página 2209.

33 En el Título VI y en los artículos 93.1; 106; 120.1; 132; 136.1 y 136 bis.

34 Exclusivamente utilizado en el artículo 127 de la Compilación.

35 Artículos 8.3º [en vigor después de la Ley 1/1999]; 122.1º; 128 y 130 de la Compilación.

36 En el artículo 89 de la Compilación.

37 Así, se pueden ver el Título VII de la Ley y los artículos 8, párrafos 1 y 2; 29 párrafos 1 y 2; 150.2; 154.2; 159; 177.3; 179.2; 188.1 y 197.2.

38 Ley 5/1987, de 2 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón después de la reforma introducida en la Ley 4/1995, de 29 de marzo [BOA nº 43, de 10 de abril de 1995].

39 Durante la tramitación parlamentaria de la Ley, el Grupo Mixto había propuesto en la enmienda número 317 y en la número 326 que se utilizase la misma terminología del resto de la Ley. [enmiendas en BOCA número 222, de 20 de noviembre de 1998, página 9577 y 9578; Informe de la Ponencia, en BOCA número 240, de 8 de febrero de 1999, página 10613].

40 Título XIV del Libro II del Fuero Nuevo en su redacción posterior a la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril [BON nº 41, de 6 de abril de 1987, corrección de errores en BON, nº 56, de 6 de mayo].

Puede criticarse esta terminología. Decía el profesor LACRUZ que dentro de la sucesión legal se pueden incluir la sucesión forzosa o legítima y la abintestato, por contraposición a la sucesión voluntaria⁴¹. No obstante, parece la más adecuada en un Derecho que admite la posibilidad de celebrar pactos sucesorios, como justifica el legislador en el apartado IX del Preámbulo de la Ley 1/1999.

En Derecho vasco están admitidos los pactos sucesorios, pero se utiliza la terminología sucesión *ab intestato* y *sucesión intestada* en el Capítulo III, Título III de la Ley del Derecho Civil foral de País Vasco⁴², también utilizada en Derecho balear⁴³.

Los derechos catalán⁴⁴ y gallego⁴⁵ usan la terminología «sucesión intestada».

C. Propuesta de reforma

Encuentro conveniente suprimir los términos «sucesión legítima» en los artículos 188; 912 y 981 del Código civil y sustituirlos por «sucesión intestada» o «sucesión abintestato» (esta última expresión, mejor en plural en el 981 «sucesiones abintestato»).

También, los términos «herederos legítimos» en los artículos 764 y 958 para sustituirlos por los términos «herederos abintestato».

41 LACRUZ BERDEJO en la traducción y notas a BINDER, *Derecho de sucesiones*, Labor, Barcelona, 1953, página 154.

42 Ley 3/1992, de 1 de julio, BOPV n° 153, de 7 de agosto.

43 Ver el Capítulo IV del Título II del Libro Primero (*De las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca*) y Capítulo VII del Título Primero del Libro III (*De las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera*) [Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre del Gobierno Balear, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares (BOCAIB n° 120, de 2 de octubre de 1990; corrección de errores en BOCAIB n° 36, de 21 de marzo de 1991)].

44 Título IV del Código de Sucesiones de Cataluña [Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña; DOGC n° 1544, de 21 de enero de 1992, corrección de errores en DOGC n° 1582, de 13 de abril].

45 Capítulo V, Título VIII de la Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia [DOG, n° 107, de 6 de junio de 1995].

LAS DEUDAS DE LA HERENCIA: UNA VIEJA CUESTIÓN PENDIENTE

JOAQUÍN RAMS ALBESA
Catedrático de Derecho civil. UCM

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

La revisión analítica del tratamiento de de las deudas del causante y la posición del heredero o herederos respecto de ellas no forma parte del elenco de problemas que aconsejan vivamente un cambio en el «sistema» de sucesiones construido con ocasión de la redacción del Código civil. El problema de las deudas es un asunto de pura coherencia interna del sistema de Derecho privado y no otra cosa. No tiene que ver, al menos directamente, con la longevidad de los causantes, ni con la generalización de las crisis familiares con todas sus secuelas y complejidades, ni siquiera con el fenómeno rigurosamente contemporáneo del endeudamiento de las familias, como forma de ahorro forzoso familiar vinculado con la adquisición de viviendas. Ahora bien, estos nada pequeños problemas coadyuvan a poner de manifiesto nuevos inconvenientes y un claro agravamiento de un error de concepción que trae causa de las aspiraciones burguesas del siglo diecinueve a ocupar y a desempeñar en la nueva sociedad revolucionaria el papel que los historiadores y filósofos del dieciocho atribuyeron a los senadores plebeyos en la Roma

clásica y republicana, probablemente sin darse enteramente cuenta de que cualquier sistema verdaderamente democrático, por imperfecto que éste sea, tiende a expandirse hasta abarcar a la mayor parte de la sociedad y, desde luego, a todos los individuos interesados en participar en ella ejerciendo las funciones propias de la ciudadanía.

Mientras las condiciones físicas de la vida en sociedad —mortalidad infantil, esperanza de vida y arte de curar— fueron para nuestras sociedades bien recientes similares a las de la Roma republicana (o peores e incluso mucho peores, pues hasta hace relativamente poco tiempo así sucedió), el problema de las deudas hereditarias fue percibido por un grupo muy pequeño de juristas de mentalidad liberal y profunda formación con sensibilidad sistemática, pero hoy se presenta como un problema de cierto interés para muchos juristas con sensibilidad teórico-práctica.

Una vez más se hace evidente que un defecto de construcción de naturaleza dogmática, a veces muy despreciada por ciertos operadores jurídicos, se multiplica en cuanto a los efectos perversos cuando, examinada desde la práctica, coincide con otros problemas que interactúan entre sí.

En la comunidad jurídico científica se parte, casi sin excepciones dignas de ser tenidas en cuenta, de la idea de que la sucesión *mortis causa* no produce de ningún modo la transmisión del poder personal; este efecto no cabe en la actual sociedad democrática y, en su consecuencia, se ha extinguido, salvo por cuanto se refiere a la Corona en las contadas monarquías que en la actualidad subsisten.

La función social de la herencia debe buscarse, en la actualidad, en la transmisión, sin cambios y sin dejar vacíos de titularidad activa, de relaciones jurídicas pendientes a la muerte del causante, así como para liquidar las situaciones de titularidad pasiva. No obstante dista mucho de darse la unanimidad, si bien parece que casi han desaparecido las posturas extremas de los siglos precedentes negadoras de la herencia en nombre del principio de igualdad, entendido de manera aritmética elemental.

En lo que hay acuerdo pleno, o casi, es en que en el sistema jurídico resulta capital el evitar que la muerte de las personas físicas altere (o lo haga en la menor medida posible) las relaciones jurídicas. Incluso se pretende, o se debería pretender, que la subentrada de los sucesores del titular activo o pasivo de cada relación jurídica dada no incida en ningún aspecto en las posiciones que el causante ocupaba en vida. Ahora bien, estas posturas tienen configuración ecléctica y se toman sin profundizar demasiado

en el fondo del asunto y sin dar lugar a que se alumbren las contradicciones del sistema.

Una vez más, nuestro sistema jurídico dice ver el principio del *favor debitoris* como un elemento natural del mismo y lo declara, en alguna doctrina con acusada grandilocuencia, digno de mantenerse, si bien muestra reiteradamente que en él predomina con toda claridad la defensa del crédito, al menos el de los terceros ajenos al hecho hereditario. Creo que el *favor debitoris* (frente a las declaraciones en forma de caridad hecha con cargo a bolsillo ajeno) tiene un margen muy limitado de operatividad en las posiciones del obligado y que está vinculado a las obligaciones de hacer, no tiene trascendencia alguna en las de dar o en las de no hacer; ello en razón de que en el dar del obligado se espera más que éste se comporte de modo escrupuloso en el *quantum*, sin prodigalidad y en el no hacer no cabe en más medida que la absoluta inacción. En el hacer obligado solemos jugar con las presunciones tendentes a reconocer capacidad de satisfacción, incluso en aquellos que no la tienen o la poseen mínimamente, con las excepciones de las obligaciones de resultado y las encomendadas de forma personalísima a reconocidos especialistas sin que éstos puedan escapar o transferir a otro u otros su prestación personal contemplada objetivamente en el débito.

El sistema jurídico mantiene, con cautela pero con vocación decidida, una inclinación abierta por la conservación del crédito, como elemento esencial de la seguridad del tráfico y también de la paz social, mucho más cuando el crédito pecuniario, único relevante en las ideas jurídicas de nuestra actual sociedad, está reservado casi en exclusiva, si nos atenemos a la práctica reflejada en las estadísticas, a entidades de crédito cuya valoración y confianza del público depende de la obtención de los beneficios contables y en modo alguno de la práctica directa de las obras de misericordia. Es más, la clientela de estos establecimientos —sus acreedores por vía de depósitos normalmente no retribuidos— ve con malos ojos y desconfianza los intereses de favor acordados para sus empleados, las retribuciones excesivas a directivos y, según parece, los favores políticos, pues aquí entiende que no hay lugar para la largueza en la valoración económica de los servicios prestados por encima del salario e indemnizaciones pactadas de antemano.

La objetividad más descarnada en la exigencia activa del crédito se valora, con toda razón, como elemento positivo y favorable al mantenimiento del sistema económico, en general, y al financiero, en particular. Es en este punto donde descansa la reiteradamente predicada eficiencia y de ésta de-

penden -y no en la bondad del corazón- el aquilatamiento a la baja de los intereses del capital prestado y el crecimiento de la oferta de créditos sin que por ello se desemboque en la inflación, mal endémico de nuestro tiempo, manteniéndose en un encarecimiento moderado de las cosas y los servicios, así como el dinero para la inversión privada; probablemente también para la pública, pero en este punto se suele hacer «la vista gorda» y se permite una relativamente demagógica actividad basada en inversiones improductivas. Se trata de una de las contradicciones que el sistema, por fortuna, tolera para con la actividad política.

Esta posición de defensa técnica de los intereses de los acreedores resulta muy visible en la regulación tradicional de las sucesiones desde el Derecho romano y, sobre todo, en la lectura que de este sistema plutocrático efectuaron los ideólogos ilustrados y los legisladores de las Revoluciones americana y francesa que, desde sus ideas contrarias al aristocraticismo y desde su apreciación de todos los bienes como objetos del tráfico económico ordinario, veían y contemplaban a todo heredero como un **favorecido** —término excesivamente frecuente en las normas positivas reguladoras del fenómeno— por lo que lo consideraron como un sujeto que recibe bienes sin correspectivo y para el que se refuerzan las expresiones del deber de satisfacer las deudas del causante.

Esta visión era y es, en lo esencial, bastante correcta, pero desmedida en su formulación normativa y bastante exagerada en la visión doctrinal y jurisprudencial más tradicional. El sucesor a título de heredero, desde luego, no es una subespecie de adquirente a título oneroso, aunque a veces, muchas, con la designación el causante trata de compensar los desvelos que ha recibido de manos del designado heredero, pero tampoco se puede ver en él a un donatario ni a alguien que adquiere por pura liberalidad del causante, aunque algunas veces, escasas, resulte ser así. Se manifiesta bastante exacta la visión del adagio popular que señala con eficaz desnudez que «quien hereda no roba» y no parece, en modo alguno, que constituya un **principio general del derecho**, aunque por bastantes sea tenido por tal, la expresión de que «antes es pagar que heredar», tampoco se puede pretender que los miembros de la familia en el momento óbito deban de **hacer honor** a las deudas del causante o las de la familia como si de una obligación moral se tratase. En todos los casos que se resuelven por la aplicación de estas más que discutibles reglas de conducta se trata de establecer una exagerada protección para con el acreedor o acreedores de la herencia frente al heredero.

Si de lo que se trata es de proteger el crédito pendiente frente a la crisis que toda relación y, en especial, las jurídicas sufren por el nuevo hecho de la muerte del deudor, resulta bastante evidente la existencia de una exagerada y grave desproporción entre la defensa del crédito y el riesgo que se corre por parte del acreedor o acreedores con la muerte del deudor, cuando tal crédito resultaba susceptible de satisfacerse ya por el propio deudor, ya por un tercero, por tener por objeto bienes o servicios propios de tráfico ordinario y no servicios para los que se requerían los conocimientos y habilidades del difunto, pues estos últimos supuestos de crédito no se transmiten a los herederos sino que se extinguen como tales créditos con la muerte del deudor y dando lugar, como mucho, a una situación de liquidación de anticipos y gastos entre parte acreedora y deudora respectivamente.

Para una sociedad de cimientos aristocráticos como la romana, la concepción de la sucesión como continuación integral en cabeza del heredero de la personalidad del causante está casi plenamente justificada y desde este fundamento metafísico no es descabellado sostener la sucesión directa en el pasivo sin cambio alguno. Así, el heredero será deudor tal y como lo fuera su causante, salvo en los servicios pactados en razón de la habilidad, sensibilidad o conocimiento estrictamente personales y no en función de la solvencia, seriedad y puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones. A pesar de esta lógica limitación, la concepción romana parece exagerada; sin embargo, es fruto de una época en la que las teologías, tanto monoteístas como politeístas, concebían el castigo divino por las malas obras transmisible por varias generaciones, pues, la venganza —hay que recordar— no corresponde aplicarla enteramente al ofendido sino al jefe del clan y las relaciones de crédito nacieron de la cuantificación de un daño para el que se decide (*civiliter*) se cumpla con la prestación de un servicio o el abono de unas reses ovinas (*pecunia*) o de un dinero (*pecunia numerata*). De aquí surge la lógica de la heredabilidad del pasivo sin variación novatoria, por la vía de subentrada en la relación crediticia.

Por contraste y para una sociedad democrática (aunque no exactamente igualitaria, pero sí antiaristocrática por desgracia, a mi entender, para todas y cada una de las acepciones del término), carece de sentido, me parece a mí, llevar la tradición heredada hasta un punto en el que se mantiene la heredabilidad absoluta de las obligaciones transmisibles de forma que se ve en el heredero un deudor y no un responsable de dar satisfacción a un crédito nacido en cabeza del causante difunto. Es más que posible que bastan-

tes juristas observadores del fenómeno no sean capaces de alcanzar la sutileza del cambio de criterio que se pretende y opten sin más análisis por el mantenimiento de la tradición. ¡Qué se le va a hacer! Tal ocurrió con el magnífico estudio monográfico efectuado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «La herencia y la deuda del causante» (INEJ. Madrid 1967). De los pocos lectores que encontró tan importante obra, muy pocos entraron en el juego primero de su propuesta como interpretación sistemática y realista de las deudas del causante dentro del fenómeno complejo de la herencia; los más, o simplemente no lo entendieron y lo consideraron como una exageración para con el tratamiento lógico-sistemático del hecho sucesorio, o lo encontraron equivocado por tratarse de una mera opinión contraria a la que se sigue del examen exegético de las letras de los artículos 659, 661 y 1257.1, inciso segundo, de nuestro Código, en esta materia más que venerable y conservable frente a cualquier veleidad. Esta exégesis (limitada a opinión de manual o más frecuentemente resumen de varios manuales bajo forma de tema de oposición) se sigue estimando como interpretación correcta e indiscutible por una buena parte de la doctrina y el grueso del aparato judicial del país.

A mi entender, el mantenimiento de esta posición contraria a un criterio sistemático y, lo que es más decisivo, realista, contribuye hasta el punto de que hoy resulte decisiva la presentación de los beneficios del inventario y de separación como auténticos beneficios, es decir, como privilegios cuestionables en cuanto no se sigan los procedimientos exigentísimos planteados en el Código. Ello acontece en nuestro país en el que es posible y hasta corriente una gran laxitud en las interpretaciones, valoraciones y aplicaciones de las normas por los más altos Tribunales a favor de la opinión personal del ponente y al estilo de la «justicia del cadí», a partir del consabido pseudo-raciocinio: «esto que digo yo me parece que es más justo que lo ordenado por la ley, así que lo hago prevalecer por encima de aquello que establece la norma». Este mismo discurso se ha venido produciendo también en materia de legítimas, cuyas normas, en cuanto se refiere a su oportunidad, más que discutibles, han venido siendo contempladas como mandatos de Derecho natural; se producen interferencias interpretativas en el albaceazgo, en la mayor parte de las formas de partición no judicial y para cuantas sean las materias respecto de las cuales alguna parte de la doctrina científica reclama una mayor libertad de acción para los causantes o se desea la aplicación de criterios de igualdad que resulten ser distintos a los de la aritmética más elemental.

En toda interpretación diferente del manido criterio de la interpretación literal de los preceptos recogidos en el Código se ve, porque así se quiere ver, una vía cuya finalidad no será otra que la de facilitar el fraude para con los intereses de terceros ajenos al mundo familiar estricto.

Así ocurre en cualquier forma de aceptación de la herencia que no sea pura y simple, es decir, desnuda y desarmada frente a los acreedores del causante. Otro tanto acontece con los créditos de un heredero frente a la herencia y se transmite para éste meridiano supuesto la misma falsa visión, la de la existencia de un mundo poblado de «mafiosos», a la partición de gananciales, a los negocios onerosos entre cónyuges, a los créditos de un cónyuge o de ambos frente a la masa ganancial y a todo un amplio etcétera de cuestiones en las que los legisladores se declaran amantes consagrados de la familia legítima, pero la sitúan bajo sospecha, y los magistrados aprovechan las mismas situaciones para encumbrar, claro que sólo de palabra, los valores familiares, así como la necesidad de su vivencia en nuestro azaroso mundo.

II. EL MODELO DE HERENCIA REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA REALIDAD

La gran actividad científica que la doctrina civilística española desarrolló durante las tres décadas que van desde los primeros años cuarenta a los últimos sesenta del siglo próximo pasado deja tras de sí, si se observan de conjunto y sin individualizar, una insatisfacción por la regulación codificada de las sucesiones respecto de la vivencia práctica de sus normas, lo cual provoca que el punto de mira de la curiosidad científica gire hacia el origen y modelo teórico al que responden las normas: romano (vocación y aceptación) o germánico (coincidencia de la delación y la presencia patrimonial del heredero en el momento del óbito del causante y, en su caso, repudiación).

No creo que esta animada disputa doctrinal tuviese que ver con el problema de dilucidar cuál fuera el origen cultural de las fuentes históricas del Derecho castellano que inspira el codificado con frustrada vocación nacional, sino que se centra en la ardua tarea de encontrar y fijar una línea de coherencia interna en el «sistema» adoptado para poder cubrir sus muchos vacíos y los problemas de interconexión entre los grandes problemas institucionales que en el texto se presentan.

Los tratadistas analizan e intentan dar respuesta a supuestos técnicos tales como: el régimen de la herencia yacente; el carácter de la vocación del legitimario, si a título de heredero bien que forzoso o a cualquier título; el acrecimiento en la sucesión testada y su conexión con la no vigencia en la Castilla histórica de la regla *nemo pro parte*; y un largo y proceloso etcétera.

Aunque la doctrina rigurosamente actual no mire a las sucesiones como un objeto de moda jurídica (pero todo se andará si se persiste en el modelo de habilitación para la selección de los docentes universitarios y se insiste en el carácter general de la formación exigible para los civilistas frente a la especialización relativa y de opción personal voluntarista de los últimos tiempos), las sucesiones siguen siendo una materia relativamente pacífica en la conflictividad judicial sencillamente porque el disputar de los hipotéticos llamados sólo favorece al fisco (en uno de los más cuestionables impuestos dentro de un sistema fiscal -dudo mucho que constituya un verdadero sistema, más bien se trata de una acumulación de figuras- que declara al impuesto sobre la renta de las personas físicas elemento central de la fiscalidad). No obstante y pese a este inconveniente, la longevidad que alcanza la población, con pérdida de capacidad gestora del patrimonio por parte de sus titulares y la inestabilidad del teórico modelo familiar, nos ponen sobre la mesa, además de los viejos problemas normativamente irresueltos, algunos nuevos, como el de la conveniencia de la equiparación de las liberalidades y las sucesiones a efectos prácticos y el de la hipótesis de la apertura de la sucesión ante la pérdida irreversible de la capacidad de obrar por parte de los ancianos que a la edad sumen el dato negativo de la demencia senil o el alzheimer.

Con todo, tengo para mí que el problema más rudo para la aplicación del esquema normativo a la realidad cotidiana sigue estando constituido por dos hipótesis de partida, nada realistas por cierto. Primera hipótesis: La mayor parte de los llamados a la herencia la aceptarán haciendo caso omiso de su consistencia económica y harán frente a las deudas como se espera de la **obediencia fiscal** (su última manifestación), pues de lo contrario presupondría un supuesto totalmente atávico, pero presente, de **impiedad social**, al viejo estilo romano patricio (dos estados civiles de los que carecemos todos los ciudadanos actuales, el del universalismo que aportaba el ser un *cives* romano y el de pertenecer al selecto y casi divino patriciado). Segunda hipótesis: Se parte de que el llamado es un solo individuo y designado a título de heredero, cuando la perversa realidad, que no consiente en amoldarse al arquetipo, nos presenta casi siempre una pluralidad de herederos y con las múltiples combinaciones que ello

implica y para las que el texto legal no suele proporcionar una respuesta directa, como es, por otra parte, bastante lógico en un texto sin la vocación reglamentaria que caracteriza a la pesada y roma legislación actual.

El modelo que fue propio del patriciado romano se basaba en la heredabilidad de la clase social de la familia a la que se pertenece de pleno derecho por sangre o por adopción; es decir, se hereda la personalidad del causante y todas y cada una de sus circunstancias vivenciales (ello se lleva al extremo de situar a la viuda del causante, cualquiera que sea el parentesco, con el heredero *loco filiae*) por lo que, respecto del punto limitado y concreto que aquí interesa, se tiene **al heredero por verdadero deudor de las deudas de su causante** y el beneficio de inventario no será sino un remedio muy posterior y por ser un añadido resultará muy parcial y deficientemente construido y la idea de que de ordinario la transmisibilidad del caudal relicto se atribuye a un heredero único partía de la presencia en la herencia de importantes elementos no patrimoniales de naturaleza social, religiosa o incluso constitucional. O sea, se trataba de una sucesión mucho más amplia, incluso, que la que hoy se predica de la Corona en un país monárquico como el nuestro; tal vez el último vestigio se encontrase en el Reino Unido y en la sucesión de los pares hereditarios anterior a la ultimísimo reforma democratizante del acceso a la Cámara de los Lores.

El heredero o los herederos actuales reciben posiciones activas y pasivas fundamentalmente patrimoniales, aunque no se excluyen ciertas encomiendas de carácter personal para con terceros incapaces, discapacitados o incluso mayores capaces en período de formación o, todo lo contrario, necesitados de cuidados del género que fueren, como en todos los sistemas históricos pero en muy diferente grado y con distinta finalidad. Tal vez el concepto de herencia, casi pasado por alto en las reformas profundísimas del Derecho civil del diecinueve, fuere el que mayor transformación sufriera al pasar de considerarse una continuación «en la cabeza» de un grupo complejísimo de bienes y circunstancias económicas y de personas y circunstancias sociales, a convertirse en uno de entre los distintos modos de adquirir.

El heredero o los herederos actuales, amén de servir al propósito de evitar el vacío de titularidades sobre los bienes *in commercium*, común a todos los sistemas que fundan su economía en la propiedad privada, tiende asimismo a proporcionar seguridad jurídica en el importantísimo renglón de los créditos; uno y otro elementos conforme a la previsión del art. 661 Cc. El heredero, conforme a su vocación universal (art. 659 Cc), se convierte en sucesor de

derechos y obligaciones pese a la agudeza de las argumentaciones constituidas por los partidarios de las tesis germanistas basadas principalmente en la literalidad del art. 661. Al parecer, lo que este precepto enuncia es la acumulación de los dos elementos: universalidad (transmisión activa y pasiva de todas las relaciones jurídicas existente en cabeza del causante) y seguridad jurídica (la muerte como hecho no extingue la mayoría de los derechos y obligaciones y, añadido yo, tampoco los transforma de ningún modo —se da la subentrada del heredero y no un caso de subrogación personal—, pues así y no de otro modo lo exige la actual interpretación de la seguridad jurídica que se basan en un concepción cada vez más autónoma del crédito a satisfacer a medio y largo plazo).

En toda sucesión, con la excepción del Derecho inglés que inicia el proceso de la sucesión por la liquidación, los llamados a título universal vienen obligados *ex lege* a hacer frente a las deudas del causante y de la herencia como deudores (todo lo funcionales que se quiera, pero como tales). Ahora bien, el tratamiento de la responsabilidad diverge para ir desde una responsabilidad ilimitada hasta una limitada al montante total de la herencia.

Resulta evidente, al menos a mi me lo parece, que, en el tratamiento de la deuda del causante, la posición del heredero acaba dependiendo más del ámbito de su responsabilidad que de cuál fuere la posición de entrada que a este heredero corresponde en las relaciones jurídicas legalmente transmisibles que deja el causante. Parece claro que en un supuesto de responsabilidad civil por accidente de tráfico, en el que fallece el causante, que es declarado responsable, el heredero será deudor de la indemnización, pero de ningún modo responsable del accidente. Será «tenido por el deudor», pero no deudor propiamente dicho.

Muy frecuentemente nos olvidamos de que el art. 1257 Cc no se encuentra física e ideológicamente situado en la disciplina general de las obligaciones sino que se encuentra perfectamente emplazado en la de los contratos y que su función no es otra que la de no ser excluido y tendido por ajeno a la realidad contractual: el contrato no será para el heredero *res inter alios acta* y podrá hacer valer todas y cada una de las excepciones que su causante tuviera frente al acreedor, por cierto también por la que él mismo tenga, pero por exclusivos motivos de economía procesal.

La presencia del heredero en la relación contractual es plena; en parte, como encargado legal de la realización de la prestación debida, pero su responsabilidad, por razón estructural y lógica, no va más allá del patrimonio hereditario recibido junto con las deudas.

El activo y el pasivo siempre presentes son otros que los del causante, aunque muy frecuentemente, casi siempre, y por la aceptación «incondicionada» del heredero se hace de este heredero-deudor responsable del cumplimiento satisfactorio con sus bienes particulares y no específicamente heredados, sin que el legislador ni sus intérpretes más conspicuos hayan justificado esta empobrecedora solución y lleven el automatismo hasta hacer que se extingan, por confusión, los créditos que el heredero aceptante incondicional tenía (yo creo que sigue teniendo) frente a su causante, lo cual es más disparatado, si cabe, y bastante complejo en cuanto a su justificación teórica en los casos de concurrencia de herederos aceptantes.

Esta solución normativa debió desaparecer con la codificación por coherencia con el ideario político y moral que la inspiraba, pero no sólo no resultó ser así, sino que con el tiempo hemos admitido para casi cualquier situación de débito la posición que es propia y reglada para las deudas contractuales, nada menos que para el concurso (art. 1º, 2, *a contrario*, de la Ley Concursal) y para la pensión compensatoria (arts. 97 y 101 Cc), lo que resulta delirante y potencialmente lleno de sorpresas para las que legisladores técnicos (ambos textos normativos no sufrieron ninguna modificación ni propuesta alguna por los legisladores propiamente dichos: los políticos) no dedicaron ni uno solo de sus normalmente sesudos pensamientos. Para la primera: si de dos herederos del causante que debió declararse en concurso, uno acepta pura y simplemente la herencia y el otro, mas avisado, la repudia después de aceptar el primero, ¿recaerá sobre su propio patrimonio todas las deudas dejadas por el causante?; si acepta el segundo a beneficio de inventario ¿la responsabilidad se dividirá por dos, si bien y según las reglas con una mitad limitada y otra ilimitada?

Imagine el lector los supuestos disparatados que pueden seguirse para las deudas derivadas de responsabilidad extracontractual o de las derivadas de delito. Ahora bien, tampoco resulta razonable determinar, para libramos de un pensamiento inconsecuente, que para unas deudas resulte ser el heredero deudor y responsable, en tanto que para otras sea solo deudor funcional y responsable con el patrimonio hereditario propiamente dicho. Sin duda en unos casos el art. 1257 Cc no llega a tanto y en otros no alcanza a tan poco. Además, no hay forma de establecer una extensión analógica del precepto pues la diferencia en unos y otros casos estriba en la fuente misma de la obligación y no en la materialidad de ésta.

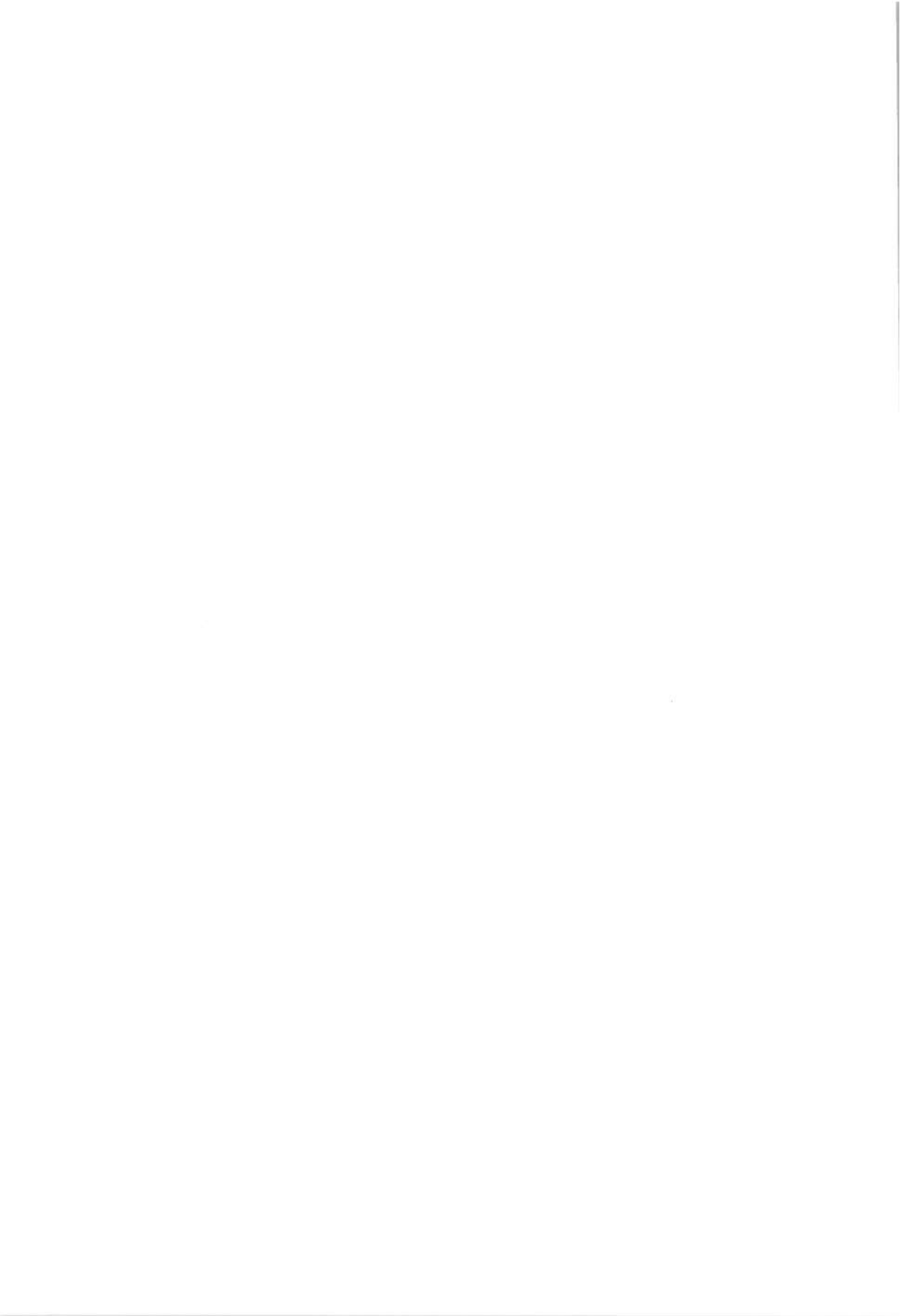
El análisis de la situación del heredero-deudor por deudas del causante ha tratado de mantener el esquema que fue propio de los romanos patricios y plebeyos ennoblecidos por su fortuna, aunque en ocasiones parece ser que se trata del resultado de una deficiente construcción de la responsabilidad del heredero llamado a efectuar las operaciones de pago, en el sentido de reforzar su solvencia y asimilando las consecuencias dañosas para éste a la idea de reparación por incumplimiento, en los casos de dificultad no advertida, desconocimiento de la existencia de deudas o de su verdadero monto.

Situados en el escenario que es propio del art. 1111 Cc, el acreedor, para cobrar, o, más extensamente, para hacer valer su derecho tan solo debería poder perseguir los bienes que fueron de la titularidad de su deudor natural o aquellos otros en los que pudo operarse la subrogación real. Para resarcirse de los daños operados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso (no en el *quantum* si se ha agotado el patrimonio responsable natural) o como consecuencia del desinterés o mala fe del deudor sí cabrá lógicamente agredir el patrimonio propio de este deudor civilísimo, tomando este adjetivo en el mismo sentido que lo empleamos para la posesión civilísima del heredero sobre los bienes legados a terceros al causante pero afectos a la satisfacción de las deudas de éste y con la misma responsabilidad. No me parecen adecuados los remedios sacados de los efectos de la pérdida del beneficio de inventario de oficio y sin previsión de llevar a cabo un inventario formal que efectúa, si he entendido bien, el borrador del Libro de Sucesiones del Código civil de Puerto Rico, aunque no dejo de reconocer que se trata de un considerable avance en el pensamiento de la disciplina sucesoria.

Es posible que para dar solución a estas cuestiones sea suficiente con seguir la pauta aragonesa o la navarra, como recomienda en otra ponencia (la de los profesores DURAN RIVACOBIA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ), pero me parece a mí que no sería suficiente emprender una reforma parcial *ad hoc*, que bien pudo haber sido suficiente hace medio siglo. Creo al respecto que ante las nuevas situaciones familiares y ante las novísimas realidades de las personas físicas, así como las acomodaciones jurídicas ya emprendidas por los juristas prácticos y los servicios jurídicos de las entidades de crédito a la vista de tales circunstancias (hipotecas con duración superior a la vida esperada del deudor a quien se le concede el crédito hipotecario y sucesión prevista en el crédito y en el bien que sirve de garantía), lo más conveniente sería llevar a cabo una reforma integral de la disciplina de las sucesiones en el Código y en las leyes especiales afectadas.

No me parece que sea conveniente un cambio normativo que se dedique y encamine limitadamente a un ajuste institucional del Derecho de sucesiones a la vista de los gigantescos cambios de los últimos cincuenta años que, en algún caso, nos llegan a los españoles con cierto retraso, sino contemplando las consecuencias de los cambios institucionales en sí mismos y en los valores éticos en que se apoyan.

Es llegado el momento, en mi opinión, de efectuar un ajuste de las instituciones sucesorias sin servirse del parcheo a veces más pendiente de conservar el orden numérico de los preceptos para no molestar a los memoristas del Derecho, que se vuelque en profundidad sobre las nuevas realidades propias de nuestro tiempo y nos libere de aquellos modelos históricos que jamás coincidieron con los nuestros, aquellos que ofrecen lecturas e interpretaciones de normas que fueron de otras sociedades a las que incluso y ni tan siquiera queremos parecernos.



PROPUESTA PARA UNA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE PACTOS SUCESORIOS¹

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La regulación del Código Civil en materia de sucesiones ha mantenido, a pesar de las reformas que han ido afectando a no pocos de sus artículos, las líneas maestras con que las instituciones fundamentales de esa materia fueron concebidas a finales del siglo XIX.² Las reformas que, tras la apro-

1 El presente estudio se presenta al modo de un hipotético texto prelegislativo de reforma del Código Civil, compuesto de una Exposición de Motivos y un articulado. La primera va glosada con anotaciones insertadas al pie, mientras que el segundo incluye tanto notas a pie de página como explicaciones en texto con letra de menor tamaño. En la parte articulada se incluyen [propuestas de] preceptos de nuevo cuño y modificaciones de artículos existentes. Al final del trabajo se anexan una bibliografía y un listado de abreviaturas.

2 Como dice J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-05), sub § 4, «[A]un siendo

bación de la Constitución española, han sacudido de forma notable otras ramas del Derecho civil, en el campo del Derecho de sucesiones apenas han servido para retocar aspectos de naturaleza más bien secundaria.³ Esto quiere decir que los grandes principios sobre los que se asienta el Derecho de sucesiones continúan siendo los mismos más de cien años después, a despecho de los numerosos cambios de toda índole acaecidos en ese periodo, y en particular a despecho del nuevo paradigma sobre el que se asientan las relaciones familiares y sociales del individuo actual, el cual reclama una puesta al día de muchas instituciones sucesorias tradicionales, desde las legítimas hasta el testamento.

Entre las numerosas materias en las que debe procurarse una renovación del marco normativo de referencia, aparecen las relacionadas con la ampliación de la libertad de disposición del causante,⁴ materia ésta que conecta con el aseguramiento de un margen de actuación personal lo más extenso posible para el individuo. Si el ejercicio por el causante de su facultad de disponer negocialmente de su herencia es una manifestación del más general principio de autonomía de la voluntad, y si ésta última debe potenciarse en aras de lograr un más pleno desarrollo de la personalidad y de la libertad personal, parece claro que uno de los objetivos del legislador en sede sucesoria debe ser el de suministrar a la persona no sólo una facultad de disponer por causa de muerte lo más exenta posible de restricciones materiales,⁵ sino también el mayor elenco imaginable de instrumentos formales aptos para determinar el destino de sus bienes para después de su muerte.

muchos los preceptos afectados [por las reformas de las normas del Derecho de sucesiones en el CC desde 1889], no puede decirse que el Derecho de sucesiones del Código civil haya cambiado en su sistema y sus rasgos definitorios».

3 Quizás la reforma de más calado, como informa el propio J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-05), *sub* § 4, fue la que tuvo lugar por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que sirvió entre otras cosas para que todos los hijos quedaran equiparados a efectos sucesorios, con independencia de su filiación, y para anteponer al cónyuge a los parientes colaterales en la sucesión intestada.

4 Así lo entiende J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-05), *sub* § 10.3 y 11.

5 Como propone, tras efectuar un elocuente estudio histórico y teórico, V. MAGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, pp. 20 y ss., con argumentos basados en el diferente significado que tiene hoy en día el patrimonio en relación con la familia, la transformación del sistema de relaciones interfamiliares, y la necesidad de atender a unas finalidades muy distintas de las que inspiraron el sistema de legítima en el Código civil.

En el sistema del Código Civil, las facultades de disposición del causante han venido estando limitadas, efectivamente, por vía tanto de condicionamientos formales como materiales. En cuanto a los primeros, han supuesto que el cauce negocial exclusivo para efectuar una disposición de última voluntad sea el testamento, caracterizado además por su carácter unilateral.⁶ Por lo que hace a los segundos, han servido para hacer ineficaz la voluntad del causante en tanto ésta pudiese afectar a la legítima,⁷ así como para prohibir determinados contenidos testamentarios.⁸ Ciertamente que dentro de ese sistema cabe observar algunas excepciones o modulaciones,⁹ las cuales sin embargo no alteran el espíritu de aquél.

II

Una de las expresiones características del sistema descrito la hallamos en la prohibición de pactos sucesorios plasmada en la norma del art. 1271.II CC, norma que tras afirmar la idoneidad de las cosas futuras para ser objeto de contrato, señala que «[S]obre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056».¹⁰ Complementan al art. 1271.II CC preceptos

6 Para el carácter unilateral, y aun individual y personalísimo del testamento en el sistema del Código civil, véanse respectivamente los arts. 667, 669 y 670 CC.

7 Vid. art. 806 CC, que define la legítima; arts. 807 a 810 CC, donde se enumeran las diversas categorías de herederos forzosos y la extensión de la legítima en cada caso; art. 813 CC, en el que se prohíbe al testador privar a los legitimarios de su derecho y se establece la intangibilidad cualitativa de la legítima; art. 814 CC sobre los efectos de la preterición; arts. 815 y 817 CC, sobre intangibilidad cuantitativa de la legítima; art. 816 CC, sobre prohibición de renuncia a la legítima; arts. 848 y ss. CC, que prevén causas tasadas de desheredación.

8 Vid. art. 785 CC.

9 Figuras como la mejora irrevocable (art. 827 CC) o la donación entre futuros esposos de bienes futuros para el caso de muerte (art. 1341.II CC), son ejemplos de disposiciones sucesorias no plasmadas en testamento. Asimismo, normas como la del art. 820.3º CC, que prevé la opción compensatoria de la legítima (o cautela sociniana); la del art. 808.III CC, que admite una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de hijos o descendientes incapacitados; o la del art. 822 CC, que excluye del cómputo de la legítima el legado o donación del derecho de habitación de la vivienda habitual a favor del legitimario con discapacidad, constituyen una relajación del principio de intangibilidad de la legítima, o una restricción de su definición tradicional. Suponen, igualmente, una flexibilización del sistema los preceptos que admiten el pago de la legítima en metálico extrahereditario (vid. arts. 841 a 847 y 1056.II CC).

10 Redacción dada por la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

como el art. 816 CC, que prohíbe bajo sanción de nulidad la renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el causante y sus herederos forzosos, o el art. 991 CC, según el cual nadie puede aceptar o repudiar una herencia antes de haber certeza de la muerte del causante y de su propio llamamiento a esa herencia. También el art. 1674 CC, al impedir que en el contrato de sociedad universal los socios establezcan la comunicación recíproca de los bienes que cualquiera de ellos pueda llegar a adquirir posteriormente por herencia.¹¹

Las reticencias hacia la figura de los pactos sucesorios en sistemas de Derecho Civil de inspiración romanista son profundas y hunden sus raíces en una larga tradición histórica. La justificación de la prohibición de los pactos sucesorios se ha hecho descansar en consideraciones de diverso orden.

Una primera objeción a los pactos sucesorios se ha venido relacionando con la naturaleza del objeto sobre el que versarían dichos pactos, a saber, un objeto futuro, que queda indeterminado hasta el momento de la muerte del causante, y cuya consistencia dependerá del grado de restricción a que se sometan las facultades dispositivas de este último, el cual por otra parte vería cómo incluso sus bienes no presentes en el momento del otorgamiento pasarían a engrosar el objeto de aquel pacto, en virtud de la fuerza expansiva del llamamiento hereditario.¹² Sin embargo, planteada en estos términos, la objeción sería extensiva a la norma del primer párrafo del art. 1271 CC, que permite contratar sobre cosas futuras, siendo así que éstas representan objetos contingentes tanto por lo que se refiere a su existencia como por lo que hace a su consistencia.

11 La prohibición de ordenar contractualmente la sucesión *mortis causa* derivaría también del art. 658 CC, en tanto dicho artículo no contempla más que dos modos de deferirse la sucesión: por testamento o por disposición legal. Asimismo, los arts. 635 y 620 CC pueden considerarse manifestación de la prohibición de contratos sobre la herencia futura, pues establecen respectivamente que las donaciones no pueden comprender los bienes futuros, y que aquéllas cuyos efectos dependan de la muerte del donante se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria.

12 Todo ello lo explica bien M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pp. 34-35 y 58 por un lado, y 40 *in fine* y 85-86, nota nº 165, por otro. Naturalmente, semejante objeción se entiende referida a pactos de carácter institutivo, que lo sean además respecto de la universalidad o una cuota de la herencia, como de hecho son aquéllos a los que tiende a circunscribirse en la práctica la problemática relacionada con la prohibición del art. 1271.II CC. Vid. de nuevo M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 58, así como J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], pp. 331-332.

En segundo lugar, la prohibición de los pactos sucesorios se relaciona con la tesis de que la revocabilidad por el causante del título ordenador de la sucesión hasta el momento de su muerte, es un rasgo indeclinable de la sucesión *mortis causa*,¹³ tesis a su vez estrechamente ligada con la preocupación por garantizar a ultranza la espontaneidad en la formación de la voluntad testamentaria.¹⁴ De esta suerte, el testamento unilateral se ha querido presentar como el único instrumento negocial capaz de garantizar esa revocabilidad esencial de la voluntad del causante y esa espontaneidad de la formación de dicha voluntad. Por el contrario, el pacto sucesorio privaría al causante de su omnímoda libertad de testar cuantas veces desee hasta su muerte, pues ya no podría revocar por su sola voluntad el contenido de aquél, por más que nuevas circunstancias le hubiesen conducido al deseo de variar sobrevenidamente la ordenación de su sucesión.¹⁵

Sin embargo, la libertad de hacer testamento no posee en la actualidad la misma trascendencia jurídica —y en cierto modo política— que tenía en Derecho romano.¹⁶ Aparte de que no parece contrario a esa libertad el hecho de haber dispuesto libremente de ella mediante la celebración de un pacto sucesorio. Una cosa es que el causante no pueda abdicar sin más de su libertad para testar, y otra muy distinta que, pese a haberla ejercitado, deba

13 Reflejo de esa tesis serían en el ordenamiento español el art. 658 CC, según el cual la sucesión deferida por voluntad del hombre sólo se puede manifestar en testamento, y naturalmente el art. 737 CC, conforme al cual las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables.

14 Tal preocupación se advertiría en preceptos como el art. 669 CC, en el que se prohíbe el testamento mancomunado, o el art. 756.5º y 6º CC, donde se sanciona con la indignidad a aquél que mediante amenaza, fraude o violencia hubiera obligado a otro a hacer o a no hacer testamento, o a cambiar el que tuviera hecho.

15 En palabras de M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 83: «[U]n segundo argumento que sí fundamenta adecuadamente la prohibición es el de la defensa de la libertad dispositiva: lo más razonable (...) es que el causante mantenga la libre posibilidad de testar, o de revocar el testamento si ya ha testado, hasta el mismo momento de su muerte, puesto que las circunstancias que motivan la disposición testamentaria pueden modificarse a lo largo del tiempo». El argumento, como informa este mismo autor (p. 38), proviene de la tradición romanista, que habría pasado al Derecho castellano a través de las Partidas y de las Leyes de Toro. Vid., en el mismo sentido, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 365, y J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 329.

16 Me he referido a esta cuestión en R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, p. 57.

preservarla intacta hasta su muerte.¹⁷ Por otro lado, la tan pretendidamente inviolable libertad de testar está sometida, en el nuestro y en otros ordenamientos, a no pocas limitaciones, al lado de las cuales la derivada de la admisión de los pactos sucesorios se queda pequeña; con independencia de que la restricción a la libertad de testar motivada por la celebración de un pacto sucesorio resulta compensada por la correlativa ampliación de la libertad contractual que implica la posibilidad de celebrar dicho pacto.¹⁸

Otra de las razones esgrimidas históricamente para justificar la postura contraria a la admisibilidad de los pactos sucesorios, apunta hacia la inmoralidad que representaría establecer una regulación contractual cuyo presupuesto no es otro que la muerte de una persona. Sin embargo, para la inmensa mayoría de la doctrina,¹⁹ es incontestable que esa clase de pactos no alimentan el deseo de los instituidos contractualmente a la sucesión de una persona por ver consumada la defunción de esta última, o al menos no lo alimentan más que puedan hacerlo otros contratos, perfectamente admitidos en el tráfico, que también descansan sobre el presupuesto de que uno de los contratantes muera para que surja el derecho del otro contratante-beneficiario, o para que cese la obligación a su cargo, como serían, respectivamente, el seguro de vida y la renta vitalicia.²⁰ Si bien se mira, también en la sucesión

17 Vid. esta reflexión en R.M.^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 350.

18 Vid. M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, ed. E. Jovene, Nápoles, 1976, p. 57.

19 Vid. J. RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 1271 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XVII, vol. 1.^o-B, EDESA, Madrid, 1993, pp. 465-466; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5.^a ed., J. M.^a Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 329; J. PUIG BRÜTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3.^o, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 365; R.M.^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 350-351; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pp. 82-83.

20 A lo sumo, se mantiene una cierta opinión desfavorable, sobre la base de su posible inmoralidad, hacia el pacto sobre la herencia de un tercero (llamado *pactum corvinum*). Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5.^a ed., J. M.^a Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 329; R.M.^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 351; E. ROCA i TRÍAS, en *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 294; P.A. ROMERO CANDAU, «Pactos sobre la herencia de un tercero», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXVIII, EDESA, Madrid, pp. 182 y 202.

testamentaria el instituido heredero puede tener dificultades para sustraerse al *voluntatis*, incluso con mayor razón que en la contractual puesto que siempre penderá sobre él la amenaza de un posible cambio en la voluntad testamentaria del causante.²¹

En fin, un último ámbito en el que se ha desenvuelto la discusión en torno a la admisibilidad o no de los pactos sucesorios, es el relacionado con la preservación de los derechos sucesorios forzosos, y en definitiva con la evitación de que, a través de la sucesión contractual, pudieran resucitar viejas instituciones de vinculación de la propiedad inmueble, como los mayorazgos.²² Pero los temores al respecto, acaso justificados en el momento histórico de la codificación, deben considerarse infundados.²³ Es más, si por algo se defienden hoy en día los pactos sucesorios es precisamente porque pueden ayudar a preservar la integridad de las explotaciones familiares, agrarias o industriales.²⁴ En esta línea, merece reseñarse un intento legislativo, bien que efímero y materialmente acotado, de introducir la figura de un pacto sucesorio

21 J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 329.

22 Vid. J. RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 1271 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XVII, vol. 1º-B, EDESA, Madrid, 1993, p. 465. También M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, ed. E. Jovene, Nápoles, 1976, pp. 33 y 37.

23 En la Francia de comienzos del XIX, uno de los principales propósitos que persiguieron en materia sucesoria los redactores del *Code* fue el de evitar que el cabeza de familia pudiera desigualar a su arbitrio a los herederos forzosos, por lo que diseñaron un estricto sistema de legítimas. La prohibición de pactos sucesorios no se relacionaba entonces con la tutela de la libertad de testar, sino con el objetivo de impedir la transmisión integral de grandes patrimonios y el consiguiente daño a la igualdad entre herederos. Vid. M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, ed. E. Jovene, Nápoles, 1976, p. 37; V. MAGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, p. 11.

24 Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 329; R.Mª ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 348-349; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 282; J.L. MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXXIV, vol. 1º, EDESA, Madrid, 1987, p. 155. Se muestra crítico con esta posición doctrinal M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pp. 87-89.

rio institutivo a fin de asegurar la continuidad y evitar la fragmentación de las explotaciones familiares agrarias.²⁵

Abundando en esta idea, quizás el principal fundamento de los pactos sucesorios, y más en concreto de los de tipo institutivo, sea la seguridad que proporcionan al heredero instituido, puesto que a diferencia del testamento el pacto sucesorio no es revocable por el causante.²⁶ El heredero contractual, habida cuenta de esa seguridad, tiene un incentivo para contribuir a conservar y mejorar el bien o bienes objeto de atribución a su favor, incluso en vida del propio causante.²⁷

III

La situación descrita para el sistema del Código Civil contrasta con la existente en el ámbito del Derecho comparado y de los Derechos civiles forales o especiales, en los que ni la institución de la legítima posee el vigor de que goza en el Código Civil, cuando no directamente carece de vigencia efectiva,²⁸ ni tampoco se perfila el testamento unilateral como único cauce

25 Se trata de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, reguladora del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, que introdujo un régimen explícito del pacto sucesorio en sus arts. 16 a 20. Un análisis de este modelo puede verse en R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, pp. 186-193.

26 Aspecto destacado por T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R.ª ROCA SASTRE, 2ª ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 369-370, cuando se refieren a las razones de política legislativa que animaron a los redactores del BGB a introducir una regulación de los contratos sucesorios. En sus palabras, «éste [el contrato sucesorio] permite substraer al capricho del causante la sucesión a un determinado patrimonio, fijándola de un modo obligatorio» [énfasis de los autores].

27 R.ª ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 347-348. Añade este autor que esa misma seguridad facilita en ocasiones el matrimonio del heredero, pues ante la certeza de haber sido instituido irrevocablemente sucesor del causante, determinados parientes de su futuro cónyuge estarán a su vez dispuestos a contribuir al matrimonio mediante nuevas atribuciones patrimoniales. Desconfía en cambio de ésta y otras supuestas ventajas de los pactos sucesorios M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pp. 89-96.

28 En los ordenamientos civiles forales, en general, la legítima —y en particular la de los descendientes— tiene menor extensión material que en el sistema del Código civil (v. gr. la cuarta parte de la herencia en Cataluña, la mitad en Aragón, un tercio o la mitad en Baleares), lo que se combina con institutos que velan por la posición del cónyuge viudo (v. gr. usufructo o derecho de viudedad de amplio alcance en Galicia, Aragón o Navarra), permiten liquidar en vida del causante

de expresión de la voluntad negocial del causante, antes bien, disfrutan de vitalidad diversas figuras pertenecientes a la categoría de los pactos sucesorios, así como se permite el testamento mancomunado.²⁹ Especial atención en materia de sucesión contractual merecen, por su cercanía y aplicación en diversos territorios españoles, los Derechos civiles forales. El tratamiento que dispensan a los pactos sucesorios es desigual, si bien en todos ellos se produce un explícito reconocimiento de esta forma de delación hereditaria.

En Cataluña la sucesión contractual gira en torno a la figura de los heredamientos (arts. 67 y ss. CSC), que constituyen un pacto de carácter institutivo. Los heredamientos deben realizarse necesariamente en capitulaciones matrimoniales, y pueden ser otorgados bien por un tercero a favor de los contrayentes (arts. 71 a 89 CSC), bien por los propios contrayentes, en este último caso a favor de sus hijos (arts. 90 a 98 CSC), o a favor de ambos contrayentes con carácter recíproco (arts. 99 y 100 CSC). Los del primer grupo se denominan *simples* cuando se limitan a conferir la cualidad de heredero (arts. 79 a 83 CSC), *cumulativos* si a ello añaden la donación de todos los bienes del otorgante, los cuales se adquieren de presente por el instituido (art. 84.I y ss. CSC),³⁰ y *mixtos* si lo agregado al heredamiento simple es una donación singular de presente (art. 84.II y ss. CSC). Por su parte, los establecidos a favor de los hijos de los contrayentes pueden ser *puros*, cuando se limitan a instituir genéricamente herederos a los hijos de los contrayentes (art. 92 CSC), *preventivos*, que lo que intentan es evitar que se abra la sucesión intestada, pues sólo entran en juego en caso de que el heredante fallezca sin sucesor universal, contractual o testamentario (art. 93 CSC), y

con carácter definitivo la parte de un legitimario (v. gr. las apartaciones del Derecho civil de Galicia, o la definición balear), o facultan para mejorar a un concreto legitimario con la totalidad de la legítima (v. gr. legítima colectiva de la LSCM de Aragón o del Fuero de Vizcaya). En algunos casos la legítima posee incluso naturaleza puramente formal, pudiendo ser privado el legitimario de atribución patrimonial efectiva, como sucede en Navarra (ley 267 FNN) y en la parte del País Vasco donde se aplica el Fuero de Ayala (art. 134 LDCFPV). Un sintético repaso del sistema legitimario español puede verse en V. MAGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, pp. 4-9.

29 Sobre el testamento mancomunado, vid. arts. 102 a 107 LASCMI, 49 a 52 y 172 a 178 LDCFPV, arts. 137 a 139 LDCG.

30 Con ciertos límites: los bienes muebles de uso personal, los que estén adscritos a la explotación familiar y los que el heredante se reserve para su disposición. En el heredamiento cumulativo puede pactarse que el heredero vaya haciendo suyos los bienes que el heredante vaya adquiriendo en lo sucesivo.

prelativos, por los que los contrayentes se imponen una limitación de la facultad de designar heredero a favor de ciertos hijos, pero que no atribuyen derecho sucesorio directo (art. 95 CSC). En los heredamientos simples, el heredante conserva la propiedad de los bienes objeto del heredamiento, si bien sus facultades dispositivas se hallan restringidas, ya que, con excepciones, tiene prohibido otorgar negocios entre vivos a título gratuito, y en cuanto a los actos de disposición a título oneroso se prevé su posible ineficacia si han sido otorgados en fraude del heredamiento o si ocultan un negocio simulado (art. 79 CSC). En todos los heredamientos a favor de los contrayentes está previsto que, salvo pacto en contrario, el derecho del instituido sea transmisible *mortis causa*, con alcance variable, en caso de premoriencia con respecto al instituyente (arts. 83 y 84 CSC).

En Aragón se contemplan, por un lado, pactos sucesorios institutivos a título universal o particular, ya sean a favor de [un solo] contratante, *id est* de uno de quienes otorgan el pacto (arts. 70 y ss. LASCМ), ya sean recíprocos (arts. 80-81 LASCМ), o a favor de un tercero (arts. 82-83 LASCМ). Los pactos positivos a favor de contratante pueden efectuarse, a su vez, con o sin transmisión actual de bienes al instituido (vid. arts. 74-76 y 77-79 LASCМ respectivamente), siendo diferentes los efectos que una y otra modalidad producen respecto de las facultades de disposición entre vivos de los bienes a los que alcance el pacto, pues en el primer caso el instituyente se ve desprovisto completamente de las facultades de disposición, mientras que en el segundo tan sólo se le restringen las facultades para disponer a título gratuito. No obstante, ha de tenerse en cuenta el carácter dispositivo de la mayoría de estas normas. Por otro lado, se admiten con notable amplitud los pactos de renuncia o transacción sobre la herencia futura (art. 84 LASCМ). En los pactos a favor de contratante, y a reserva de lo establecido en el pacto, se prevé un derecho de transmisión a favor de los descendientes del instituido para cuando éste premuera al instituyente (art. 72 LASCМ).

En el Derecho de sucesiones navarro encontramos la admisión no sólo de pactos institutivos y renunciativos, sino también de pactos dispositivos, aunque la eficacia de estos últimos quede subordinada al consentimiento del causante (ley 172 FNN). Los pactos renunciativos son específicamente contemplados en las leyes 155 y 156 FNN, en las que se reconoce validez y eficacia a la renuncia o transacción sobre la herencia futura. Por su parte, las leyes 177 a 183 FNN contienen una serie de disposiciones especiales sobre los pactos de institución. Son permitidas prácticamente todas las modalida-

des: a favor de los contratantes o de un tercero, a título universal o particular, implicando simples llamamientos o comportando además transmisiones de presente, designando al sucesor o estableciendo sólo las reglas sobre cómo deberá deferirse la herencia (ley 177 FNN). Si el pacto no comporta la transmisión actual de bienes, el instituyente conserva la propiedad de los bienes, si bien no podrá disponer de ellos a título gratuito sin consentimiento del instituido. Aunque el pacto opere una transmisión actual de bienes, el instituyente podrá reservarse no obstante la facultad de disponer de ellos por cualquier título (ley 179 FNN). Si el instituido premuere al causante dejando descendencia, su derecho se transmite a ésta salvo pacto en contrario (ley 180 FNN).

En Baleares tenemos en primer lugar, entre las disposiciones aplicables a la isla de Mallorca, las donaciones universales de bienes presentes y futuros (arts. 8 a 13 TRCDCB), que confieren al donatario la cualidad de heredero contractual y le transmiten además los bienes presentes incluidos en la donación, lo que recuerda al régimen de los heredamientos cumulativos a favor de contrayente del Derecho catalán. Por otro lado, también en la isla de Mallorca, rige la figura de la definición (arts. 50-51 TRCDCB), pacto por el que el legitimario renuncia a sus derechos sucesorios forzosos en atención a una donación o atribución recibida del causante. Entre las disposiciones aplicables a las islas de Ibiza y Formentera, encontramos en cambio un tratamiento sistemático —aunque no muy extenso— de los pactos sucesorios, con alguna disposición de índole general (art. 72 TRCDCB), seguida de una regulación de pactos de tipo institutivo (arts. 73 a 76 TRCDCB) y renunciativo (art. 77 TRCDCB). Entre los pactos institutivos los hay con o sin transmisión actual de bienes, siendo distinto el alcance de las facultades dispositivas que retiene el causante en uno y otro caso. Los pactos renunciativos, que reciben el nombre de «finiquito» de legítima, son similares a la definición mallorquina, hasta el punto de que se ordena la aplicación supletoria de las normas que regulan esta última.

El ordenamiento civil de Galicia conoce hasta cuatro tipos de pactos sucesorios, si bien carece de unas disposiciones generales comunes a todos ellos. En primer lugar está el usufructo voluntario universal de viudedad (arts. 118 a 127 LDCG), institución en realidad unilateralmente revocable, aunque con obligación de notificar al otro cónyuge esa revocación fehacientemente.³¹

31 Según D. BELLO JANEIRO, *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 172-173, la revocabilidad del usufructo universal de viudedad no

En segundo lugar el pacto de mejora, dotado de una escueta regulación (arts. 128 y 129 LDCG). A continuación, el llamado «derecho de labrar y poseer» (arts. 130 a 133 LDCG), tal vez el pacto sucesorio más genuino de Galicia, por el cual el causante instituye a uno de sus descendientes en una explotación agrícola o industrial a fin de mantenerla indivisa, con obligación de liquidar al resto de herederos forzosos, en metálico o con otros bienes, sus legítimas o la porción eventualmente mayor que les corresponda. En último lugar, se regulan las apartaciones (arts. 134 y 135 LDCG), que vienen a consistir en un pago anticipado y definitivo de la legítima, con renuncia por tanto a una eventual acción de suplemento.

Finalmente, en el País Vasco, los arts. 74 a 83 LDCFPV contienen para la parte aforada de Vizcaya una regulación, algo sumaria, sobre pactos sucesorios. Sólo se contemplan pactos institutivos o de designación de sucesor, si bien se admite que el pacto comporte una transmisión de presente de los bienes, o bien una transmisión diferida *post mortem*. Tras la reforma de la LDCFPV por la Ley del Parlamento Vasco 3/1999, de 26 de noviembre, se ha desarrollado también en extenso el Fuero Civil de Guipúzcoa, admitiéndose la posibilidad de concertar un pacto sucesorio para la ordenación de la sucesión en el caserío (arts. 179 a 188 LDCFPV), ámbito funcional éste al que se limitan las disposiciones civiles especiales de este territorio.

En los ordenamientos foráneos se aprecia un enfoque muy distinto en los países u ordenamientos de tradición latina, frente a los de tradición germánica. En los primeros, a semejanza de lo que sucede en nuestro Código civil, la regla es la de la prohibición de los pactos sobre la herencia futura, con la contemplación, por lo general, de un conjunto más o menos amplio de excepciones, relacionadas especialmente con un propósito de favorecimiento de los matrimonios. Dentro de este primer grupo de ordenamientos, cabe observar una gama, desde el sistema del Código civil italiano, que se situaría *a priori* en el punto más restrictivo hacia la admisión de fórmulas de sucesión contractual, pasando por el sistema intermedio del Código francés, hasta llegar al tratamiento, más permeable a la admisión de pactos sucesorios, dispensado por el Código civil portugués.

En los países de tradición germánica, como Alemania o Suiza, los contratos sucesorios se encuentran abiertamente admitidos y regulados. Así,

debe considerarse cualidad esencial de este tipo de pacto, por lo que cabe admitir que las partes estipulen su irrevocabilidad.

pueden verse en Alemania los §§ 2274 a 2302 BGB, sobre pactos de tipo institutivo, los cuales no necesariamente deben canalizarse mediante capitulaciones matrimoniales, y los §§ 2346 a 2352 BGB, que regulan los pactos renunciativos afectantes a la legítima. En principio están vedados los pactos sucesorios dispositivos, es decir, los que recaen sobre la herencia de un tercero, aunque excepcionalmente se admiten si son celebrados entre dos futuros herederos legales, e implican la disposición de la porción hereditaria legal o legítima de uno de ellos a favor del otro (§ 311b (5) BGB). Los pactos institutivos acarrearán la irrevocabilidad de las instituciones estipuladas, como se deduce del § 2289.1 *in fine* BGB, conforme al cual será ineficaz toda disposición de última voluntad del causante posterior al contrato sucesorio que perjudique el derecho del designado. Sin embargo no provocan la absoluta restricción de las facultades de disponer entre vivos del causante, quien únicamente debe abstenerse de efectuar actos de disposición gratuitos dirigidos a defraudar el contenido del contrato sucesorio.³²

En Suiza es el art. 494 de su Código civil el que admite, con carácter general, que una persona se obligue mediante un pacto sucesorio a dejar su herencia o un legado, bien a su contraparte contractual, bien a un tercero. Aunque el precepto permite al instituyente disponer libremente de sus bienes, se acepta que tanto sus disposiciones por causa de muerte como las donaciones que realice, sean impugnadas en la medida en que resulten incompatibles con el contenido del pacto. Con el mismo carácter general se admite en el art. 495 del CC suizo un pacto entre el causante y uno de sus herederos, por el que éste renuncie onerosa o gratuitamente a sus derechos sucesorios en la herencia del primero.³³ La eficacia del pacto sucesorio institutivo se hace depender de la supervivencia del instituido al instituyente, si bien los sucesores del instituido

32 El § 2286 BGB deja claro que «[P]or el contrato sucesorio no se limita el derecho del causante a disponer de su patrimonio por negocio jurídico entre vivos», pero en el párrafo siguiente se matiza que «[S]i con la intención de perjudicar al heredero contractual ha hecho el causante una donación, dicho heredero contractual, después de que esté deferida la herencia, puede exigir del donatario la restitución de lo donado según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto» [trad. E. EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998].

33 Con relación a este pacto, dice P. PIOTET, «Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Casán Tobeñas*, tomo I, Univ. de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 498-499, que aunque no debe ser considerado una disposición por causa de muerte, sino una especie de repudiación anticipada, el legislador suizo por razones prácticas lo ha sometido a las mismas reglas (en cuanto a forma, capacidad, etcétera) que a los pactos institutivos.

premuerto pueden interponer contra el instituyente una acción de enriquecimiento, salvo pacto en contrario (art. 515 CC suizo).

En Portugal, a pesar de que su ordenamiento se inscribe entre los de tradición latina, deben tenerse en cuenta los arts. 1700 y siguientes de su Código civil, en los que se contempla la posibilidad de disponer una institución a título de herencia o de legado en convenciones antenuptiales, ya sea hecha a favor de cualquiera de los *prometidos* por el otro o por un tercero, ya sea hecha por alguno de los futuros desposados a favor de un tercero (art. 1700). Estas instituciones, a las que el legislador portugués se refiere constantemente bajo el *nomen iuris* de donación, son configuradas como unilateralmente irrevocables, no siendo lícito al instituyente perjudicar al instituido mediante actos gratuitos de disposición (art. 1701.1). En caso de grave necesidad, puede el instituyente enajenar los bienes donados con previa autorización del donatario, si bien conserva éste la condición de legatario (preferente) del valor que tendrían los bienes donados en el momento de fallecer el instituyente (art. 1701.1 y 2). Si el alcance de estas donaciones fuese una cuota de la herencia, para su cálculo se computarán las liberalidades que el instituyente hubiese realizado con posterioridad al pacto (art. 1702.1). Si éste se hubiera extendido a la totalidad de la herencia, el instituyente conservará, salvo renuncia expresa, la facultad de disponer gratuitamente por actos entre vivos o *mortis causa* de hasta un tercio de su herencia (art. 1702.2). Las instituciones a favor de los desposados decaen en caso de premoriencia del instituido, salvo que la atribución procediese de un tercero y el instituido tuviese descendientes legítimos nacidos del matrimonio en cuestión, en cuyo caso tales descendientes se subrogarán en el lugar del instituido premuerto (art. 1703).

IV

Por consiguiente, a despecho de los recelos y de las críticas hacia la figura, y en el entendimiento de que es positivo enriquecer el instrumental de los negocios que tienen por objeto la herencia de una persona, parece llegado el momento de volcar en el molde del Código Civil los resultados de la experiencia en materia de pactos sucesorios acumulada en el seno de los Derechos civiles forales o especiales, así como procedente del Derecho comparado.³⁴

34 Me remito a las acertadas observaciones de J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-

El presente cuerpo legal, que parte de la premisa de que, pese a la aparente prohibición de pactos sucesorios que ha venido luciendo en el art. 1271.II CC, la sucesión contractual ha sido menos ajena al sistema del Código Civil que lo que habitualmente se piensa,³⁵ incorpora decididamente al sistema del Código Civil la figura de los pactos sucesorios, propiciando así una vía de disposición de los bienes por causa de muerte alternativa al testamento, lo cual representa una mayor riqueza para el sistema en su conjunto.

Una primera opción de técnica legislativa habría consistido en limitarse a eliminar del art. 1271 CC la prohibición de los contratos que tengan por objeto la herencia futura, sin agregar ninguna regulación específica sobre la materia.³⁶ Sin embargo, esta opción se ha desechado por considerar que, a la postre, podría generar una mayor inseguridad jurídica. En su lugar, se propone la introducción de una regulación sistemática de los pactos sucesorios, que pasarían a quedar integrados con naturalidad en el marco del Derecho de sucesiones del Código Civil. De este modo, se enumeran y definen los distintos tipos de pactos, se establecen los requisitos generales para su validez, se señalan los efectos que producen tales pactos y, finalmente, se retocan todos aquellos preceptos del Código Civil que, a consecuencia de la admisión de la figura, deben ser puestos en armonía con la nueva regulación.

La propuesta parte de la concepción de los pactos sucesorios como un tipo de negocios bilaterales y por tanto irrevocables que, con carácter previo a la apertura de la sucesión, ordenan la institución, la renuncia o la disposición de derechos relativos a la herencia de una persona. Tales pactos podrán tener naturaleza tanto onerosa como gratuita. Se admiten tres tipos de pactos sucesorios: los institutivos, los renunciativos y los dispositivos.

Los pactos *institutivos* son aquellos por los cuales el causante de una herencia ordena, por acuerdo con otra persona, una o varias instituciones de heredero, o uno o varios legados.³⁷ El instituido por el pacto puede ser tanto

05), *sub* § 12.3, donde descarta que exista razón alguna de política legislativa basada en la moral, las buenas costumbres o el orden público para no admitir en el Código civil los pactos sucesorios.

35 Es la principal tesis que anima la segunda parte de mi monografía *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, pp. 53-193.

36 Apunta esta posibilidad J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-05), *sub* § 12.3.

37 Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 329.

uno de los otorgantes del pacto, como ambos otorgantes recíprocamente, o un tercero no interviniente en el negocio.³⁸ Los pactos *renunciativos* son aquéllos, celebrados antes de la apertura de una sucesión, en virtud de los cuales uno de los intervinientes renuncia, total o parcialmente y gratuita u onerosamente, a los derechos que le pudieran corresponder en la herencia del otro.³⁹ Los pactos *dispositivos* son aquellos por los que los otorgantes realizan un acto dispositivo respecto de bienes pertenecientes a la herencia de una tercera persona, todavía viva, en el entendimiento de que se espera recibirlos de ella por título hereditario,⁴⁰ de tal modo que el causante no es nunca parte en este tipo de pactos. Es cierto que este tercer tipo de pactos no es de naturaleza sucesoria *stricto sensu*,⁴¹ pero se ha creído oportuno regularlos conjuntamente a fin de evitar equívocos.

V

La eficacia de los pactos sucesorios, más en particular la de los pactos institutivos, ha de considerarse en dos diferentes planos temporales: antes y después de la apertura de la sucesión. Con anterioridad a la apertura de la sucesión, el efecto primario de los pactos sucesorios es su irrevocabilidad,⁴²

38 Vid. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989 (reimp. 1990), p. 508.

39 Vid. E. ROCA i TRÍAS, en *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 294; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 267.

40 Vid. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pp. 35-36; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989 (reimp. 1990), p. 508; G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Giuffrè, Milán, 1986, p. 10.

41 Es lo que suele decirse de ellos, sobre la base de que no tienen como finalidad ordenar la sucesión del causante, sino modificar *inter vivos* la distribución de los bienes hereditarios recibidos por los otorgantes, o procurar la cesión de todo o parte del caudal relicto que hubiera correspondido a uno de ellos. Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 329; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989 (reimp. 1990), pp. 508-509; E. ROCA i TRÍAS, en *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 294; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 268; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 36.

42 De no aceptarse este efecto, la situación del instituido por un pacto sucesorio no se diferenciaría de la de un heredero voluntario nombrado en testamento: el causante podría dar marcha

la cual se deriva de su naturaleza contractual, y se conecta en definitiva con el principio *pacta sunt servanda* y con los preceptos sobre los que dicho principio se sustenta. Ello no obsta para admitir la revocabilidad del pacto sucesorio en los casos en que el heredero contractual haya protagonizado un agravio hacia el disponente, merecedor de un reproche de indignidad o desheredación, o con base en una cláusula insertada a tal fin en el pacto por voluntad de las partes. Asimismo, debe aceptarse que se produzca un nuevo concurso de voluntades de quienes otorgaron el pacto, para dejarlo sin efecto por mutuo disenso.

En segundo lugar, con carácter previo a la apertura de la sucesión, la eficacia del pacto sucesorio requiere cierto grado de afectación de las facultades dispositivas del causante respecto de los bienes comprendidos en el pacto, pues si éste pudiese realizar omnímodamente actos de disposición en relación con tales bienes, ello podría provocar una virtual ineficacia del pacto, en franca contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC.⁴³ De ahí que se haya estimado conveniente disponer una cierta restricción de las facultades dispositivas de causante, en la medida en que el ejercicio de éstas pudiese provocar una neutralización de los efectos de aquél.⁴⁴

Así, el causante que haya otorgado un pacto sucesorio institutivo verá limitadas sus facultades de disposición mediante nuevos actos *mortis causa*,⁴⁵ de tal manera que toda disposición testamentaria o institución contrac-

atrás a la institución en cualquier momento y él sólo dispondría de una mera esperanza de suceder. Vid. S. PELAYO HORE, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XX, fasc. IV (octubre-diciembre 1967), pp. 828-829.

43 En semejante hipótesis, como dice PELAYO HORE, el instituido vendría a ocupar una posición similar a la del legitimario, que es titular de una expectativa de la que no puede ser privado a menos que medien causas de indignidad o desheredación, pero cuyo contenido puede quedar disminuido o incluso vaciado por completo a base de realizar el causante actos de disposición sobre su patrimonio. Dicha expectativa no concedería al instituido derecho alguno sobre el patrimonio del causante en tanto éste no falleciese, y por lo tanto no podría tampoco ser enajenada o embargada en vida del *de cuius*. Vid. S. PELAYO HORE, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XX, fasc. IV (octubre-diciembre 1967), p. 829.

44 Dice JORDANO BAREA, refiriéndose a los pactos o contratos sucesorios, que de ellos «nacen verdaderas expectativas de derecho, merecedoras de protección: aun cuando los efectos definitivos del negocio dependan de la muerte del disponente, antes pueden y deben seguirse los llamados efectos conservativos, prodrómicos o preliminares para la justa tutela de aquellas expectativas». Vid. J.B. JORDANO BAREA, «El testamento», *Revista de Derecho Notarial*, 1962 (julio-diciembre), pp. 61-62.

45 J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p.

tual *mortis causa* que otorgue después de celebrado el contrato sucesorio de referencia, devendrá ineficaz en la medida en que sirva a disminuir cuantitativa o cualitativamente el derecho del designado. Y al revés, la suscripción de un contrato sucesorio puede dar al traste con la disposición de última voluntad eventualmente otorgada con anterioridad al mismo, siempre que lo dispuesto por ella pudiera representar una merma para el derecho del designado en el contrato.⁴⁶

Por lo que se refiere a las facultades de disposición mediante actos entre vivos, es usual diferenciar entre actos de disposición a título gratuito y a título oneroso, si bien de ordinario se acaba llegando en ambos casos a un mismo punto, cual es el de admitir que el causante puede disponer *inter vivos* de los bienes objeto del pacto siempre que no se pruebe una intención de perjudicar al heredero o legatario contractual, de tal modo que en caso de que se detectara tal intención el instituido podría impugnar el negocio de que se trate. Consecuentemente, se ha descartado la opción más extrema para los actos de disposición a título gratuito, cual es la de desproveer por completo al causante que haya otorgado un pacto sucesorio institutivo de la facultad de otorgar tal clase de actos, solución que aparece reflejada en algunos ordenamientos forales, y que algunos autores han suscrito sin paliativos.⁴⁷ No se suele propugnar una limitación semejante para la facultad del instituyente de disponer en vida de sus bienes a título oneroso, sino sólo la subordinación del ejercicio de dicha facultad a que no se observe en el instituyente el ánimo de defraudar los derechos sucesorios del instituido por el pacto.

La anterior cuestión está estrechamente conectada con cómo se haya configurado el objeto sobre el que el pacto se proyecte, dado que de esta clase de pactos puede derivarse la institución a título universal, sobre todo o parte del patrimonio hereditario del causante, o bien la institución a título particular sobre bienes concretos del instituyente.⁴⁸ A su vez, los bienes so-

333, al aludir a una serie de supuestos regulados en diversos artículos del CC, descartan que se trate de pactos sucesorios, precisamente «porque no limitan el poder de disposición *mortis causa*».

46 Vid. T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R. M^a ROCA SASTRE, 2^a ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, p. 384, y p. 391 para la adaptación a nuestro ordenamiento.

47 Vid. J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios*, J. M^a Bosch ed., Barcelona, 2002, p. 158.

48 En este último caso los perfiles del pacto sucesorio ciertamente se desdibujan, hasta el punto de que hay quien se pregunta si una disposición como ésa no pertenecerá más bien a la clase

bre los que el pacto se proyecte pueden ser objeto de una entrega de presente, caso en el cual la falta de legitimación del causante para disponer de esos bienes es palmaria. De no producirse la transmisión hasta después de los días del causante, si el pacto se proyecta sobre un bien determinado y el instituyente dispone de él por actos entre vivos, podrá el instituido reclamar su valor en caso de no ser oponible su derecho al tercero adquirente del bien, mientras que si el pacto consiste en una institución a título de heredero universal, el causante deberá ajustarse a las reglas de la buena fe a fin de no vaciar de contenido esa institución.⁴⁹

Durante la fase previa a la apertura de la sucesión, debe también examinarse en qué medida el instituido por el pacto puede disponer de su derecho. En primer lugar, cabe pensar en una transmisión *mortis causa* a favor de sus herederos en caso de que se produzca la premoriencia del instituido con respecto al causante. Aunque hay quien pone el acento en que la eficacia de esta clase de pactos depende de la sobrevivencia del instituido al causante, lo que impediría que su derecho pasase a sus herederos en caso de premoriencia,⁵⁰ se ha optado por admitir que el derecho del instituido pase en semejante tesitura a sus herederos.⁵¹ Y esa admisión se ha efectuado,

de los actos entre vivos *stricto sensu*. Vid. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 94. El TS tiene dicho que no contravienen la prohibición del art. 1271.II CC, los pactos cuyo objeto lo constituyan «bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó, y no [á] la universalidad de una herencia que, según el art. 659 del citado Código civil, se determina á muerte del causante, constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido; (...)». Vid. STS (Sala 1ª), de 8 de octubre de 1915 [Col. Leg. de España, tomo LII (1915-III), § 28]. Esta doctrina ya había aparecido en la STS (Sala 1ª), de 4 de mayo de 1910 [Col. Leg. de España, tomo XXXV (1910-II), § 2], y volvió a reiterarse en la de 16 de mayo de 1940 [RJA, marg. n° 416 bis].

49 Vid. P. PIOTET, «Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo I, Univ. de Navarra, Pamplona, 1969, p. 502.

50 Vid. J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 2002, p. 45.

51 En la línea de autores como ROCA SASTRE, que en las notas de adaptación a KIPP y COING se rebela contra la idea de que una institución contractual, aunque sea para después de los días (v. gr. mejora sobre los bienes que el mejorante dejará al morir), caduque por efecto de la premoriencia del instituido, dado que ello implicaría un exiguo alejamiento de lo que en sede de sucesión testamentaria dispone el art. 766 CC. Vid. T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R.M° ROCA SASTRE, 2ª ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, p. 406.

además, con mayor generosidad que en los ordenamientos forales españoles, pues no queda limitada únicamente al caso de que el instituido premuerto deje hijos o descendientes.

Por lo que hace a sus facultades de disposición entre vivos suele negarse que el instituido pueda negociar con su derecho haciendo uso de ellas.⁵² Sin embargo, en un sistema en el que se admiten los pactos sucesorios dispositivos, no se ve qué motivo puede haber para impedir que el instituido negocie con su derecho, como con cualquier otro bien que espere recibir por herencia de otra persona. Ciertamente, esto supone un alejamiento de lo previsto en los ordenamientos forales españoles, al menos cuando se trate de derechos provenientes de un pacto institutivo sin transmisión de bienes de presente. Así, el art. 79.I CSC indica que el heredamiento simple a favor de los contrayentes «confiere únicamente la calidad de heredero contractual, que será inalienable e inembargable», solución que se repite en la ley 179 FNN y que se deduce de los arts. 77 a 79 LASC. En el País Vasco, incluso en los pactos que implican transmisión de presente de los bienes, se necesita del consentimiento conjunto de instituyente e instituido para realizar cualquier acto de disposición o gravamen sobre los bienes objeto del pacto (vid. arts. 181 y 77 LDCFPV, si bien este último admite estipulación en contrario).

En cuanto a las consecuencias que el pacto produce una vez abierta la sucesión, la principal es que el beneficiario del pacto sucesorio adquiere la condición de heredero automáticamente, sin necesidad de que manifieste aceptar la herencia, dado que esa aceptación se derivaría implícitamente del consentimiento prestado por él al contratar. Habría que exceptuar aquellos casos en que el pacto de suceder se concierta entre el causante y un tercero, sin intervención en él del sujeto instituido. Por lo mismo, no es admisible que el heredero contractual repudie la herencia, ni que haga uso del derecho de deliberar, aunque sí que se acoja al beneficio de inventario.

Por otro lado, al abrirse la sucesión, el heredero contractual podrá impugnar los testamentos y pactos sucesorios, eventualmente realizados con posterioridad por el causante, cuyo contenido contravenga lo establecido en el pacto precedente. También será el momento en el que se verificará si lo

52 R.M^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 368; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3^o, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 1983, pp. 380-381.

dispuesto en el propio pacto sucesorio perjudica en alguna medida los derechos de los legitimarios, procediendo entonces, en dicha medida, su reducción.⁵³

VI

En cuanto a los requisitos de capacidad para el otorgamiento de estos pactos, se exige no ya la capacidad precisa para testar y suceder, sino la requerida con carácter general para realizar negocios dispositivos entre vivos.⁵⁴ La premisa es que, aunque el pacto no implique entrega de bienes de presente sino transmisión para después de los días del disponente, siempre acarreará para el causante una limitación de su libertad de testar y modulará sus facultades dispositivas. Desde el punto de vista del instituido por el pacto resulta necesaria la capacidad para obligarse, dado que la aceptación de una herencia, por más que se produzca en virtud de una institución contractual, presenta carácter oneroso. Esta exigencia se acentúa si de lo que se trata es de renunciar o disponer de los derechos que se tienen en la herencia de otro. En cuanto a la representación voluntaria, habida cuenta de la naturaleza personalísima de esta clase de pactos, los otorgantes sólo podrán dar su consentimiento mediante la intervención de un representante provisto de poder especial.

Por lo que se refiere a la forma, se ha considerado adecuado exigir la documentación pública, exigencia que va de suyo cuando el otorgamiento del pacto se realice en capitulaciones matrimoniales (art. 1327 CC). En el caso de la mejora irrevocable realizada mediante contrato oneroso celebrado con un tercero, pacto que ya venía siendo admitido excepcionalmente en el sistema del Código civil y que no hay inconveniente en que subsista, se puntualiza la necesidad de que dicho contrato conste en documento público (Cfr. la nueva redacción dada al art. 827 *in fine* CC). Puesto que los contratos sucesorios

53 Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 311; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 383.

54 R.Mª ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 363.

a menudo tienen por objeto bienes inmuebles, el acceso de los mismos al Registro de la Propiedad estará garantizado merced a esa documentación pública.⁵⁵

Artículo 1º.-

Se añade un nuevo Capítulo II bis en el Título III del Libro III del Código Civil, a continuación del actual Capítulo II de dichos Título y Libro, bajo el epígrafe «De la sucesión contractual». Dicho Capítulo II bis se compondrá de un total de ocho artículos, que comenzarán con el número 911 bis y finalizarán con el número 911 novies, organizados en tres secciones. El contenido respectivo de esos artículos será el que se señala a continuación.

Sección 1ª.- De los pactos sucesorios en general

Artículo 911 bis CC.-

1. Serán válidos, de acuerdo con lo dispuesto en este Capítulo, los pactos celebrados antes de la apertura de la sucesión de una persona en los que se convenga la institución, la renuncia o la disposición de derechos relativos a la herencia de dicha persona.

Este precepto contempla la regla general de admisión de pactos sucesorios en el sistema del Código civil, invirtiendo la pauta que hasta ahora venía marcada en el art. 1271.II CC,⁵⁶ conforme al cual estaban vedados

55 Vid. art. 14 LH (desarrollado por el art. 77 RH), que admite, entre otros, el contrato sucesorio como título de la sucesión hereditaria a efectos del Registro.

56 Este precepto exceptuaba tan sólo la partición del caudal entre vivos y otras operaciones particionales, conforme al art. 1056 CC. Sin embargo, como he sostenido en R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, pp. 62-70, alineándome con una corriente doctrinal bastante numerosa, tales particiones no pueden considerarse auténticos pactos sucesorios. Paradójicamente, el art. 1271.II CC nunca ha mencionado las genuinas excepciones a la prohibición de pactos sucesorios, que han permanecido en el Código civil envueltas en un halo de irrealidad. Sería el caso de la mejora irrevocable (art. 827 CC), la promesa de mejorar o no mejorar (art. 826 CC) y las donaciones *propter nuptias* de bienes futuros para caso de muerte hechas en capitulaciones antenuptiales entre futuros esposos (art. 1341.II CC). Para el análisis de estas tres figuras, sobre cuya naturaleza de pacto sucesorio hay consenso generalizado, me remito de nuevo a mi trabajo *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, pp. 77-107.

los contratos que tuviesen por objeto la herencia futura de una persona. Naturalmente, es de esencia de los pactos sucesorios el que se otorguen con anterioridad a la apertura de la sucesión del causante. Se opta por admitir los tres tipos de pactos sucesorios que se han venido distinguiendo a nivel teórico, superando por tanto los habituales recelos hacia la tercera modalidad, la de los pactos dispositivos. La mayor parte de la regulación contenida en este Capítulo —la Sección 2ª del mismo— va referida a los pactos institutivos, dispensándose a los renunciativos y dispositivos un tratamiento reducido en sendos artículos ubicados en la 3ª sección.

2. Los pactos sucesorios serán irrevocables por decisión unilateral de uno de los otorgantes, a salvo lo dispuesto en el art. 911 sexies para los pactos institutivos. En cambio podrán dejarse sin efecto, total o parcialmente, si concurriere de nuevo el consentimiento de quienes los hubieran otorgado.

Este apartado se asienta sobre la bilateralidad negocial de los pactos sucesorios, y en definitiva sobre su naturaleza contractual, que es la que determina la irrevocabilidad de las disposiciones o estipulaciones en ellos dispuestas. Ello no es sino aplicación del principio *pacta sunt servanda*, asentado a su vez en preceptos como los arts. 1091, 1254, 1256 y 1258 CC. A diferencia del testamento, que se caracteriza por ser un negocio de naturaleza eminentemente revocable (art. 737 CC), el pacto sucesorio vincula a las partes de tal modo que no podrá dejarse sin efecto unilateralmente.⁵⁷

Eso sí, se prevé que mediante un nuevo concurso de voluntades de quienes lo otorgaron, el pacto quede sin eficacia, en todo o en parte, por mutuo disenso. Esta posibilidad es admitida generalmente en los ordenamientos

57 La irrevocabilidad unilateral es presentada como rasgo definitorio de los pactos sucesorios por la generalidad de la doctrina. Véase R.Mª ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 365; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 380; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 310; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 328; E. ROCA i TRÍAS, en *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 293; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989 (reimp. 1990), p. 507; J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 2002, p. 23.

forales. Pueden verse los arts. 85.1 LASCMB, la ley 182.I FNN, el art. 74.I TRCDBC, los arts. 80.3 y 184 LDCFPV ó el art. 132.1.a) LDCG. En Cataluña, dado que los heredamientos sólo pueden vehiculizarse en capitulaciones matrimoniales, se debe atender a la regla que permite modificar o dejar sin efecto lo dispuesto en tales capitulaciones, en concreto el art. 18.1 CFC, a tenor del cual es preciso que concurra la voluntad no sólo de heredante y heredero, sino en general de todos cuantos suscribieron las capitulaciones o sus respectivos herederos. En Alemania, dicha posibilidad se contempla en el § 2290 BGB, y en Suiza en el art. 513 de su CC.

La regla de la irrevocabilidad no impide que las partes hayan acordado que una de ellas quede investida con la facultad de revocar unilateralmente el pacto, facultad en su caso sometida a la concurrencia de determinada causa. Asimismo, tiene sentido que el pacto sea revocable si el instituido incumple la obligación o carga que se le hubiera impuesto, o incurriere en causa de indignidad o desheredación. Lo veremos *infra* al analizar el art. 911 sexies CC.⁵⁸

3. Los pactos sucesorios podrán tener naturaleza tanto gratuita como onerosa. En el caso de que se otorguen con causa onerosa, las partes podrán defender su derecho de crédito conforme a las disposiciones generales de las obligaciones y contratos.

Se contempla la posibilidad de otorgar cualquiera de los tres tipos de pactos sucesorios tanto con carácter gratuito como oneroso, pues no se ven razones para considerar a ninguno de ellos como esencialmente oneroso o gratuito. La onerosidad resaltará el carácter contractual del pacto, por mucho que su ejecución se aplaze hasta después de la muerte del *de cuius*. Cuando el pacto tenga causa onerosa (v. gr. institución de heredero que se pacta contra una prestación en vida del instituyente), es lógico que las partes —con matices, en el caso del instituido— puedan hacer recurso del instrumental propio del Derecho de obligaciones en orden a lograr la defensa de su derecho de crédito.⁵⁹

58 Sobre el dogma de la irrevocabilidad de los pactos sucesorios y sus excepciones, procede remitir a M^o P. GARCÍA RUBIO, «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre 2000), pp. 1474.-1476.

59 Vid. P. PIOTET, «Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo I, Univ. de Navarra, Pamplona, 1969, p. 499.

En Alemania, el § 2295 BGB prevé que el causante pueda resolver una disposición sucesoria contractual si se adoptó en consideración a una obligación asumida por el designado, y dicha obligación resulta sobrevenidamente invalidada antes de la muerte del causante (si la obligación queda sin más incumplida el contrato no sería susceptible de resolución, pero sí de impugnación ex §§ 2281 y 2078.2 BGB). En Suiza, si el pacto confiere a una de las partes la facultad de reclamar una prestación entre vivos, dicha parte puede instar la resolución del vínculo si dicha prestación no se cumple o garantiza tal y como había sido convenido (art. 514 CC suizo). En algunos ordenamientos forales españoles se prevé la resolución del pacto a instancias del causante cuando el instituido incumpla gravemente las cargas, prestaciones o condiciones que le hubieran sido impuestas (Cfr. art. 86.1.b/ LASCMS, art. 79.2 LDCFPV ó art. 132.1.b/ LDCG).⁶⁰

Artículo 911 ter CC.-

Para su validez, los pactos sucesorios deberán plasmarse en escritura pública, con independencia de que se materialicen o no en capitulaciones matrimoniales. Sus otorgantes deberán tener la capacidad de obrar general o en su caso la capacidad especial que excepcionalmente se admita para otorgar capitulaciones matrimoniales. El consentimiento podrá prestarse mediante representante voluntario provisto de poder especial. En el caso de menores o incapacitados sometidos a representación legal, sus padres o tutor necesitarán recabar autorización judicial para prestar consentimiento al pacto en nombre de su representado.

La exigencia de documentación pública como requisito esencial está en consonancia con lo previsto en la práctica totalidad de los ordenamientos forales con respecto a los contratos sucesorios en ellos regulados. En tal sentido, pueden verse el art. 62 LASCMS, la ley 174 FNN, el art. 67 CSC, los arts. 12, 50 y 72.1 TRCDCB, y los arts. 74 y 179 LDCFPV. En el caso de Galicia, su Ley de Derecho Civil exige sólo la escritura pública como requisito de validez para el usufructo de viudedad y las apartaciones (arts. 118 y 135 LDCG), pero no lo hace con el pacto de mejora ni con el derecho de

⁶⁰ Sobre este tema se vuelve *infra*, cuando en el art. 911 sexies CC se abordan las posibles causas de revocación de los pactos institutivos.

labrar y poseer.⁶¹ Fuera de nuestras fronteras, la documentación notarial de los pactos sucesorios es reclamada, en Alemania, por el § 2276 (pactos de institución), el § 2348 (pactos de renuncia) y el § 311b (5) (pactos dispositivos excepcionalmente admitidos), y en Suiza por el art. 512 de su CC, el cual exige para el pacto sucesorio las mismas solemnidades que para otorgar testamento, incluida la presencia de dos testigos.

La trascendencia *mortis causa* del acto, su posible afectación a intereses de terceros, su habitual carácter gratuito, así como su probable proyección sobre bienes de variada naturaleza, incluidos inmuebles, aconsejan esa solución. La documentación pública es exigida más allá de que ese requisito venga dado por el hecho de que el pacto se canalice a través de capitulaciones matrimoniales,⁶² las cuales, como se sabe, deben constar en escritura pública como requisito esencial (art. 1327 CC).

Por lo que se refiere a la capacidad, la exigencia de que el otorgante de un pacto sucesorio haya alcanzado la capacidad de obrar general nuevamente aparece contemplada en los ordenamientos civiles forales que regulan la sucesión contractual,⁶³ a veces proyectada particularmente sobre los pactos de tipo renunciativo.⁶⁴ No son pues de aplicación los más flexibles criterios de capacidad previstos para la aceptación de donaciones.⁶⁵ Cuando los pactos sucesorios se canalicen a través de capitulaciones matrimoniales, habrá que considerar las reglas especiales relativas al otorgamiento de las mismas.⁶⁶

61 Ha mostrado su preocupación por este aspecto, y en general por el hecho de que la Ley gallega no contemple unas disposiciones generales sobre pactos sucesorios, D. BELLO JANEIRO, *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 85-86, quien propone reformar la LDCG para incorporar unas disposiciones generales de ese tipo en las que, entre otras cosas, se estableciera la necesidad de documentación pública.

62 En algunos ordenamientos, como el catalán, ya se ha dicho que los pactos sucesorios —heredamientos— sólo pueden otorgarse en capitulaciones matrimoniales (art. 67 CSC).

63 Vid. Art. 67 CSC, art. 63 LASCMI o ley 173 FNN.

64 Vid. arts. 77 TRCDCB ó 135 LDCG. El art. 50 TRCDCB exige la emancipación para poder otorgar el pacto de definición.

65 Subraya este aspecto R.M^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 364, y le siguen tanto J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3^o, 8^a ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 309, como J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3^o, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 378. En la Compilación balear es muy explícito su art. 12 relativo a las donaciones universales, el cual requiere en el donante la libre disposición de sus bienes, y en el donatario «capacidad para contratar».

66 Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3^o, 8^a ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, pp. 308-309.

El art. 1338 CC viene permitiendo que el menor no emancipado que con arreglo a la ley sea apto para casarse, realice donaciones por razón de matrimonio en capitulaciones matrimoniales, con autorización de sus padres o tutor, y no hay que olvidar que una de esas donaciones por razón de matrimonio, la del art. 1341.II CC, constituye un auténtico pacto sucesorio.

El carácter personalísimo de los pactos sucesorios determina la inviabilidad de prestar el consentimiento a través de representante dotado de poder general, pero no impide que dicho consentimiento se preste mediante representante dotado de un apoderamiento *ad hoc*. Se ha seguido en esto la línea más flexible del CSC (art. 67) y del TRCDCB (art. 12), rechazando la opción más rígida de otros ordenamientos forales que exigen la comparecencia personal de los otorgantes (art. 64 LASCMI), o a lo sumo la prestación del consentimiento a través de un *nuntius* (art. 173 FNN).⁶⁷ También en Galicia se predica el carácter personalísimo del pacto de mejora en el art. 129 LDCG.⁶⁸

Tratándose de menores o incapacitados bajo patria potestad o tutela, el otorgamiento del pacto no podrá hacerse por los padres o el tutor sin contar con autorización judicial, en la línea de lo ya dispuesto en artículos del Código Civil como el 166.II para la repudia por parte de los padres de la herencia o legado deferidos al hijo sometido a su patria potestad, o el 271.4º para cuando el tutor pretende repudiar o aceptar sin beneficio de inventario la herencia a la que haya sido llamado el tutelado.⁶⁹

67 En efecto, interpretando la ley 173 FNN, dice J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXVII, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1998, p. 193, que «[L]a persona en quien se delega no actúa, propiamente, como un apoderado del delegante, sino, más bien, como un simple *nuntius* o portador material de la voluntad de dicho delegante».

68 Mª P. GARCÍA RUBIO, «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre 2000), p. 1419, sugiere que esta regla, que debe interpretarse en el sentido de excluir toda actuación a través de representante o *nuntius* en el otorgamiento del pacto, ha de considerarse extensiva a los demás pactos sucesorios regulados en Galicia, a falta en la LDCG de unas disposiciones comunes a toda la materia.

69 Comentando la regulación de la apartación gallega, Mª P. GARCÍA RUBIO, «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre 2000), p. 1418, entiende en cambio que «la exigencia de plena capacidad de disposición impide (...) que entre en juego la llamada representación legal». Esa plena capacidad de disposición de los intervinientes en la apartación la exige el art. 135 LDCG.

Sección 2ª.- De los pactos sucesorios institutivos

Artículo 911 quater CC.-

1. Son pactos institutivos aquellos por los que el causante ordena, de común acuerdo con otra persona, instituir a un sujeto como heredero o legatario sobre bienes de su herencia. Dicha institución puede otorgarse por el causante a favor del otro contratante, o por ambos contratantes recíprocamente o a favor de un tercero que no concorra al pacto. Podrán establecerse en un mismo pacto varias instituciones, a título universal o particular.

Lo característico de los pactos institutivos es, por un lado, la necesaria intervención en ellos del *de cuius*, y por otro su finalidad de ordenar la institución de un sujeto en su herencia a título universal o particular. No es imprescindible que el sujeto instituido concorra al otorgamiento del pacto, pudiendo ser un tercero ajeno al mismo. Asimismo, el pacto institutivo puede determinar la designación exclusivamente a favor de uno de los otorgantes, o bien la designación recíproca de ambos, uno en la herencia del otro.

Esta definición legal de pactos institutivos está inspirada, sobre todo, en la que se ofrece en la Ley 177 FNN, donde se señala que «[L]os pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular (...)». También la LASC, con relación a los pactos institutivos, distingue entre la institución a favor de contratante, la recíproca y la hecha a favor de tercero, así como admite la institución tanto a título de herencia como de legado (vid. sus arts. 65, 70, 80 y 82). En Cataluña, el art. 67 CSC señala cómo los heredamientos «podrán ser otorgados a favor de cualquiera de los contratantes o de ambos; de los hijos o descendientes de éstos, y de los contratantes entre ellos con carácter mutuo».

En fin, no se ve inconveniente en que un mismo pacto sirva de vehículo a más de una institución de heredero o legatario, más allá del pacto de institución recíproca. Por ejemplo, los padres pueden acordar instituir herederos o legatarios a varios de sus hijos o descendientes, o sendos progenitores de dos futuros esposos pueden acordar en las capitulaciones matrimoniales de éstos, instituirles respectivamente en sus herencias.

2. Salvo que las partes dispongan otra cosa, se entenderá que la transmisión de los derechos al instituido tendrá efectos sólo para después de los días del instituyente.

La institución de presente a título universal se proyectará sobre los bienes de que sea titular el instituyente al otorgamiento del pacto, salvo aquellos que se hubiese reservado, que deberán respetar el límite mínimo señalado en el art. 634. Los bienes que el instituyente adquiera con posterioridad al pacto pasarán al instituido a modo de una transmisión para después de los días.

No hay obstáculo en admitir que el pacto puede conllevar, además de la transmisión de bienes al instituido para después de los días del instituyente, una transmisión actual de bienes; ahora bien, parece razonable que en defecto de estipulación expresa al respecto, se presuma que la transmisión de los bienes no tendrá efecto sino tras la apertura de la sucesión.

Cuando se instituya al heredero a título universal con transmisión actual de bienes, el alcance de la institución se contrae al patrimonio actual del instituyente, no adquiriendo el instituido ningún derecho sobre los bienes futuros de aquél hasta que sobrevenga la apertura de la sucesión. Del patrimonio actual del instituyente habrá que detraer los bienes que éste se hubiera reservado en el propio pacto. El alcance de esa reserva deberá estar en consonancia con el límite que el art. 634 CC marca a las donaciones de todos los bienes presentes del donante, a saber: el mantenimiento en régimen de propiedad o de usufructo de aquello que se estime necesario para vivir en un estado acorde a sus circunstancias⁷⁰.

La solución acogida en esta norma se inspira en gran medida en el modelo del Derecho civil aragonés. El art. 71.2 LASCAM, relativo a los pactos institutivos a favor de contratante, indica que «[N]o disponiéndose claramente lo contrario, se entenderá que la institución es para después de los días». El primer apartado del art. 74 LASCAM dispone que «[E]n la institución de presente de heredero universal, el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente al otorgamiento del pacto, salvo los que se hubiera reservado», añadiendo a continuación el siguiente apartado que «[S]alvo pacto en contrario, los bienes que el instituyente adquiera con posterioridad pasarán al instituido en la forma establecida para la institución para después

⁷⁰ Un límite semejante es fijado en el art. 13.IV TRCDCB para las donaciones universales admitidas en la isla de Mallorca.

de los días». Es en este último punto donde se percibe la divergencia, pues el precepto que estamos anotando no admite ese pacto en contrario. La razón es que se ha estimado más adecuado dejar que las partes suscriban, en su caso, un nuevo pacto en el que transmitir de presente nuevos bienes al instituido, en lugar de dejar que ese efecto se desate en virtud de una estipulación que, por definición, habrá sido acordada con anterioridad al ingreso de nuevos bienes en el patrimonio del instituyente.

También en Cataluña el legislador ha optado por dar preferencia a la institución con eficacia para después de los días (vid. art. 71.III CSC, que señala cómo, si no se precisase otra cosa, se entenderá que el heredamiento es simple o de herencia). Cuando el heredamiento fuese cumulativo, la transmisión de bienes de presente se circunscribirá a aquellos «que a la sazón tenga el heredante», salvo algunas excepciones. Los que obtenga el heredante en lo sucesivo los adquirirá el instituido a la apertura de la sucesión, aunque de nuevo se prevé que por pacto expreso las partes acuerden que pasen al heredero «a medida que el heredante los vaya logrando» (vid. art. 84 CSC), posibilidad que —insisto— no se ha querido incluir en el art. 911 quater.2 CC.

En otros ordenamientos forales se admite que la institución implique una transmisión de presente de los bienes o bien una designación sucesoria *post mortem*, pero no siempre se determina una preferencia legal por una u otra modalidad (vid. arts. 74, 77 y 78 LDCFPV y ley 177.III FNN)⁷¹.

Cuando lo transmitido sean o puedan ser inmuebles, el art. 77 RH señala el diferente tratamiento registral de los contratos sucesorios que comporten transmisión *post mortem* frente a los que impliquen transmisión actual de bienes. Su primer apartado establece que «[E]n la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio se consignarán, además de la denominación que en su caso tenga la institución en la respectiva legislación que la regula o admita, las estipulaciones pertinentes de la escritura pública, la fecha del matrimonio, si se tratase de capitulaciones matrimoniales, y, en su caso, la fecha del fallecimiento de la

71 Para el caso de Navarra, J. NAGORE YÁRNOZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXVII, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1998, p. 268, comenta que los pactos institutivos con transmisión de presente han sido siempre los más habituales. De tales pactos dice J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXVII, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1998, pp. 228-229, que serían negocios mixtos de institución de heredero con donación aneja.

persona o personas que motiven la transmisión (...)», mientras que en el apartado tercero de ese mismo precepto indica que «[C]uando, por implicar el contrato sucesorio, heredamiento o institución de que se trate, la transmisión de presente de bienes inmuebles, se hubiera practicado la inscripción de éstos antes del fallecimiento del causante o instituyente se hará constar en su día tal fallecimiento por medio de nota al margen de la inscripción practicada, si bien habrá de extenderse el correspondiente asiento principal para la cancelación de las facultades o derechos reservados por el fallecido, en su caso».

3. En los pactos institutivos podrán establecerse sustituciones, condiciones, cargas, reservas, cláusulas de reversión u otros mecanismos análogos de modulación de los derechos del instituido, siempre que se respeten los límites marcados para los testamentos y las donaciones.

Estamos ante lo que puede considerarse una «cláusula de estilo» en los ordenamientos forales que contienen disposiciones generales sobre los pactos sucesorios,⁷² si bien, como ha señalado algún autor, se trata de una norma oportuna aunque no imprescindible⁷³.

Parece lógico no limitar la autonomía de la voluntad de las partes para establecer esta clase de mecanismos tendentes a modular los derechos del instituido. Algunos de ellos están más próximos al ámbito testamentario, mientras que otros —como las reservas o las cláusulas de reversión— pertenecen al instrumental típico de las donaciones, y por consiguiente se asociarán a aquellos pactos en los que se consigne una transmisión de bienes de presente⁷⁴. Muchas de estas figuras pueden servir para conjurar el riesgo de una posible premoriencia del instituido con respecto al instituyente.

72 Vid. art. 68 CSC, art. 66.1 LASC, ley 177.I FNN y art. 74 LDCEPV.

73 Lo dice, para una previsión semejante en el Derecho civil catalán, L. PUIG FERRIOL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXVII, vol. 2º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, p. 145.

74 J.L. MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXXIV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987, pp. 174-176, pone como ejemplos de reservas más habituales en la práctica la del usufructo, la de los derechos de uso o habitación y la relativa a facultades de disposición sobre los bienes objeto del pacto. Con respecto a estas últimas, véase sin embargo en nuestra propuesta el art. 911 quinquies.2 CC.

Habrá que estar pues a los artículos del Código civil que admiten esta clase de mecanismos, para verificar cuáles son las limitaciones a las que se refiere este precepto⁷⁵.

4. En la institución a favor de contratante, el consentimiento de éste implica la aceptación de la herencia o legado, por lo que el instituido no podrá, a la apertura de la sucesión, repudiar la herencia o renunciar al legado. Consecuentemente, el instituido heredero que haya concurrido al pacto no dispondrá del derecho de deliberar, aunque sí podrá acogerse al beneficio de inventario.

Una de las consecuencias que los pactos institutivos producen tras la apertura de la sucesión, es que no resulta preciso aguardar a que el instituido acepte la herencia para adquirir la condición de heredero, puesto que dicha condición la ostenta ya desde que prestó su consentimiento al pacto.⁷⁶ Lógicamente, este automatismo sólo se dará cuando la institución se haya determinado a favor de uno de los contratantes, no cuando los otorgantes hayan acordado la institución a favor de un tercero que no concurre al pacto, supuesto en el cual el instituido sí dispone del *ius delationis*.⁷⁷

75 Véanse arts. 774 a 789 CC sobre las sustituciones, arts. 790 a 805 CC, sobre instituciones condicionales o a término, ó arts. 619 y 634 a 643 CC sobre cargas, reservas y cláusulas de reversión en las donaciones. Sobre los modos o cargas que pueden imponerse a herederos o legatarios, vid. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de A. LUNA SERRANO], pp. 283-287. Comentando el precepto del Derecho aragonés antecedente del actual art. 66.1 LASCMI, J.L. MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXXIV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987, pp. 179-181, se refiere a los tipos de cargas más habituales, como serían la obligación de asistencia al instituyente o instituyentes, la obligación de asistencia a otros parientes, normalmente hermanos del instituido, y el deber de convivencia del instituido con los instituyentes.

76 Vid. R.Mª ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 369; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], p. 328; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 311; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 382; L. PUIG FERRIOL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXVII, vol. 2º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, p. 209.

77 En Aragón, el art. 82 LASCMI puntualiza que «[E]n el pacto sucesorio a favor de tercero, no podrá éste aceptar la herencia o adquirir el legado hasta que, fallecido el instituyente, no se le defieren».

Así pues, el contratante instituido por el pacto no puede hacer uso del derecho de deliberar, ni está facultado para repudiar la herencia o renunciar al legado,⁷⁸ pero puede acogerse al beneficio de inventario,⁷⁹ pues no hay razón para que el instituido contractual deba necesariamente responder de las deudas de la herencia *ultra vires hereditatis*.

En Cataluña, el art. 76 CSC dice, análogamente a lo previsto en este precepto, que «[F]allecido el heredante, el contrayente a cuyo favor haya sido otorgado el heredamiento será heredero sin poder repudiar la herencia, pero podrá hacer uso del beneficio de inventario (...)». En el caso aragonés, para la institución a favor de contratante, el art. 70 LASCMS señala la imposibilidad de que el instituido repudie la herencia o renuncie al legado.

5. En caso de que la institución se haya pactado con transmisión de bienes de presente, el heredero deberá responder con ellos de las deudas del causante anteriores al pacto, aunque cabrá excusión de los bienes y derechos que el instituyente se hubiese reservado. Con respecto a las deudas posteriores al pacto, el instituido responde con los bienes transmitidos de presente una vez abierta la sucesión, a menos que se acoja al beneficio de inventario.

Si los bienes sobre los que se proyecta la institución son transmitidos de presente al heredero contractual, eso les hace salir del patrimonio del instituyente, por lo que a partir de ese momento no son bienes que deban seguir sirviendo de soporte patrimonial a los acreedores de este último (art. 1911 CC),⁸⁰ aunque sí lo habrán sido hasta el momento en que se produjo el otor-

78 Vid. R.M^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 369; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3^o, 8^a ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 311; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3^o, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 382. En contra, es decir, partidario de que el heredero contractual pueda repudiar la herencia una vez acaecido el deceso del disponente, véase P. PIOTET, «Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo I, Univ. de Navarra, Pamplona, 1969, p. 498.

79 Vid. R.M^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 369 y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3^o, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 382.

80 Como dice L. PUIG FERRIOL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXVII, vol. 2^o, 2^a ed., EDESA, Madrid, 1990, p. 308, comentando el precepto catalán en el que éste se encuentra basado, «el deudor responde de

gamiento. De ahí la distinción que hace el artículo entre deudas anteriores y posteriores al pacto. Para hacer efectivas esas deudas anteriores, no es descartable que los respectivos acreedores puedan llegar a interponer una acción de rescisión del pacto institutivo en cuestión, con base en los arts. 1291.3º y 643 CC.⁸¹ Parece lógico también que el instituido pueda acogerse al beneficio de excusión con respecto a los bienes que el instituyente se hubiese reservado en el pacto.

Las deudas posteriores al pacto, contraídas y no satisfechas por el causante en vida, se convierten a la apertura de la sucesión en deudas de la herencia. En esa medida el sucesor contractual, en tanto heredero del *de cuius*, puede tener que responder de ellas con su propio patrimonio, del que forman parte sin duda los bienes que hubiese recibido de presente, efecto que sólo podrá neutralizar mediante la solicitud del beneficio de inventario.⁸²

La norma se halla inspirada de manera muy acusada en el art. 86 CSC, conforme al cual «[E]l heredero sólo responderá de las deudas del heredante anteriores al heredamiento, con los bienes transmitidos de presente, y una vez hecha la excusión de los bienes y derechos que el heredante se hubiera reservado.// Respecto a las deudas posteriores al heredamiento, el heredero no responderá, en vida del heredante, con los bienes adquiridos de presente en virtud del propio heredamiento, ni con los suyos propios. Fallecido el heredante, el heredero podrá excluir de responsabilidad los susodichos bienes, si se acoge al beneficio de inventario, que contará desde el fallecimiento del heredante».

De forma algo menos acabada, el art. 76 LASCN se limita a recordar que «[S]obre los bienes transmitidos de presente, los acreedores por deudas

sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, pero no con los que anteriormente formaban parte de su patrimonio, que en el caso de los heredamientos cumulativo y mixto dejan de pertenecerle desde que se otorgó el heredamiento».

81 No para las posteriores, pues es claro que con respecto a ellas el crédito ya nació con una solvencia disminuida por parte del instituyente. Vid. L. PUIG FERRIOL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXVII, vol. 2º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, p. 308.

82 Como dice L. PUIG FERRIOL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXVII, vol. 2º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, p. 309, «si el instituido en heredamiento cumulativo o mixto se acoge al beneficio de inventario (...), sólo responderá de las deudas posteriores al heredamiento con los bienes que adquiera del heredante al tiempo de abrirse su sucesión, pero no con los que se le transmitieron de presente antes del nacimiento de las referidas deudas, ni menos con los suyos propios». En realidad, habría que puntualizar que los bienes transmitidos de presente antes del nacimiento de esas deudas serán tan *proprios* del instituido como otros que pudiera haber en su patrimonio.

contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio tienen preferencia respecto de los acreedores del instituido», mientras que el art. 79 LASCN señala cómo «[L]os bienes objeto de la institución para después de los días responden de las deudas contraídas por el instituyente».

Artículo 911 quinquies CC.-

1. Los pactos institutivos válidamente otorgados revocarán cualquier disposición testamentaria anterior en la medida en que sea incompatible con lo que en ellos se disponga. El instituyente no podrá, mediante testamento posterior al pacto, disminuir cuantitativa o cualitativamente el derecho del instituido. Podrá en cambio hacerlo en un pacto institutivo posterior al que den su consentimiento quienes otorgaron el pacto originario.

La voluntad *mortis causa* expresada en testamento es esencialmente revocable por un ejercicio posterior de esa misma voluntad. Este principio, plasmado en el art. 737 CC, venía hasta ahora subordinado a que la nueva voluntad del causante se manifestara igualmente a través de un segundo testamento (art. 738 CC), bastando incluso con que el testador no manifestase su intención de que el anterior quedare subsistente total o parcialmente (art. 739 CC). Pues bien, a la modificación de esos preceptos (vid. *infra*), para que admitan la posibilidad de que esa revocación testamentaria se canalice mediante el otorgamiento de un pacto sucesorio posterior, cauce sin duda igualmente apto para que el causante renueve su voluntad *mortis causa*, conviene añadir en esta sede cuál será el modo en el que operará esa revocación; que no es otro que el de una revocación automática, total o parcial, por el hecho de que lo dispuesto en un testamento anterior resulte incompatible con lo previsto en el pacto sucesorio posterior. Así pues, no es necesario que los otorgantes manifiesten expresamente su voluntad de revocar lo previsto en ese testamento anterior incompatible con la voluntad actual del causante. El testamento perderá parcialmente su eficacia, si la incompatibilidad detectada fuese solamente parcial.⁸³

La norma de este primer inciso del art. 911 quinquies CC coincide con su homóloga del art. 70 CSC, conforme a la cual el heredamiento válido revocará

⁸³ Como señala J.L. MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXXIV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987, p. 167.

el testamento, codicilo, memoria testamentaria o donación por causa de muerte anterior a su otorgamiento. Véanse también los arts. 75.I y 183 LDCFPV. En otros ordenamientos forales la virtualidad del pacto sucesorio para dejar sin efecto lo dispuesto en un testamento anterior se señala en sede de revocación testamentaria (vid. art. 117 LASCAM, ley 210 FNN, art. 70.II TRCDCB).

La segunda parte del precepto hace prevalecer las disposiciones contenidas en un pacto sucesorio institutivo, en este caso frente a las hipotéticas disposiciones testamentarias otorgadas por el causante con posterioridad a la celebración del pacto. Ídem frente a ulteriores instituciones contractuales que mermen el derecho del instituido,⁸⁴ siempre que no las hayan consentido quienes suscribieron el pacto originario. Esta disposición es consecuencia de la irrevocabilidad unilateral de los pactos sucesorios, a salvo las excepciones legalmente admitidas, que se verán en el artículo siguiente. No hay inconveniente en cambio en que el pacto sucesorio quede sin efecto por un convenio posterior al que presten su consentimiento los mismos otorgantes, tal y como se ha visto en el art. 911 bis.2 CC.

En Cataluña, la segunda proposición del art. 70 CSC determina la ineficacia de los testamentos, codicilos, memorias testamentarias y donaciones por causa de muerte otorgados con posterioridad a un heredamiento, salvo que afecten a bienes expresamente excluidos de éste, o se mantengan dentro de la reserva para testar en él acordada. En Aragón la irrevocabilidad de un pacto sucesorio por un testamento posterior habría que deducirla del art. 85.1 LASCAM, según el cual «[L]as estipulaciones contractuales pueden modificarse o revocarse mediante pacto sucesorio celebrado por las mismas personas o sus herederos». Ídem, en Navarra, a través del primer párrafo de la ley 182 FNN, en Baleares, en virtud del art. 74.I TRCDCB, o en el País Vasco, merced a lo dispuesto en los arts. 75.II y 184 LDCFPV.

84 Es la solución que proponen T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R.M^a ROCA SASTRE, 2^a ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, p. 384, con base en lo dispuesto en el § 2289.1 *in fine* BGB. Ídem los autores de la adaptación española de este Tratado (p. 391), tomando como referencia el art. 826.II CC («[L]a disposición del testador contraria a la promesa [de mejorar o no mejorar] no producirá efectos»). R.M^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 365-366, puntualiza que si el causante instituyese nuevo heredero, por contrato o testamento, dicha institución quedaría inoperante excepto en la parte referida a bienes sobre los cuales, eventualmente, se hubiese reservado disponer.

2. El otorgamiento de un pacto institutivo no priva al instituyente de las facultades de disposición sobre sus bienes por actos entre vivos, si bien estos actos podrán ser impugnados cuando se aprecie una intención de defraudar o perjudicar los derechos del instituido. El instituyente, salvo pacto en contrario, perderá sus facultades de disposición con respecto a aquellos bienes objeto del pacto que, en su caso, hayan sido transmitidos de presente al instituido.

A la apertura de la sucesión, el instituido a título particular podrá hacer valer su derecho frente a un tercero adquirente del bien de acuerdo con las reglas sobre publicidad posesoria y registral.

La norma contenida en la primera parte del precepto se apoya en la constatación de que el límite a las facultades del instituyente para disponer entre vivos de los bienes objeto del pacto se relaciona, en definitiva, con el dato de que el instituido quede a resguardo de un ejercicio de esas facultades presidido por la finalidad de perjudicar o defraudar su derecho,⁸⁵ circunstancia en la que, como cualquier otro acreedor que dispone de un título contractual, el instituido podría instar la rescisión del acto fraudulento.⁸⁶ Todo apunta a que, en los pactos institutivos a favor de tercero, el cootorgante también estará legitimado para impugnar los actos fraudulentos efectuados por el instituyente.

85 Aunque proyectada específicamente sobre los actos de disposición a título gratuito, ésta es la opinión de R.M^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 366; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5^a ed., Tecnos, Madrid, 1989 (reimp. 1990), p. 508; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3^o, 8^a ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, p. 267; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3^o, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 380; S. PELAYO HORE, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XX, fasc. IV (octubre-diciembre 1967), p. 829. Pensando también en que ese ánimo defraudatorio puede apreciarse aunque el acto de disposición lo sea a título oneroso, vid. T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R.M^a ROCA SASTRE, 2^a ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, p. 393.

86 Se entiende, en vida del instituyente, y se supone que dentro del plazo para ejercitar la acción de rescisión (vid. arts 1291.3^o y 1299 CC). En contra R.M^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 367, para quien el instituido no podrá impugnar esas enajenaciones fraudulentas en vida del instituyente. Otros medios de defensa de su derecho de crédito, como la acción de simulación, también estarían a disposición del instituido. En Cataluña, lo recuerda expresamente el art. 79.III CSC.

Se ha renunciado a la diferenciación —clásica en esta sede— entre actos de disposición a título gratuito y actos de disposición a título oneroso, con independencia de que en el caso concreto sea mucho más simple argumentar la existencia de fraude en el primer caso que en el segundo. Por descontado, también se descarta la opción maximalista de privar al instituyente por completo de sus facultades de disposición por actos gratuitos, opción que como luego veremos se sigue en algunos ordenamientos forales.⁸⁷

Serán trasladables a este ámbito las presunciones de fraude de los arts. 643.II y 1297.I CC,⁸⁸ si bien en conjunto la acción de rescisión será difícil de adaptar al caso que nos ocupa, pues el instituido por pacto sucesorio, cuando lo ha sido a título universal y sin transmisión de presente, es acreedor de bienes futuros, en forma de una porción sobre el caudal relicto del causante. La dificultad estriba pues en determinar el alcance de su derecho, a fin de estimar si el deudor, esto es el instituyente, ha perjudicado o no el crédito mediante su acto de disposición. A tal fin, aunque no sea un criterio definitivo, deberá valorarse la consistencia patrimonial del instituyente en el momento de otorgamiento del pacto, pues sin duda esa referencia habrá servido para fraguar en el instituido una expectativa acerca del alcance de la institución hecha a su favor. Adicionalmente, en los casos en que el pacto se haya configurado con carácter oneroso, la contraprestación recibida por el instituyente podrá dar la medida del valor de la institución con la que éste se ha comprometido a favorecer al instituido.

Con todas sus complicaciones, este mecanismo se ha considerado preferible al de dotar al heredero contractual de un sistema de protección de su derecho similar al del legitimario, consistente en incluir en la base de cálculo de las legítimas el valor de las donaciones colacionables hechas en vida por el causante (art. 818 CC), y permitir la reducción de las que, partiendo de

87 La norma ahora comentada tiene pues más semejanza con su homóloga alemana, a saber, el § 2286 BGB, conforme al cual el otorgamiento de un pacto sucesorio no limita el derecho del causante a disponer de su patrimonio por negocio jurídico entre vivos, por más que si el causante hubiese hecho una donación con la intención de perjudicar al heredero contractual, podrá éste, una vez abierta la sucesión, exigir del donatario la restitución de lo donado conforme a las reglas que disciplinan el enriquecimiento injusto (§ 2287 BGB).

88 Conforme al primero, «[S]e presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella», y de acuerdo con el segundo, «[S]e presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito».

esa base, puedan considerarse inoficiosas (art. 819 CC). No parece oportuno exportar al ámbito de la sucesión contractual piezas de un sistema que, como el de las legítimas en el Código civil, se encuentra hoy en franco retroceso y se está viendo sometido a un proceso de profunda revisión.⁸⁹ En fin, se ha estimado más coherente con el carácter contractual de la figura precognitar para el instituido por pacto sucesorio una protección propia del Derecho de contratos y obligaciones.

La manera de afrontar la cuestión de las facultades de disposición entre vivos que conserva el instituyente, es enfocada de manera completamente distinta en casi todos los ordenamientos forales. En ellos se mantiene generalmente una diferenciación entre actos a título gratuito y a título oneroso. En Aragón, por ejemplo, el art. 78.2 LASCAM, relativo al pacto institutivo a favor de contratante para después de los días, establece claramente que para disponer a título gratuito de los bienes objeto de la institución, el instituyente necesitará el consentimiento del instituido, salvo que se trate de liberalidades de uso o de escaso valor, mientras que en el art. 78.1 LASCAM se permite al instituyente disponer a título oneroso de los bienes objeto de la institución, salvo pacto en contrario.⁹⁰ Parecida solución se aplica en Navarra, de conformidad con lo dispuesto en la ley 179.I FNN, y en el País Vasco, a tenor de los arts. 78.II y 182 LDCFPV. En Cataluña, tratándose de un heredamiento simple, es decir sin entrega de bienes de presente, el art. 79.II CSC priva al heredante de sus facultades para disponer de los bienes a título lucrativo, salvo ciertas excepciones, mientras que se le permite hacer actos de disposición a título oneroso, so pena de anulabilidad de aquéllos que realizare en fraude del heredamiento, a menos que el adquirente fuese ajeno al fraude (art. 79.III CSC). La excepción la constituye Baleares, donde, entre las disposiciones de su compilación civil aplicables en Ibiza y Formentera, se establece genéricamente que aunque el instituyente conserve la propiedad de los bienes en los pactos sucesorios que no comporten transmisión actual de bienes, no podrá disponer de tales bienes en fraude del heredamiento, sin distinguir pues entre actos onerosos y lucrativos (art. 75 *in fine* TRCDCB).

89 Me remito a las consideraciones de J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-05), *sub* § 10.2 y 11.

90 Para los pactos institutivos a favor de tercero, se deja al instituyente disponer libremente de sus bienes, tanto por actos lucrativos como onerosos, a menos que otra cosa se haya pactado (art. 83 LASCAM).

Si el pacto comporta, en todo o en parte, transmisión actual de bienes al instituido, el instituyente no conserva facultad alguna de disposición sobre tales bienes, que pasan a engrosar el patrimonio del instituido, a salvo una cláusula de reversión u otras posibles facultades que se haya reservado el instituyente en el pacto. En los ordenamientos forales suele establecerse una regla similar. Así, el art. 75 LASC M señala que «[S]alvo pacto en contrario, el poder de disposición sobre los bienes que le hayan sido transmitidos corresponde al instituido, con las limitaciones establecidas». En el caso de Navarra, la ley 179.II FNN prevé que en los pactos con transmisión actual de bienes el instituyente podrá reservarse la facultad de disponer por cualquier título, o sólo por título oneroso, siendo nulos los actos de disposición no reservados, a menos que medie el consentimiento expreso del instituido. En el País Vasco, cuando el pacto implique transmisión de bienes de presente, los actos de disposición o gravamen sobre los mismos requerirán consentimiento conjunto de instituyente e instituido, salvo pacto en contrario (arts. 77 *in fine* y 181 LDCFPV). En Cataluña, el art. 85 CSC admite que en los heredamientos cumulativos y mixtos, el heredante pueda gravar o enajenar los bienes transmitidos [de presente], bajo ciertas condiciones y para satisfacer necesidades muy concretas, salvo pacto en contra. En Baleares, el art. 76 TRC D C B indica que «[E]n los pactos sucesorios con transmisión actual de bienes el instituyente podrá reservarse la facultad de disponer de ellos por cualquier título».

En el segundo párrafo del artículo se contempla la hipótesis de que el instituyente haya dispuesto, a favor de tercero, del bien objeto de un pacto a título particular sin transmisión de presente. La oponibilidad del derecho del instituido, una vez abierta la sucesión, estará en función de la publicidad de que haya sido dotado su derecho. Recuérdese que el art. 77.1 RH permite la inscripción de bienes «que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio». Tratándose de un bien mueble, el instituido tendrá muchas dificultades para hacer valer su derecho frente al tercero adquirente. Si la posición del tercero fuera inatacable, el instituido a título particular pasará a tener un derecho por el valor estimado del bien. En trance de hacer efectivo ese valor, puede encontrarse con la misma dificultad que el instituido a título universal si acaso el instituyente hubiese vaciado su patrimonio en fraude de su derecho. En semejante tesitura, el instituido podrá ejercitar las acciones rescisorias pertinentes (*vid. supra*), acaso proyectadas —pero no necesariamente— sobre el acto por el que el causante dispuso del bien en que le había

singularmente instituido. En conclusión, cabe pronosticar que raramente se suscribirá un pacto sucesorio institutivo a título particular sobre bienes muebles sin entrega de presente.

Artículo 911 sexies CC.-

1. El instituyente únicamente podrá revocar unilateralmente la designación a favor del instituido:

- a) Si los otorgantes hubieran acordado esa posibilidad, sometida en su caso a alguna causa concreta de revocación.**

Pese a que la irrevocabilidad es nota característica de los pactos sucesorios (vid. ese principio establecido en el art. 911 bis.2 CC), no parece problemático que el instituyente sea investido de una facultad de revocación por acuerdo de ambos contratantes. Lo normal será que el ejercicio de esa facultad de revocación se subordine a alguna causa determinada, concretada en el pacto, pero el precepto que ahora se comenta admite también que se convenga una facultad de revocación no basada en causa alguna.⁹¹

En el ordenamiento alemán se contempla específicamente la posibilidad de que el causante resuelva el contrato sucesorio si en el propio contrato se hubiera hecho reserva de dicha facultad (§ 2293 BGB). En los ordenamientos forales españoles no siempre se admite la posibilidad de estipular una facultad de libre revocación a favor del instituyente, sino que a lo sumo se permite que el pacto sucesorio exprese una o más causas por las que el instituyente

91 T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R.Mª ROCA SASTRE, 2ª ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, p. 386, dicen que esa posibilidad, así como la menos extrema de que el causante simplemente quede facultado para modificar en algún punto la disposición contractual, ponen de manifiesto cómo el principio de vinculación del causante por el pacto sucesorio conoce importantes excepciones, y en definitiva cómo la limitación a su libertad de testar dependerá de lo querido por las partes. Los anotadores españoles por su parte (p. 391), suscriben también que para los casos de pactos sucesorios admitidos en el sistema del CC (los celebrados a favor del adoptado [ya desaparecidos], las donaciones de bienes futuros entre futuros desposados, y las mejoras y promesas de mejorar/no mejorar irrevocables), el disponente podría reservarse expresamente la facultad de revocarlo o denunciarlo unilateralmente. La posibilidad de que el pacto se configure como revocable por voluntad concorde de las partes, sin que ello le haga perder la naturaleza de pacto sucesorio, es aceptada igualmente por P. PIOTET, «Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo I, Univ. de Navarra, Pamplona, 1969, p. 498.

podría revocarlo unilateralmente. Así ocurre en Aragón, a tenor del art. 86.1.a) LASCAM, que alude a la posibilidad del disponente de revocar unilateralmente su disposición paccionada «por las causas expresamente pactadas». En el País Vasco se admite igualmente que los instituyentes revoquen la designación «por las causas pactadas» (arts. 79.1 y 185.1 LDCFPV). Ídem en Navarra, aunque la norma que lo dispone es por remisión la que se refiere a la revocación de las donaciones *propter nuptias* (vid. ley 118.1, al que remite la ley 182.III FNN).⁹² En Baleares no se contempla la posibilidad de revocación unilateral del pacto por el instituyente. En Cataluña, puesto que los heredamientos se canalizan en capitulaciones matrimoniales, sólo se podrán dejar sin efecto por voluntad común de heredante y heredero, así como de todos cuantos suscribieron las capitulaciones o sus respectivos herederos (art. 18.1 CFC).⁹³

b) Por incumplimiento grave de la carga u obligación que hubiera sido impuesta al instituido.

Ya se dijo que los pactos sucesorios pueden tener causa onerosa, y que en tal caso las partes contarán con las prerrogativas que el Derecho de obligaciones y contratos pone a favor del acreedor para defender o ejercitar su derecho de crédito (art. 911 bis.3 CC). También hemos visto el artículo que admite que en los pactos institutivos el instituido sea gravado con alguna clase de carga a favor del instituyente, de un tercero o incluso de sí mismo (art. 911 quater.3 CC). Es lógico que si el instituido incumple gravemente la obligación o carga que se le hubiese impuesto, el instituyente pueda revocar o resolver el pacto, dejando sin efectos la institución prevista.

92 Nótese además que en Navarra, si el pacto se hubiese plasmado en capitulaciones matrimoniales, la ley 81.III FNN exceptúa de la regla de la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales, más allá de los casos de mutuo o conjunto disenso, «las estipulaciones que por pacto expreso o por su naturaleza sean revocables».

93 Con todo, L. PUIG FERRIOL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXVII, vol. 2º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, p. 171, comentando el precepto de la Compilación catalana antecedente del art. 71 CSC, consideraba que «[E]l principio de irrevocabilidad del heredamiento por las disposiciones testamentarias posteriores, (...) no es de derecho necesario, sino que en este punto puede concederse beligerancia a la autonomía de los interesados. Así, en el caso de pactarse un heredamiento con la facultad por parte del heredante de modificarlo en determinados supuestos —por ejemplo, si le nace un hijo varón—, deberá entenderse que podrá ejercitar tal facultad en un testamento posterior».

Por lo común, una norma de estas características está contemplada en los ordenamientos civiles de los territorios forales. Es el caso de Aragón (art. 86.1.b/ LASCMI), País Vasco (arts. 79.2 y 185.2 LDCFPV), Navarra (ley 118.2, por remisión de la ley 182.III FNN, aunque sólo para incumplimiento de cargas esenciales), Baleares (art. 8.II TRCDCB, que prevé el incumplimiento de cargas como causa de revocación de las donaciones universales), y Galicia (art. 132.1.b/ LDCG, situado en sede del derecho de labrar y poseer, pero aplicable también al pacto de mejora en general).⁹⁴ En Cataluña, de nuevo, no se contempla expresamente la posibilidad de revocación por este motivo, pero hay que pensar que los heredamientos dejan, por ley, un margen de actuación relativamente generoso al heredante, quien tiene amplias facultades para disponer de los bienes objeto del pacto tanto en los heredamientos simples (art. 81 CSC), como en los cumulativos y mixtos (art. 85 CSC), en los que además cabe incluir un pacto reversional (arts. 87 a 89 CSC). En Suiza, el art. 514 de su CC dispone que si se hubiese previsto una prestación entre vivos a favor del instituyente, éste podrá resolver el pacto si dicha prestación no ha sido realizada o garantizada conforme a lo acordado.

c) Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o de desheredación.

Como sucesor del causante, el instituido por pacto sucesorio merece el mismo tratamiento que el sucesor legal o testamentario por lo que se refiere a la aplicación de las causas de indignidad, las cuales están enumeradas en el art. 756 CC.⁹⁵ Ciertamente, bastaría con hacer las oportunas adaptaciones en este último artículo para que resultara aplicable a los sucesores contractuales, pero no está de más recordar también en este Capítulo que la eficacia del pacto institutivo puede decaer por causa de indignidad sucesoria. Adicionalmente, dado que el estatus irrevocable que pasa a tener el heredero contractual lo convierte en una suerte de heredero forzoso, parece lógico trasladar también, respectivamente, las causas de desheredación de los arts. 853 a 855 CC.

⁹⁴ D. BELLO JANEIRO, *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 277, atribuye a un error sistemático que los arts. 132 y 133 LDCG se hayan ubicado en la sección que trata del derecho de labrar y poseer.

⁹⁵ Es obvio que en alguno de los casos la indignidad no puede dar lugar a la revocación a instancias del instituyente (art. 756.4° CC), sino que deberá ser hecha valer por otros interesados en la herencia.

Por lo demás, la norma que analizamos es una constante, con mayor o menor alcance, en los Derechos civiles forales. Por ejemplo, en Aragón, el art. 86.1.c) LASCМ admite la revocación unilateral por el disponente «[P]or haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación». En el País Vasco, aún más directamente, se incluye como causa de revocación de la designación por el instituyente, el «haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación» (art. 79.3 y 185.3 LDCFPV). Ídem, en Galicia, el art. 132.1.d) LDCG. En Baleares, hay una contemplación parcial del problema en el art. 74.II TRCDCB, que prevé aplicar las causas de desheredación para revocar los pactos cuando hayan sido otorgados a favor de personas nacederas. En Cataluña, el art. 77 CSC, en sede de heredamientos a favor de los contratantes, regula también, aunque de manera algo más compleja, el caso de que se advierta alguna causa de indignidad sucesoria en el instituido.⁹⁶ En Navarra no hay una contemplación específica de la cuestión en sede de pactos sucesorios, por lo que habría que acudir a la norma general sobre capacidad para adquirir por sucesión (ley 153 FNN). Tanto en Alemania como en Suiza, en cambio, sí se prevé explícitamente la posibilidad de que el pacto sea revocado por las razones que se vienen tratando (vid. § 2294 BGB y 513.2 CC suizo).

2. En todos los casos la revocación deberá hacerse en escritura pública.

Esta disposición es consecuencia lógica de la que ordena que los pactos sucesorios consten en documento público con carácter esencial (art. 911 ter CC), pues la solemnidad de los negocios de revocación, en tanto alcanzan el mismo espectro de intereses, debe ser proporcional a aquélla que acompañó al negocio revocado.

Existe una norma homóloga en la ley aragonesa (art. 85.2 LASCМ), y también la disposición adicional 1ª.2 LDCG indica que «[L]a modificación o extinción de los pactos sucesorios por acuerdo de las partes se ajustarán a las mismas formalidades que el pacto que se modifica o extingue», aunque admite a continuación que el usufructo de viudedad pactado entre los cónyuges sea modificado o extinguido por ellos en testamento mancomunado.

⁹⁶ Del mismo modo, para los heredamientos a favor de los hijos se menciona explícitamente la posibilidad de aplicar las normas sobre incapacidad e indignidad para suceder (art. 90 CSC).

3. En el supuesto de que la institución hubiese ido acompañada de una transmisión de bienes de presente, la revocación del pacto implicará la reversión al instituyente de esos bienes, o de los subrogados en ellos, a menos que las partes hubiesen convenido otra cosa.

La reversión de los bienes dados de presente es una consecuencia que no tiene por qué seguir a la revocación del pacto, y de hecho el precepto deja a salvo que las partes hayan convenido una estipulación en contrario, pero en defecto de la misma resulta razonable que, como efecto concomitante de la revocación, se produzca la reversión de los bienes que hubieran sido transmitidos de presente al instituido. De los mismos o de aquéllos otros que el instituido hubiese adquirido en su lugar. Si los bienes se pierden una vez acaecida la revocación, habrá que estar al régimen de los arts. 1182, 1183 y 1186 CC.

La restitución de la prestación recibida puede considerarse, desde otro punto de vista, consecuencia anudada a una resolución contractual, toda vez que alguno de los casos de lo que aquí se ha llamado genéricamente *revocación* responde en rigor a una acción resolutoria. Si las partes no desplazan por pacto la aplicación de esta norma, la atribución al instituido permanecerá inmutable, se supone, bajo el régimen ya de las donaciones ordinarias.

La norma se inspira en el art. 87 LASC, conforme al cual «[S]i no se hubiera convenido otra cosa, la revocación de la institución de presente produce la reversión al instituyente de los bienes transmitidos al instituido que éste conserve y de los subrogados en ellos». Menos explícitamente, los arts. 81 y 187 LDCFPV se limitan a decir que en los supuestos de resolución o revocación de la designación sucesoria habrá de abonarse el valor de las mejoras e incorporaciones, o nuevas construcciones que hubiese costado el instituido, norma que tiene sentido, sobre todo, cuando la institución hubiese ido acompañada de transmisión actual de bienes, y que parece implicar que en tal caso la revocación dará lugar a una reversión de los bienes al instituyente. En Cataluña, el pacto de reversión previsto para los heredamientos mixtos y cumulativos tiene un campo natural de aplicación, cual es la premoriencia del instituido sin dejar hijos, que nada tiene que ver con una eventual revocación. Ello aparte de que la reversión puede pactarse no sólo a favor del otorgante sino de cualquier otra persona. No obstante, la dicción de la segunda proposición del art. 87.I CSC amplía el ámbito de aplicación del pacto de reversión, cuando señala que «[D]e no haberse previsto el alcance de la reversión, se entenderá establecida para el caso de premorir el

heredero al heredante sin dejar hijos». Teniendo en cuenta las dificultades que hay en Cataluña para admitir la revocación unilateral del pacto (vid. *supra* en las anotaciones al art. 911 sexies.1.a/ CC), cabría pensar en una reversión automática en caso de producirse alguna causa prevista en el heredamiento a tal fin.

4. Cuando el pacto se hubiera otorgado en capitulaciones matrimoniales, la revocación de la institución conforme a lo señalado en el número anterior, no afectará al resto de pactos incluidos en las capitulaciones.

Apenas es preciso aclarar lo que dispone este apartado, pues no hay obstáculo en que subsistan las capitulaciones matrimoniales en las que acaso se hubiese estipulado un pacto institutivo, por el hecho de que posteriormente dicho pacto sucesorio resulte revocado. La pérdida de eficacia parcial no debe abocar a una pérdida de eficacia global.⁹⁷

5. Salvo pacto en contrario, las instituciones pactadas entre cónyuges a favor de uno de ellos o de ambos recíprocamente, quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, hubieran sido declarados judicialmente la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, o se hubieran iniciado los procedimientos tendentes a alguno de esos fines.

Parece lógico presumir que la voluntad de los cónyuges otorgantes de un pacto institutivo sea que las instituciones acordadas por ellos a favor de uno de los dos, o de ambos recíprocamente, decaigan toda vez que con posterioridad el matrimonio haya sido declarado nulo, o el vínculo conyugal se haya extinguido por divorcio, o el juez haya decretado la separación matrimonial. Lo mismo cabe decir cuando alguno de estos procedimientos haya comenzado a ser tramitado en el momento de producirse la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges.

Sin embargo, esa presunción debe ceder cuando los propios otorgantes hayan previsto tales eventualidades, y hayan acordado pese a todo la subsistencia de la institución o instituciones ordenadas en el pacto. Es claro que los cónyuges pueden prever la subsistencia del pacto sólo para el caso de que se

97 Así se prevé en Cataluña para el caso de que el heredamiento pierda eficacia por causa de indignidad. Según el último párrafo del art. 77 CSC, eso no impedirá que subsistan los derechos reconocidos en las capitulaciones matrimoniales a favor de otras personas.

desate alguna de esas crisis matrimoniales y no otras, o que no deseen que la eficacia del pacto decaiga más que si el procedimiento ha desembocado en un pronunciamiento judicial para el momento de abrirse la sucesión de uno de ellos, pero no si para entonces simplemente se hubiera iniciado. También es perfectamente imaginable que, aun producido el divorcio, la nulidad o la separación judicial, los cónyuges deseen la vigencia del pacto si al momento de abrirse la sucesión de uno de ellos el sobreviviente estuviese entonces al cuidado de hijos comunes menores, o de algún hijo hipotéticamente incapacitado. Por cierto que la lógica que anima esta solución contrasta con el tratamiento actual dispensado a la legítima del cónyuge viudo, que incomprensiblemente sólo beneficia al cónyuge que lo fuese en el momento de fallecimiento del causante, dejando sin derecho legal alguno al ex cónyuge o ex cónyuges del *de cuius*. Siguiendo la lógica de las pensiones de viudedad, cabe plantear si no sería más justo que los varios cónyuges que el causante haya podido tener a lo largo de su vida compartan ese derecho legitimario en proporción al tiempo de duración de cada matrimonio.⁹⁸

Tenemos una previsión prácticamente similar a la norma ahora anotada en el Derecho aragonés; se trata del art. 89 LASC. En el País Vasco se encuentran sendos preceptos, aplicables respectivamente en la parte aforada de Vizcaya y en Guipúzcoa, que también abordan el problema del posible divorcio, nulidad o separación del matrimonio en atención al cual se haya otorgado el pacto sucesorio, confiriendo al instituyente la facultad de revocar la designación en semejante testitura; pero no está concebido únicamente para las instituciones acordadas entre cónyuges, ni tampoco admite estipulación en contrario (vid. arts. 79.5 y 185.5° LDCFPV). En nuestro caso, no se ha querido dar un tratamiento específico al pacto realizado por un tercero a favor de uno o de ambos cónyuges en contemplación precisamente del matrimonio. Pero el pacto en cuestión podrá incluir una cláusula de revocación unilateral por el instituyente para el caso de que se produzca alguna de esas crisis matrimoniales.

98 Soy consciente de que la discusión acerca de la legítima del cónyuge viudo y la posible reforma de su regulación gira en torno a otros presupuestos, en gran medida opuestos a éste que sugiero en el texto. Una vez más, he de remitir a J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-05), sub § 10.2.

Artículo 911 septies CC.-

A menos que las partes hubieran dispuesto otra cosa, el derecho del instituido por el pacto será transmisible a sus herederos para el caso de que el instituido premuera al causante. En el caso de ser dos o más los instituidos conjuntamente en la totalidad o una porción de la herencia, sin especial designación de partes a cada uno, podrá acordarse que tenga lugar entre ellos el derecho de acrecer.

Se acepta que el derecho del designado en un pacto institutivo es transmisible por causa de muerte para el caso de que el instituido fallezca antes que el instituyente.⁹⁹ No obstante, se ha considerado preferible que esta consecuencia no se desate si las partes hubieran acordado otra cosa. Así pues, si los contratantes hubiesen hecho uso del margen de autonomía que la norma les proporciona, es claro que ante la premoriencia del instituido, tendría lugar el decaimiento de la institución, y el causante podría volver a disponer libremente del objeto de la misma. Lo acordado por las partes puede implicar, no su total inaplicación, sino un acotamiento de los efectos de la norma, de modo que, por ejemplo, se diga que en caso de premoriencia del instituido su derecho pasará a sus herederos únicamente si se tratara de descendientes.

En principio, a menos que se haya insertado una cláusula de reversión *ad hoc*, cuando el pacto comporte transmisión de bienes de presente, el instituido integrará esos bienes en su patrimonio y como tales harán tránsito a sus sucesores,¹⁰⁰ por mucho que se haya producido su premoriencia respecto del causante, y con independencia de que esa premoriencia influya en algún otro aspecto del pacto.¹⁰¹

99 Nótese, como recuerda J. NAGORE YÁRNOZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXVII, vol. 1º, EDESA, Madrid, 1998, p. 274, que se trata de la transmisión de un derecho ya adquirido por el instituido premuerto, no de la subrogación por ley de determinados herederos en el llamamiento hecho a favor de aquél, como en cambio sucede en el derecho de representación.

100 Vid. en cambio el art. 83.II LDCFPV, que prevé que reviertan al instituyente los bienes objeto de un pacto con transmisión de presente, en el supuesto de premoriencia sin descendencia del instituido.

101 Así lo hacen notar los autores de las notas de adaptación en T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R.Mº ROCA SASTRE, 2ª ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, p. 406.

En los ordenamientos forales, la premoriencia del instituido, incluso cuando el pacto se hubiera verificado sin transmisión actual de bienes, no da lugar necesariamente al decaimiento de la institución.¹⁰² Tanto en Navarra como en Aragón se regula el llamado *derecho de transmisión*, en virtud del cual el instituido premuerto transmite sus derechos a sus descendientes, a salvo lo establecido en el contrato (vid. ley 180 FNN y art. 72 LASCM). Análogamente puede verse en Cataluña el art. 83 CSC para los heredamientos simples, aunque su radio de aplicación es más limitado, porque se habla solamente de hijos y no de descendientes en general. En el País Vasco, dada la premoriencia del instituido, su derecho se transmitirá «a los hijos y descendientes» (art. 83 LDCFPV). En Galicia, el art. 132.1 LDCG prevé, salvo pacto en contra, la transmisión del derecho de labrar y poseer a favor de los descendientes del designado premuerto. En la compilación balear encontramos, entre las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca, la posibilidad de que el beneficiario de una donación universal que premuera al donante transmita a sus herederos los derechos adquiridos en virtud de la donación, salvo pacto en contrario (art. 8.III TRCDCB), mientras que en las disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera, el art. 75 TRCDCB deja claro que los pactos sucesorios que no conlleven entrega actual de bienes quedan automáticamente revocados por premoriencia del instituido.

Como regla de cierre, se establece que pueda haber lugar al acrecimiento por premoriencia en caso de instituciones conjuntas a favor de dos o más instituidos sobre la herencia o una porción de la misma, sin especial designación de partes, convirtiendo en materia dispositiva lo que en sede testamentaria constituye una regla imperativa (art. 982 CC).

Sección 3ª.- De los pactos sucesorios renunciativos y dispositivos

Artículo 911 octies CC.-

Son pactos renunciativos aquellos por los que las partes acuerdan la renuncia, total o parcial, de los derechos de la una en la herencia de la otra, o la transacción sobre los mismos. Dichos pactos podrán establecerse con carácter puro o condicional.

¹⁰² También en la jurisprudencia se halla algún ejemplo en el que se da por bueno que el derecho del instituido por el pacto sea transmisible a sus sucesores en caso de premoriencia. Vid. STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1910 [Col. Leg. de España, tomo XXXVII (1910-III), § 114].

Los pactos renunciativos sólo tienen razón de ser cuando determinados derechos sucesorios hayan de ir a parar de manera forzosa a un sujeto, lo que significa que su objeto lo constituirán básicamente aquellos derechos que aguardan a determinada persona a título de legítima en la herencia de otra. Con todo, en un sistema en el que se admitan con normalidad los pactos sucesorios institutivos —como pasa a ser el del Código civil—, cabe pensar igualmente en un pacto renunciativo cuyo objeto lo constituyan los derechos sucesorios recibidos de otra persona en virtud de un precedente pacto de institución, ya que entonces esos derechos, aunque todavía no consolidados en el patrimonio del instituido, se hallan constituidos a su favor de manera unilateralmente irrevocable.¹⁰³ La hipótesis, ciertamente, será más frecuente en los pactos institutivos a favor de tercero, pues en aquéllos en los que el instituido es a la vez contratante las partes podrán acordar una revocación de mutuo acuerdo, aunque pese a todo no es descartable que prefieran aislar la renuncia de otras eventuales disposiciones del pacto.

El precepto anotado sólo contempla los pactos que el renunciante traba directamente con el causante,¹⁰⁴ si bien es cierto que caben otro tipo de pactos en los que la renuncia no tiene como destinatario al propio causante de la sucesión, sino al sujeto o sujetos que se verá(n) favorecido(s) con ella a título de sucesores del *de cuius*. Lo que ocurre es que esta clase de pacto de renuncia admite mejor ubicación dentro de la categoría de los pactos sucesorios dispositivos, los cuales se tratan en el artículo siguiente.¹⁰⁵

103 Vid. una reflexión análoga en J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXVII, vol. 1º, EDESA, Madrid, 1998, p. 115.

104 Lo mismo que hasta ahora venía haciendo, pero para prohibirlos, el art. 816 CC con los pactos de renuncia o transacción sobre la legítima futura. En mi opinión, eso permitía entender la validez de los pactos de renuncia suscritos entre colegitimarios. Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, p. 158. En general, el sistema del Código civil, pese a la aparente radicalidad del art. 816 CC, no ha sido tan contrario a la configuración de la legítima como objeto de pactos renunciativos en vida del causante. Los efectos de la prohibición, ha dicho P. DE BARRÓN ARNICHES, *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 317, venían a reducirse a la atribución del suplemento de legítima a favor de los renunciantes, así como en su caso —añado yo— a la acción de reducción de la atribución hecha a favor del renunciante instada por el resto de legitimarios.

105 Mº P. GARCÍA RUBIO, «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre 2000), p. 1423, cuando aborda el problema de si el pacto de apartación puede ser otorgado entre el legitimario apartado y un colegitimario que sea quien le satisfaga anticipadamente su legítima, descarta esta posibilidad con

La renuncia a los derechos que se esperaba obtener en la herencia del otro contratante puede enmarcarse en el contexto de un negocio más amplio que alcance la categoría de la transacción, en virtud del cual el renunciante obtenga a cambio de su renuncia la evitación de un pleito o la terminación de uno ya comenzado. El precepto indica —quizás de forma innecesaria— que la renuncia puede ser pura o condicional, y sabemos por el art. 911 bis.3 CC que puede acordarse con carácter gratuito u oneroso. Naturalmente, los pactos de renuncia estarán expuestos a las acciones impugnatorias por parte de los acreedores del causante y del renunciante, en función de si el pacto se configura como oneroso o como gratuito, y supuesto que se acredite un fraude de los derechos de tales acreedores.¹⁰⁶

Los pactos renunciativos están presentes en diversos ordenamientos forales, aunque no siempre están dotados de una regulación sistemática. En Aragón, los contempla el art. 84 LASCN, cuyo contenido viene a dibujar un régimen jurídico idéntico al que se desprende de este art. 911 octies CC. En Navarra, se mencionan como un posible tipo de pacto en la ley 172 FNN, siendo las leyes 155 y 156 las que contemplan la forma y efectos de una renuncia o transacción a la herencia futura. En Baleares, entre las disposiciones para Ibiza y Formentera, el art. 77 TRCDCB se encuadra en una sección titulada «De los pactos de renuncia», en la que se regula el llamado «finiquito» de legítima, un pacto por el que el descendiente legitimario mayor de edad, en contemplación de una donación, atribución o compensación proveniente del ascendiente o de su heredero contractual, acepta renunciar a la legítima o en general a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente. En realidad, este pacto resulta similar, con matices, al de la «definición» mallorquina, pacto renunciativo regulado en los arts. 50 y 51 TRCDCB, y a cuyo régimen remite con carácter supletorio el art. 77 TRCDCB. Finalmente, en Galicia deben mencionarse las «apartaciones», pacto que permite adjudicar en vida la titularidad de determinados bienes a

base en que el art. 146.3 LDCG sólo admite la renuncia o transacción sobre la legítima futura en el caso estrictamente previsto por la ley, siendo así que el art. 134 LDCG parece requerir la presencia necesaria del causante adjudicante de la aportación. A lo que ahora importa, esta autora termina subrayando que dicho hipotético pacto lo sería *de hereditate tertii*, y por ende estaría proscrito en el sistema, como todos los de esa índole.

106 Lo explica muy bien M^a P. GARCÍA RUBIO, «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre 2000), pp. 1477-1481.

favor de un legitimario, quedando éste a cambio totalmente excluido de dicha condición con carácter definitivo, sea cual sea el valor de la herencia al momento de deferirse (art. 134 LDCG).

Artículo 911 novies CC.-

Son pactos dispositivos aquellos por los que uno de los contratantes dispone o renuncia a favor del otro de bienes o derechos que espera recibir por herencia de una tercera persona, sin intervención de ésta y con anterioridad a la apertura de la sucesión. Dichos pactos podrán establecerse con carácter puro o condicional.

Para terminar de cerrar el círculo de los pactos sucesorios, se da entrada en este precepto a los de carácter dispositivo. Su admisión —como se dijo *supra*— ha sido la que siempre ha suscitado más recelo, e incluso su identificación con el concepto de pacto sucesorio ha sido puesta en tela de juicio, sobre la base de que no estarían destinados a regular el destino sucesivo de sus bienes a la muerte de alguno de los otorgantes, sino efectuar una disposición *inter vivos* de los derechos que presuntamente uno de los otorgantes tendrá en la herencia de otro sujeto.¹⁰⁷ Sin embargo no puede dejar de reconocerse la existencia de rasgos comunes con los pactos de tipo institutivo: la convención tiene lugar con anterioridad al momento de apertura de la sucesión, los bienes que constituyen su objeto hacen parte de la futura herencia de una persona,¹⁰⁸ y la plena eficacia de lo pactado sólo sobreviene una vez acaecida la muerte del *de cuius*.

De esta forma, se normaliza lo que antes había que justificar haciendo algunos ejercicios de equilibrismo sobre la barra fija del art. 1255 CC,¹⁰⁹ y se contrapesa definitivamente esa leyenda negra que injustificadamente ha soportado esta figura, pues ni históricamente la prohibición de los pactos *de hereditate tertii* fue tan absoluta como a veces se pretende,¹¹⁰ ni tampoco

107 Vid. M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, ed. E. Jovene, Nápoles, 1976, p. 191.

108 Lo admite también la propia M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, ed. E. Jovene, Nápoles, 1976, pp. 191-192.

109 Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, p. 163.

110 E. VALIÑO, «Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo en Derecho romano», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, tomo II, Universidad de Valencia, 1974, pp. 484-486, nos informa de cómo según el pasaje C. 2.3.30 los pactos sobre la herencia de un tercero, en vida de éste, eran válidos siempre que o bien

en los ordenamientos que actualmente regulan la sucesión contractual se trata de una modalidad completamente proscrita. Así, en Alemania, donde el § 311b (4) BGB declara nulos los contratos sobre el caudal relicto de un tercero en vida de éste, se permiten por excepción los contratos entre futuros herederos legales sobre la porción hereditaria legal o legítima de uno de ellos (§ 311b (5) BGB). Basta que se documenten notarial o judicialmente, no requiriéndose asentimiento alguno por parte del causante. Los pactos sucesorios dispositivos son también admitidos en el Derecho navarro (ley 172) y en el Suizo (art. 636 CC suizo), aunque con un alcance menor, ya que resulta necesario que cuenten con el consentimiento o asentimiento de aquél de cuya herencia se trate.

En los pactos dispositivos no son bienes pertenecientes a su patrimonio lo que el disponente se compromete a transmitir, antes bien lo que asume el disponente es la obligación de transmitir en el futuro —o renunciar a— unos bienes respecto de los cuales mantiene una expectativa de adquisición por vía hereditaria.¹¹¹ La eficacia del pacto, como admite el precepto, puede quedar o no en suspenso hasta el momento en el que esa potencial adquisición se actualice en el patrimonio del disponente. En el primer caso, el pacto permanecería bajo condición suspensiva, como ocurre con la compraventa de cosa futura configurada bajo la variante de la *emptio rei speratae*.¹¹² En el segundo caso, el pacto dará lugar a un vínculo establecido con carácter puro, de modo que el disponente tendrá derecho a percibir la contraprestación aunque la cosa no llegue a existir, es decir, aunque por su parte no haya llegado finalmente a adquirir los derechos sobre la herencia del tercero, ni en consecuencia deba transmitir nada a su contraparte. En esta hipótesis, el pacto

se hiciesen con su consentimiento, o bien quedasen condicionados a que a la muerte del causante la herencia fuese a parar al previsto destinatario suscriptor del pacto. Por otro lado, analizando los textos romanos clásicos que se suelen considerar expresión de la nulidad de los convenios sobre la herencia de un vivo, demuestra este autor (pp. 479-486) cómo lo que realmente se trataba de proscribir eran los convenios dispositivos sobre la herencia de una persona viva, mas no los meramente consensuales carentes de efectos atributivos inmediatos.

111 Es lo que diferencia este supuesto de los casos de venta de herencia (Cfr. art. 1531 CC), en los que por definición se trata de disponer de los derechos sobre una herencia ya deferida. Vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, «La enajenación de la herencia en el derecho español», *Revista de Derecho Privado*, febrero-1978, pp. 3-4; R. M^a ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, p. 669.

112 Vid. A. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963, pp. 193 y 205.

quedaría dotado de un componente aleatorio,¹¹³ entrando en juego el riesgo de que la herencia no llegue a ser deferida a favor del disponente, o de que lo sea pero en una medida menor/mayor de la prevista, o de que la herencia resulte tener una consistencia poco/muy extensa o tarde mucho/poco tiempo en abrirse, especulando ambos contratantes con la probabilidad de ganancia o pérdida que de todos esos escenarios se derivarían para ellos, a la vista claro está de la consistencia e incondicionalidad de la contraprestación pactada a favor de quien hace la disposición.

El pacto dispositivo podrá ser otorgado a título oneroso o lucrativo, de acuerdo con la regla general sobre pactos sucesorios del art. 911 bis.3 CC. Ello obliga a modular lo previsto en el art. 635 CC sobre la prohibición de disponer por donación de bienes futuros, *id est* de bienes de los que el donante carece en el momento de efectuar la donación. Esta prohibición sirve para impedir una donación inconcreta de cualesquiera bienes que el donante pueda llegar a tener en el futuro, mas no cierra la puerta a una donación de concretos bienes o derechos cuya titularidad se espera ostentar en un momento posterior.¹¹⁴

113 Como sucede en general con la compraventa de cosa futura acomodada al esquema de la *emptio spei*: el comprador adquiere un *alea*, la esperanza de que una cosa llegue a existir. Vid. A. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963, p. 212. También DE CASTRO enseña que «[L]a compraventa de cosa esperada ha podido con propiedad ser considerada como sometida a condición. En cambio, (...) [e]n la llamada venta de esperanza habrá que distinguir entre la venta de la «chance», que es pura, y el negocio aleatorio (puesta en juego) en el que el «alea» no constituye una condición en sentido técnico, pues no afecta a las obligaciones sino al resultado del negocio». Vid. F. DE CASTRO y BRAVO, «El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIX, fasc. IV (octubre-diciembre 1976), pp. 1152-1153. Sobre las diferencias entre contrato de venta futura condicional y puro/aleatorio, vid. igualmente J.Mª MANRESA y NAVARRO, «Comentario al art. 1271 CC», en *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, pp. 606-607.

114 Se trataría de una donación con valor obligacional. Vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario a los artículos 634 y 635 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo VIII, vol. 2º, EDESA, Madrid, 1986, pp. 219-220; Mª A. ZURILLA CARIÑANA, «Comentario al art. 635 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 790.

Artículo 2º.-

Se modifican los siguientes artículos del Código Civil, en los términos señalados en cada caso:¹¹⁵

1. Se añade un tercer párrafo al art. 635 CC:

«Lo anterior se entenderá sin perjuicio de los pactos sucesorios dispositivos de acuerdo con lo previsto en los arts. 911 bis.3 y novies».

2. Los dos primeros párrafos del art. 658 quedan redactados así:

«La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento o pacto sucesorio y, a falta de éstos, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria o contractual respectivamente, y la segunda legítima».

3. El art. 738 CC queda redactado así:

«El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar o para otorgar pacto sucesorio».

4. Se añade un tercer párrafo al art. 739 CC:

«La revocación del testamento por lo dispuesto en un posterior pacto sucesorio, se producirá conforme a lo dispuesto en el Capítulo II bis de este Título».

5. El art. 744 CC queda redactado así:

«Podrán suceder por testamento, pacto o abintestato los que no estén incapacitados por la ley».

¹¹⁵ Las modificaciones o agregaciones aparecen subrayadas, para mayor claridad.

6. El art. 756.5º CC queda redactado así:

«El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante a hacer testamento o celebrar pacto sucesorio, o a cambiarlo».

7. El art. 756.6º CC queda redactado así:

«El que por iguales motivos impidiere a otro hacer testamento o celebrar pacto sucesorio, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior».

8. El art. 757 CC queda redactado así:

«Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el causante las conocía al tiempo de hacer testamento u otorgar pacto sucesorio, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público».

9. El primer párrafo del art. 763 CC queda redactado así:

«El que no tuviere herederos forzosos ni contractuales puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.

10. Se añade un tercer párrafo al art. 763 CC, en los siguientes términos:

«El que tuviere herederos contractuales sólo podrá disponer de sus bienes en la medida en que sea compatible con las instituciones que hubiere acordado».

11. Se añade un último inciso a continuación en el art. 766 CC, en los siguientes términos:

«Cuando se trate de un heredero instituido contractualmente se estará a lo dispuesto en el Capítulo II bis de este Título».

12. El art. 806 CC queda redactado así:

«Legítima es la porción de bienes de que el causante no puede disponer por testamento ni pacto sucesorio, por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».

13. El art. 816 CC queda redactado así:

«En los casos de renuncia o transacción sobre la legítima futura habrá que traer a colación lo que se hubiese recibido del causante por la renuncia o transacción».

14. El art. 817 CC queda redactado así:

«Las disposiciones otorgadas por el causante que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas. La reducción se hará a prorrata, sin distinción entre instituciones de heredero testamentarias y provenientes de pactos sucesorios».

15. En el primer párrafo del art. 818 CC se añadirá, a continuación de la última palabra del primer párrafo:

«(...) o pactos sucesorios».

16. En el art. 827 CC se añadirá, a continuación de la última palabra:

«(...) documentado en escritura pública».

17. Se añade un segundo párrafo al art. 849 CC:

«También podrá hacerse en escritura pública cuando se trate de desheredar a un heredero contractual».

18. El segundo inciso del art. 851 CC queda redactado así:

«(...); pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones en lo que no perjudiquen la legítima o la institución contractual de heredero».

19. El segundo párrafo del art. 862 CC queda redactado así:

«Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento o pacto sucesorio».

20. El art. 866.I CC queda redactado así:

«No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento o celebrarse el pacto sucesorio fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona».

21. El art. 872 CC queda redactado así:

«El legado genérico de liberación o perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento o pacto sucesorio, no las posteriores».

22. El art. 878.I CC queda redactado así:

«Si la cosa legada era propia del legatario a la fecha del testamento o pacto sucesorio, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada».

23. El art. 902.3ª CC queda redactado así:

«Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento o pacto sucesorio, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él».

24. El art. 904 CC queda redactado así:

«El albacea, a quien el causante no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o pactos sucesorios otorgados por el causante, o alguna de sus disposiciones».

25. El art. 912.1° CC queda redactado así:

«Cuando uno muere sin haber otorgado testamento o pacto sucesorio institutivo, o habiendo otorgado testamento o pacto sucesorio institutivo nulos, o que hayan perdido después su validez».

26. El art. 912.2° CC queda redactado así:

«Cuando el testamento o pacto sucesorio no contienen institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no disponen de todos los que corresponden al causante. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto».

27. El art. 913 CC queda redactado así:

«A falta de herederos testamentarios o contractuales, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado».

28. El art. 914 CC queda redactado así:

«Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada y a la contractual».

29. Se añade un nuevo párrafo al final del art. 982 CC:

«En la sucesión contractual podrá tener lugar el derecho de acrecer de acuerdo con lo señalado en el art. 911 septies».

30. El primer párrafo del art. 983 CC queda redactado así:

«Se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testamento o pacto sucesorio determinen expresamente una cuota para cada heredero».

31. Se añade un tercer párrafo al art. 1009 CC:

«El instituido por pacto que es llamado a la misma herencia por testamento o *ab intestato* podrá repudiar el llamamiento testamentario o legal».

32. El segundo párrafo del art. 1010 CC queda redactado así:

«El heredero testamentario o legal también podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto».

33. El art. 1035 CC queda redactado así:

«El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, pacto institutivo gratuito con transmisión de presente, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición».

34. El art. 1036 CC queda redactado así:

«La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante o instituyente así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación o atribución deba reducirse por inoficiosa».

35. Se añade en el art. 1044 CC, a continuación de la última palabra:

«(...) o pacto».

36. El art. 1045 CC queda redactado así:

«No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o atribuidas en virtud de pacto sucesorio, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.

El aumento o deterioro físico posterior a la donación o atribución y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario o instituido».

37. El art. 1047 CC queda redactado así:

«El donatario o instituido por pacto tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad».

38. En el art. 1048 CC, cada vez que decía «bienes donados» pasará a decir «bienes donados o atribuidos por pacto sucesorio».

39. En el art. 1057.II CC, donde decía «testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo», pasará a decir «testamento, pacto sucesorio, contador-partidor en ellos designado o vacante el cargo».

40. En los arts. 756.2º, 3º y 4º, 808.III, 810.II, 813.I, 814.V, 815, 818.I, 841.I, 844.II, 846, 850, 858, 859, 861.I y II, 862.I, 864, 866.II, 867.I y III, 869.1º, 2º y 3º, 870.I y IV, 871.I, 873.I, 874, 876, 879.II, III y IV, 880, 881, 882.I, 883, 884, 891, 892, 897, 898, 900, 901, 902, 905.I y II, 907.II y III, 908.I y II, 909, 910, 911, 1010.I, 1028.II, 1051.I, 1056.I y II, 1057.I, 1058, 1070.1º CC, la palabra «testador» será sustituida, por la de «causante, tantas veces como en ellos aparezca».

41. Queda suprimido el segundo párrafo del art. 1271 CC.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------|--|
| APDC | Asociación de Profesores de Derecho Civil |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán) |
| CC | Código civil |
| CFC | Código de Familia de Cataluña |
| Col. Leg. | Colección Legislativa |
| CSC | Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña |
| FNN | Fuero Nuevo de Navarra (Compilación de Derecho Civil foral de Navarra) |
| LASCM | Ley de Aragón de Sucesiones por Causa de Muerte |
| LDCFPV | Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco |
| LDCG | Ley de Derecho Civil de Galicia |
| LH | Ley Hipotecaria |
| marg. | Marginal |
| RH | Reglamento Hipotecario |
| RJA | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TRCDCB | Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares |
| TS | Tribunal Supremo |

BIBLIOGRAFÍA

- M. ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario a los artículos 634 y 635 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo VIII, vol. 2º, EDERSA, Madrid, 1986.
- M. ALBALADEJO GARCÍA, «La enajenación de la herencia en el derecho español», *Revista de Derecho Privado*, febrero-1978, pp. 3-11.
- D. BELLO JANEIRO, *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, 2001.
- A. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963.
- J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 2002.
- J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978.
- P. DE BARRÓN ARNICHES, *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona, 2001.
- F. DE CASTRO y BRAVO, «El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIX, fasc. IV (octubre-diciembre 1976), pp.1141-1156.
- M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, ed. E. Jovene, Nápoles, 1976.
- J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», ponencia presentada a la APDC (segunda versión, 7-XII-05), disponible a partir de <http://derechocivil.net/ponencias/>.
- L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989 (reimp. 1990).
- E. EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.
- Mª P. GARCÍA RUBIO, «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (octubre-diciembre 2000), pp. 1397-1481.
- J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXVII, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1998.

- J.B. JORDANO BAREA, «El testamento», *Revista de Derecho Notarial*, 1962 (julio-diciembre), pp. 57-101.
- T. KIPP y H. COING, *Derecho de sucesiones*, vol. I (trad. de . PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, actualizada por E. VALENTÍ), con notas de adaptación de R.Mª ROCA SASTRE, 2ª ed., al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976.
- J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de A. LUNA SERRANO], § 53.
- J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., J. Mª Bosch ed., Barcelona, 1993 [revisión de J. DELGADO ECHEVERRÍA], § 60.
- V. MAGARIÑOS BLANCO, «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, pp. 3-30.
- J.Mª MANRESA y NAVARRO, «Comentario al art. 1271 CC», en *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929.
- J.L. MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXXIV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987.
- J. NAGORE YÁRNOZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXVII, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1998.
- S. PELAYO HORE, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XX, fasc. IV (octubre-diciembre 1967), pp. 819-865.
- P. PIOTET, «Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 497-510.
- J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1983.
- L. PUIG FERRIOL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XXVII, vol. 2º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, pp. 131- 420.
- J. RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 1271 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo XVII, vol. 1º-B, EDERSA, Madrid, 1993.

- R.Mª ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 341-370.
- R. Mª ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pp. 667-697.
- E. ROCA i TRIAS, en *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, § 33.
- P.A. ROMERO CANDAU, «Pactos sobre la herencia de un tercero», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXVIII, EDERSA, Madrid, pp. 179-203.
- R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003.
- E. VALIÑO, «Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo en Derecho romano», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, tomo II, Universidad de Valencia, 1974, pp. 475-486.
- G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Giuffré, Milán, 1986.
- Mª A. ZURILLA CARIÑANA, «Comentario al art. 635 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.



EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Burgos

PROPUESTA

Artículo 1. La representación sucesoria

Por la representación sucesoria se llama de forma directa a cada descendiente del llamado a suceder para ocupar su lugar en la sucesión voluntaria, en la intestada y en lo que por legítima le corresponda, salvo la voluntad contraria del causante.

Artículo 2. Casos en que procede

La representación procede cuando el llamado a suceder ha muerto antes que el causante, así como en los casos de indignidad, desheredación, exclusión por testamento y repudio, en los que no puede intervenir en la administración y en la división de la herencia. También procede si un descendiente repudia la herencia del llamado que falta.

Artículo 3. Extensión y límites

La representación se extiende en la línea recta descendente sin límites, incluso cuando exista una estirpe única. No cabe en la línea ascendente y en la colateral tiene lugar sólo a favor de los hijos de hermano, sin que se requiera el concurso de otros hermanos del causante, ni se distinga si son de vínculo doble o sencillo.

Artículo 4. Efectos

La representación evita el acrecimiento entre los llamados a suceder y determina que la herencia se divida por estirpes, de modo que los descendientes no perciban más de lo que habría recibido su ascendiente, sin perjuicio de la colación de las donaciones cuando proceda. Dentro de la estirpe la porción se divide en partes iguales.

JUSTIFICACIÓN

1. Es de sobra conocida la tendencia expansiva del derecho de representación en los distintos ordenamientos de nuestro entorno. Acaso su origen está en el sistema de parentelas puesto que, si el descendiente o el ascendiente del causante falta por cualquier causa, su vocación se dirige por la ley a los propios descendientes del que no ha llegado a suceder. La expansión se consagró, más tarde, en el Código italiano de 1942, que admite la representación tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria, y también en el caso de renuncia del llamado a suceder. Lo que ha influido notablemente en nuestra doctrina.

En efecto, entre nosotros, semejante orientación se ha plasmado en los Derechos de Navarra y Aragón, aunque en correspondencia con sus fuentes históricas, y se debatió ampliamente por la doctrina durante la segunda mitad del siglo pasado. Se aprovechó la reforma de 1981 para intentar zanjar la cuestión al establecer, en sede de preterición y con técnica deplorable, que la representación puede operar entre descendientes en la sucesión testada (art. 814.III CC), sin aclarar cuándo procede, ni el quantum de la representación. Mientras es fácil entender que se trata de la premoriencia del no preterido, la doctrina se ha dividido sobre la cuantía en dos posturas inconciliables. Si bien una minoría autorizada opina que se limita a la porción legítima, tanto

por su asiento en la preterición como por analogía con la indignidad y la desheredación, es mayoritaria, en cambio, la opinión opuesta según la cual abarca la cuota íntegra del representado premuerto.

No es oportuno que nos pronunciemos al respecto, sino que tratemos de superar esta dificultad en consonancia con la tendencia expansiva que parece ser razonable. Se da respuesta así a la primera duda planteada por los Profesores de la Universidad de Alicante, dado que la propuesta se decanta por la postura mayoritaria; asimismo, debe entenderse que hay representación a favor de los descendientes del legitimario preterido ya que la propuesta salva siempre la legítima, pero limitada a lo que corresponda por ésta.

Por último, hay dos antecedentes que conviene recordar. Por una parte, aunque Francia ha permanecido ajena a esta expansión, la reforma de 3 de marzo de 2001 ha ampliado la representación a todos los descendientes en la línea recta y la colateral —lo que procede de la redacción original del Code— aunque no concurren con sus tíos, hijos o hermanos del causante. Y la ha consagrado en los casos de indignidad y conmorienca, aunque la rechaza en el de repudio. Por eso, es de gran interés el proyecto de reforma publicado el 1 de noviembre de 2005, ya que ahora consagra la representación en caso de renuncia en la línea recta. De acuerdo con el proyecto, esta modificación obedece a la situación social y demográfica actual, puesto que permite transmitir el patrimonio a las personas más jóvenes, que es cuando las necesidades son más importantes.

Por otra parte, la propuesta de reforma del Código civil de Puerto Rico, publicada el 25 de octubre de 2005, acoge esta expansión y establece la representación en la sucesión testamentaria y por causa de repudio, lo que es extremadamente significativo pues la reforma, no sólo resalta su fidelidad al sistema romanista, e incluso catalán, además de estar muy bien estudiada, sino que aspira a modernizar y actualizar nuestro propio Código español, que sigue vigente en la Isla.

Sin embargo, hay que subrayar que la encuesta definitiva de la Asociación muestra una marcada tendencia a favor de la expansión de la representación a la sucesión voluntaria, y por toda la cuota del representado que falta, mientras que es indecisa, en cambio, en lo que concierne al caso de repudio.

2. De aquí se desprenden dos consecuencias que se deben recalcar, una de forma y otra de fondo. En cuanto a la primera, es claro que el derecho de representación no se puede encuadrar entre las normas de la sucesión

intestada, sino que ha de desplazarse a la parte general, junto a las demás disposiciones aplicables a todas las sucesiones.

Por lo que respecta al fondo, hay que reconocer que la expansión de la representación ha desvirtuado la figura típica del derecho de representación, tal como hoy la conocemos con arreglo al CC, y la ha transformado en una sustitución vulgar predispuesta por la ley a favor de los descendientes en todos los casos en los que falte un hijo o un hermano llamados a suceder, cualquiera que sea su ámbito de actuación. Asimismo, aunque el llamado a los descendientes pudiera facilitar la fragmentación del patrimonio hereditario, se debe considerar que la disminución de la natalidad neutraliza en buena medida este efecto.

No obstante, aunque sea opinable, parece preferible mantener la denominación habitual del derecho de representación, simplemente por respeto a la tradición y al uso.

3. El artículo 1 procura superar las deficiencias del CC, como sugieren los compañeros de Alicante, al tiempo que huye del conceptualismo y de nociones técnicas, tales como la vocación y la delación hereditarias. Más que un concepto ofrece una descripción elemental del fenómeno, que comprende sus rasgos esenciales, a saber: 1) existe un llamamiento hecho por la ley que se dirige directamente a los descendientes; 2) sus destinatarios no son los descendientes en bloque sino cada uno de ellos, con lo que desaparece la posible vocación colectiva a la estirpe y cada descendiente actúa con independencia de los demás, por lo que cualquiera puede, por ejemplo, repudiar la herencia del representado, sin excluir la representación en la sucesión del causante; 3) los descendientes son llamados a ocupar la misma posición que correspondería a su ascendiente, con la salvedad de la colación, pudiendo aceptar o repudiar la sucesión del causante, conforme a las reglas generales; 4) opera en la sucesión voluntaria, tanto en la institución de heredero como en los legados, pero no entra en las modalidades del testamento, ni excluye la sucesión contractual, así como tampoco prejuzga el título, consistencia y cuantía de la legítima; 5) se puede excluir por voluntad del causante siempre que sea, si no expresa, al menos, clara y determinante, en la medida en que guarde el debido respeto a la legítima.

4. El artículo 2 fija los casos en que tiene lugar la representación. Aparte de la premoriencia, se añaden los supuestos admitidos por el CC y los que

ha sugerido la doctrina; en especial, se acoge la representación a favor de los descendientes del llamado que repudia, conforme a la tesis de L. Martínez-Calcerrada, entre otros, quien ha insistido sobre este punto ante la Ponencia. Sin embargo, no se contemplan los casos de la conmorienencia y de ausencia ya que tienen su propia disciplina; como pone de relieve E. Amat Llari, si bien la primera es asimilable a la premuerte, la última es tan provisional como dudosa (Homenaje Albaladejo, I, p. 215-217).

El fundamento de regla tan amplia es que la suerte de los descendientes es insensible ante la conducta del llamado que falta y la actitud del causante, cuyos resultados no se comunican consiguientemente a las estirpes de los indignos, desheredados, excluidos y repudiantes, las cuales pueden representarles, a pesar de ello, en la sucesión del causante. Tales conductas o actitudes sólo afectan a la primera generación, la que ha convivido con el causante, pero no se proyectan sobre sus descendientes. De aquí que se abandone la regla viventis non datur repraesentationis y que se aparte a los representados vivos de la sucesión, no sólo para aceptar o repudiar, sino también de la posesión, conservación, administración y partición de los bienes hereditarios.

En particular, la representación en caso de repudio se puede justificar, entre otras, en las siguientes razones: a) La voluntad negativa del repudiante no debe afectar, conforme a las reglas generales, a sus descendientes porque actúa en su propio nombre y carece del poder de representación ordinaria —inter vivos— de los mismos. b) Si la representación fuera legal, por ejemplo, en la patria potestad, el repudio deja de ser un acto individual, libre e incondicionado ya que requiere el consentimiento del otro progenitor (art. 156 CC) y, dado que el repudio excluye también a los menores, se debe probar causa justificada y obtener una autorización judicial previa (art. 166 CC). c) Aparte de estas anomalías, la voluntad negativa del repudiante es, al menos, equiparable a la mala conducta del indigno o desheredado, por lo que su posición no puede ser peor que la de éstos. d) Excluir la representación en este caso castiga a los hijos del repudiante por una conducta ajena, que sólo es imputable a su ascendiente. e) Asimismo, dicha exclusión discrimina entre los hijos del repudiante, por un lado, y por el otro, los del indigno, desheredado o excluido, con olvido de que todos estos descendientes se encuentran exactamente en la misma posición hereditaria ante el causante. f) Además, conviene favorecer a las personas más jóvenes, como los hijos del repudiante, porque sus necesidades económicas son más apremiantes. g) Por último, si se limita la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, según la

propuesta del Profesor J. Rams Albesa, es muy probable que los casos de repudio disminuyan en el futuro notablemente.

5. El artículo 3 explica el juego de la representación en las distintas líneas en que tiene lugar; en particular, debe compaginarse bien con la sucesión intestada con el fin de evitar las dudas e incongruencias que presenta el CC, sobre las que llaman la atención oportunamente los civilistas de Alicante, tanto en la línea recta como en la colateral. En cuanto a la primera, la propuesta es generosa con los descendientes y no pone límites, aunque de hecho, los casos más frecuentes se dan entre abuelos y nietos, es decir, hasta el tercer grado de parentesco. Tampoco se exige el concurso de otros hijos del causante, de modo que si son llamados a suceder solamente los nietos, procedentes de hijos diferentes, la herencia se ha de dividir por estirpes, lo mismo que si se trata de una estirpe única, lo que es preciso aclarar, aunque carezca de consecuencias prácticas. Esta solución es atinada, como lo corrobora el criterio que ha prevalecido en la reforma francesa y en la revisión puertorriqueña, puesto que mantiene el equilibrio entre las distintas estirpes.

Por lo que respecta a la línea ascendente, la propuesta mantiene la tradicional exclusión de la representación sucesoria. Esta negativa no tiene un fundamento muy claro, lo que no obsta para buscar otras formas de proteger a los ascendientes pues el alargamiento de la esperanza de vida hace que esta protección sea cada vez más necesaria y numerosa. Con todo, en la sucesión intestada, a falta de padres, heredan los ascendientes de igual grado por cabezas, pero si son de líneas diferentes corresponde a cada una la mitad de la herencia (art. 940 CC). De este modo, puede afirmarse que la línea desempeña aquí una función igualadora comparable a la del derecho de representación, que acaso por ello siempre se ha pensado a favor de los descendientes del representado y nunca de sus ascendientes, mientras que tal derecho pretende amparar claramente a las personas pertenecientes a la generación siguiente.

Según la propuesta, en la línea colateral la representación se extiende solamente a favor de los sobrinos, hijos de hermano del causante, pero no a favor de otros descendientes, con lo que concuerda de hecho con la línea descendente, puesto que se circunscribe también al tercer grado de parentesco. Asimismo, tampoco se requiere el concurso de otros hermanos del causante, de manera que, a diferencia del artículo 927 CC, si sólo hay sobrinos, hijos de distintos hermanos, opera la representación y la herencia se di-

vide por estirpes. Creemos que la discriminación entre nietos y sobrinos que suceden por representación, hecha notar por los Profesores de Alicante, queda superada así en los términos del artículo 3.

Por último, la propuesta suprime la diferencia de trato entre los sobrinos de vínculo doble y sencillo, lo que vale también para los hermanos en la sucesión intestada. Ello obedece a la idea, puesta de relieve por R. Durán Rivacoba, según la cual la representación sucesoria ha perdido ya su tradicional fundamento matrimonial, e incluso familiar (Homenaje Díez-Picazo, IV, p. 5233-5235). Aparte de que discrimina entre unos y otros por razón de la filiación, lo que choca con el artículo 14 CE, esta distinción conserva cierto matiz de troncalidad y olvida la unidad de la sucesión, que no atiende, por regla general, a la procedencia ni a la cualidad de los bienes del caudal relicto, al tiempo que puede llegar a afectar a un número de personas que tiende a crecer como consecuencia del aumento de la filiación extramatrimonial, de los casos de divorcio y de los matrimonios sucesivos contraídos por el mismo causante a lo largo de su vida. Por eso, parece aconsejable suprimir la diferencia entre el vínculo doble y el vínculo sencillo en la línea colateral.

6. Finalmente, el artículo 4 limita a recoger la regla habitual en materia de representación sucesoria, en cuya virtud la porción hereditaria se divide por estirpes, por lo que no requiere explicación ni comentario.

APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

SERVICIO DE PUBLICACIONES

